

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 021-2007-00205-02 DR ZULUAGA CARDONA

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 26/07/2022 9:49 AM

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 21 DE JULIO de 2022, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de radicación y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo y concordancia de los datos del expediente digital y el oficio remisorio es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del de 26 DE JULIO de 2022.

La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos

Escribiente

De: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 21 de julio de 2022 10:00

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Remito el proceso de referencia No. 11001310302120070020500

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

 [11001310302120070020500](#)

De manera respetuosa me permito remitir el proceso de referencia No. 11001310302120070020500, perteneciente al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja..

Cordialmente

Área de Comunicaciones

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. VALENZUELA VALBUENA RV: PROCESO 2019-587
PROVIENE JUZGADO 26**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 21/07/2022 17:01

Para: **GRUPO CIVIL** <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. VALENZUELA VALBUENA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: rosa del pilar valencia valderrama <delpilarva@hotmail.com>

Enviado: jueves, 21 de julio de 2022 4:58 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PROCESO 2019-587 PROVIENE JUZGADO 26

adjunto en archivo los alegatos que apoyan mi apelacion

Atentamente,

ROSA DEL PILAR VALENCIA VALDERRAMA

C.C. 51.755.424

TP 60753

delpilarva@hotmail.com

HONORABLE MAGISTRADO

GERMAN VALENZUELA VALBUENA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.

E.....S.....D.....

REF: PROCESO REIVINDICATORIO No. 110013103026201500587001

DEMANDANTE: MARIA ELVIRA ROMERO

DEMANDADO. JORGE ALFONSO MORENO ROMERO

ROSA DEL PILAR VALENCIA VALDERRAMA, en mi condición de apoderada de la parte demandante, me permito sustentar las inconformidades, que dieron lugar para la interposición del recurso de apelación, dentro del término legal en los siguientes términos:

Como así se avizoró en los reparos a la sentencia proferida por el ad quem, la sentencia que niega las pretensiones, en vista que se dio al hecho referido por la demandante con relación al contrato de arrendamiento, que acordaron las partes, la prorroga en el tiempo, y que este nunca se definió, es decir que no hubo por parte del demandado exposición clara de “inversión del título”, de tenedor a poseedor, por tanto no se podría determinar en que momento lo considero que el demandado era un “poseedor”, trayendo como consecuencia que la acción incoada por la parte demandante no corresponde a la relación jurídica entre las partes.

Con respecto a la “inversión del título “ para que ello ocurra se debe tener en cuenta que efectiva y realmente se presente la mutación, la que se concreta en el hecho de la expresa y publica rebeldía, en el desconocimiento absoluto del propietario, razón por la cual el tiempo no se cuenta a partir de cuando entro en contacto el sujeto con el bien pretendido en usucapión, sino, desde el instante en que comenzó a comportarse como dueño y señor de la cosa, es de anotar, que no basta que el inquilino deje de pagar los cánones de arrendamiento. es menester como ya se mencionó, que la voluntad de cambiar su posición jurídica se exteriorice con actos inequívocos de rebeldía contra el derecho del dueño así, la jurisprudencia en una recta y justa aplicación de las normas que gobiernan el tema ha dicho que el simple tenedor puede mutar su condición «cuando hace dejación de la calidad jurídica de tenedor para pasar a adquirir la de autentico poseedor» solo que para que así ocurra se requiere no de un simple cambio de voluntad, sino de la exteriorizan de una conducta inequívoca traslucida en actos que revelen que la advino el animus domini; ha establecido la jurisprudencia de la corte suprema de justicia que este trocamiento de calidad puede devenir por «un título o acto proveniente de un tercero o del propio contendor, o también, del frontal desconocimiento del derecho del dueño, mediante la realización de actos de explotación que ciertamente sean indicativos de tener la cosa para sí, o sea, sin reconocer dominio pleno»

A si lo refiere la Corte Suprema de Justicia: “(...) puede ocurrir que el tenedor cambie su designio, transmutando dicha calidad en la de poseedor, mediante la interversión del título, caso en el

cual, se ubica en la posibilidad jurídica de adquirir la cosa por el modo de la prescripción. Si ello ocurre, esa mutación debe manifestarse de manera pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del titular y acreditarse plenamente por quien se dice 'poseedor', tanto el momento en que operó esa transformación, como los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario, puesto que para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, no puede computarse el tiempo en que se detentó el objeto a título precario, dado que éste nunca conduce a la usucapión; sólo a partir de la posesión puede llegarse a ella, por supuesto, si durante el periodo establecido en la ley se reúnen los dos componentes a que se ha hecho referencia. (...) De conformidad con lo anterior, cuando para obtener la declaratoria judicial de pertenencia, se invoca la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, que fue la que en este caso el Tribunal interpretó como pedida, sin que ese entendimiento haya merecido reparo, el demandante debe acreditar, además de que la solicitud recae sobre un bien que no está excluido de ser ganado por ese modo de usucapir, que igualmente ha detentado la posesión pública, pacífica e ininterrumpida por el tiempo previsto por la ley; empero, si originalmente se arrogó la cosa como mero tenedor, debe aportar la prueba fehaciente de la interversión de ese título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el momento a partir del cual se rebeló contra el titular y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo el dominio de aquel, para contabilizar a partir de dicha fecha el tiempo exigido de 'posesión autónoma y continua' del prescribiente" (CSJ SC de 8 ago. 2013, rad. nº 2004-00255-01).

Es así que al entrar a analizar el debate probatorio desplegado en este proceso podemos determinar claramente primero que surge entre demandante y demandando un acuerdo verbal de la primera en dar en arrendamiento al segundo, a partir del año 2011 los lotes de su propiedad, por un valor de cien mil pesos y que el segundo de estos es decir el demandante, se proclamó, desde el año 2015 como "poseedor". Es decir que presentó su verdadera mutación "

Del interrogatorio de la demandada el día 2020 -10-20 al minuto 18:03 "...pues me dijo porque donde estaba le habían pedido y que tenía unos carros..y le arrendè por cien mil pesos, el me quedo de pagar cien mil pesos y a la fecha no me ha pagado ... 20:55 no se han hecho mejoras.. no me pago el arriendo y le dije que no me pagara el arriendo y pagar ale impuesto y tampoco el impuesto. Le arrende a Pedro Gutierrez varios años, 28:02 yo los entregué con mi hija Beatriz ...no fue verbal, porque yo como iba a desconfiar de mi hijo... que el estaba haciendo mejoras, que mejoras va hacer ahí si esta la luz el agua y el teléfono y la cerca.. 29:33 eso ya hace como cinco o seis años ...el ha salido con una cantidad de retrecheras...Beatriz y Gloria son las que le han reclamado. y mi nieto..."

Si bien es cierto en el Interrogatorio de la señor MARIA ELVIRA ROMERO , no se establecieron dichas fechas, del interrogatorio del demandado se puede establecer que para evadir el verdadero día en que se proclamó como poseedor , manifestó tantas fechas que terminó el confundiendo, y decir : al minuto 52:42 " Tengo la posesión del predio desde el 2003... tengo el predio completo , después llego otro señor.. en el año 2006 porque yo no había tomado la determinación de llamarme poseedor del lote sino hasta el 2006..57:59 ..porque eso era de la familia, porque a partir de allí no aparecieron para nada, solo para pelear conmigo de ahí en adelante empecé a pagar servicios 1:01 después hubo discusiones con mis hermanas ..legaban a pelear conmigo a decirme que me tenía que ir que tenía que entregarles el predio de esos hace como tres a cuatro años dejar de ir, es por eso que reclamo el predio.. mis hermanas hace como cuatro años que no me vienen a pelear.."

Del testimonio de DIOSELINA QUIMBAYA SOTO refiere ." 8:26 ..las hermanas de don jorge las distingo por que ha ido al predio donde jorge .. la otra hermana la conozco por circunstancias que lo ha visitado 8:46 ...sinceramente ellos tuvieron un inquilino que el señor ya esta muerto, pero no recuerdo la fecha ...estuvo otor inquilino que no recuerdo..16:43 pues en una ocasión fue doña Elvira, las hermanas, ahí tuvieron sus alegatos ... loas alegatos eran por ese predio..yo creería que si, si señor, mas o menos unos tres a cuatro años, que tuvieron ese altercado ..30:13 ella llegaba como a llamarle la atención, como a cobrarle un arriendo, que se yo..30:14 ella estaba en esa tónica ella iba a mirar el predio a ver como estaba , ella dalia como brava, como con problemas con don Jorge..34:09 como queriendo decirle sàlgase eso es mio..."

Del testimonio de ANA BEATRIZ MORENO ROMERO, podemos destacar para esto : 1:14:53" en el 2010 le dijo a i mamà que le dejara guardar unos carros porque le había pedido donde estaba, mi mama le dio permiso ... (1:20:34)fuimos por el arriendo de ese señor , y Jorge nos decía que el señor no le había pagado, y así al siguiente mes, y al siguiente mes, mi mamà se enfermo , fuimos como al cuarto mes le dijimos a Jorge que pasaba y el ya había sacado al señor , y el se vino a vivir al mes al lote entonces pagando el mismo arriendo ..yo le pago el mismo arriendo los \$100.000 fue el 2011.. ya empezamos a ir con mi mama , no miren me ha ido mal , despues llevo a vivir a la señora con la que vive y otras personas , y mi mamá los cito a a unas onces... si usted no ha tenido nunca con que pagar arriendo entonces pague el arriendo ... se averiguó y se debían para el año 2014 mas de tres millones de pesos en impuestos, ...fuimos donde Jorge , siempre era una pelea, el nos empezó a decir que esto el pertenencia; ...y después mi mami puso en venta esos predios mando a un señor... ese día fue el señor con el cliente y todo y dijo yo no dejo entrar a nadie porque me pertenece por posesión, ..lo manifesto como hace cuatro a cinco años.

De igual manera se pronuncio la hermana GLORIA MORENO ROMERO.

No obstante esta Corte, con apoyo en el código Civil napoleónico, desde, desde sus inicios a hoy , Se ha superpuesto coherentemente para despuntar esa vieja, pero;, Siempre actual polémica, conjugando, como requisitos concurrentes para edificar la posesión, como fuente para la adquisición del derecho de dominio, la fusión intrínseca del elemento subjetivo, el animus con el elemento externo, el corpus...La presencia de estos elementos, en quien se predica poseedor con ánimo de señor y dueño es, precisamente, el elemento que ideológicamente diferencia esta institución de los diferentes títulos de tenencia que se asientan en el sistema Jurídico, como el arrendamiento, el comodato, la anticresis y la retención, entre otros...

El elemento subjetivo en la relación posesoria implica la convicción o ànimo de señor y dueño de ser propietario del bien, desconociendo dominio ajeno el siguiente, el corpus, — elemento externo -conlleva a ocupar la cosa-, lo que se traduce en su explotación económica lo que se traduce en su explotación económica ▪ Estos dos específicos requisitos, en particular el inicial- cuya base sustancia la constituye el artículo 762delCódigo Civil, a cuyo tenor "la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño" son los que diferencian el instituto en cuestión de la mera tenencia, o sea "(...) la que se se ejerce

sobre es una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño ", como (..) acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación (...) ", Calidad que se aplica general mente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno", Según las voces del artículo 775 ibidem, Pues mientras en esta solo externamente se esta en relación con la cosa, en la posesión a ese vinculo material es menester añadir la voluntad de comportarse ante propios y extraños como dueño. Es decir , la distinción entre la una y la otra gira en el ánimo conducta reclamada en cada situación. (MP LUSI ARMANDO TOLOSSA VILLABONA SC1716-2018 RADICADO No. 76001-31-03-012-2002-00404-01 del 23 de mayo de 2018.

Al respecto también se ha pronunciado la C.S.J

"(..)es evidente que el Código Civil destaca y relleva en la posesión no solo la relación de hecho de la persona con la cosa, sino un elemento intelectual y psicológico . Así, mediante el artículo 762 establece que la posesión es la tenencia de la cosa determinada con ánimo de señor y dueño con lo cual reclama para su tipificación la ocurrencia de dos elementos como fisonomía propia e independiente: el corpus, o sea el elemento material objetivo; y el animus, elemento intencional o subjetivo..." Según la teoría subjetiva o clásica, que fue la acogida en el punto por los redactores de nuestro estatuto civil de los dos elementos que la integran es el animus el característico y relevante de la posesión y por tanto el que le tiene la virtud de trancar la posesión en mera tenencia .Para que esta exista es bastante la detentación material aquella, en cambio, exige no solo la tenencia, sino el ánimo de tener para así la cosa" (G.J. CLXVI Pàg 50).

Así las cosas se pudo determinar que para el año 2015 el demandado, manifestó sin lugar a dudas mutuo su titulo de tenedor a poseedor.

Por tanto señores Magistrados se deberá REVOAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Atentamente;

ROSA DEL PILAR VALENCIA VALDERRAMA

C,C, No.51.755.424

T.P. o., 51.755.424

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA RV: SUSTENTACIÓN APELACIÓN
11001 31 03 021 2014 00516 01**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 25/07/2022 9:52

Para: **GRUPO CIVIL** <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: henry gley garzon londoño <hgleyg@hotmail.com>

Enviado: lunes, 25 de julio de 2022 9:43 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: SUSTENTACIÓN APELACIÓN 11001 31 03 021 2014 00516 01

Buenos días

Adjunto escrito, con sustentación de la apelación en el asunto de la referencia.

Atentamente:

HENRY GLEY GARZÓN LONDOÑO

Abogado

Honorable Magistrada:

Dra. Clara Inés Marquez Bulla

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil

E. S. D.

secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia:	Declarativo – Responsabilidad Civil Contractual
Demandante:	Marco Antonio Torres Ardila y otros
Demandado:	Hospital Universitario Clínica San Rafael – Cafésalud EPS
Radicado:	11001 – 31 – 03 – 021 – 2014 – 00516 – 00

Asunto: Recurso de Apelación contra sentencia de noviembre 12 de 2021

HENRY GLEY GARZÓN LONDOÑO, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. C. C. No. 19.475.963 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 168.878 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre representación de la parte demandante en el proceso de la referencia **MARCO ANTONIO TORRES ARDILA, LUCILA MARTÍNEZ RAMÍREZ, JENNY PAOLA TORRES MARTINEZ, VIVIANA MARCELA FLOREZ MORENO**, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija **KAROLL DAYANA TORRES FLOREZ**, y estando dentro del término de ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 322 de la Ley 1564 de 2012 – Código General del Proceso, por medio del presente escrito me dirijo muy respetuosamente ante su despacho con el fin de presentar recurso de apelación contra la sentencia de fecha doce (12) del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), la cual fue notificada por estado el día dieciséis (16) del mismo mes y año.

La sustentación acá señalada, se toma entorno de los reparos indicados en la apelación de la sentencia, los cuales procedo a sustentar en los **mismos términos** expuestos en el escrito contentivo de los reparos que se hacen a la sentencia del A quo.

La sentencia.

En la sentencia recurrida, al pronunciarse de fondo en el asunto de la referencia, el despacho a su cargo, niega las pretensiones de la demanda y condena en costas a la parte demandante, en los siguientes términos:

Primero: Negar las pretensiones de la demanda, y, por ende, declarar terminado el proceso impetrado por **MARCO ANTONIO TORRES ARDILA, LUCILA MARTÍNEZ RAMÍREZ, JENNY PAOLA TORRES MARTINEZ, VIVIANA MARCELA FLOREZ MORENO**, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija **KAROLL DAYANA TORRES FLOREZ**, contra el **Hospital Universitario Clínica San Rafael y Cafésalud EPS S. A.**, conforme a lo esbozado en la parte considerativa de la demanda.

Segundo: Condenar a los demandantes **MARCO ANTONIO TORRES ARDILA, LUCILA MARTÍNEZ RAMÍREZ, JENNY PAOLA TORRES MARTINEZ, VIVIANA MARCELA FLOREZ MORENO**, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija **KAROLL DAYANA TORRES FLOREZ**, al pago de las costas causadas en la instancia. Liquídense las mismas fijando como tal la suma equivalente a **un salario mínimo legal mensual vigente**, por concepto de agencias en derecho; para cada uno de los demandados y del llamado en garantía.

Tercero: Archivar en su oportunidad el expediente, dejándose las constancias de rigor en el sistema de gestión judicial.

Los reparos a la decisión del A quo.

El señor Juez, fundó el planteamiento del problema jurídico, en determinar la clase de responsabilidad civil pretendida en el proceso referenciado y partiendo de ello, contractual o extracontractual, si se cumple con los principios axiológicos de la acción invocada.

En conclusión determinó el A quo que la demanda se presentó por la vía de la responsabilidad civil contractual y que por haber sido invocada por esa vía la acción está llamada al fracaso, por cuanto quienes solicitan su declaración, no fueron parte del contrato de afiliación y menos aún del contrato de hospitalización.

Paso seguido el A quo procede a analizar los supuestos de la acción impetrada por la vía de la acción extracontractual.

Para el efecto su tesis la lleva a concluir que no se aportaron pruebas que fundamentaran las pretensiones de la demanda, echando de menos un dictamen pericial, un concepto médico o científico que permitiera al despacho concluir sin asomo de duda en como las entidades demandadas contribuyeron de manera determinante en la generación del fatal resultado y no se acreditó la culpa de las demandadas.

Para el caso concreto, la señora Juez, un único presupuesto y era el de acreditar el acto o hecho dañoso imputable a título de dolo o culpa, al cual se refirió como se indica a continuación.

i) Con respecto al tipo de responsabilidad contractual o extracontractual.

Como bien lo manifestó el A quo en el presente asunto no se indicó en la demanda el tipo de responsabilidad endilgado a la parte demandada, sin embargo, refiere el despacho que de los hechos y el derecho invocado se advierte que la responsabilidad corresponde a la contractual.

Honorables Magistrados, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales el juez tiene el deber procesal de interpretar la demanda y darle el alcance y el trámite correspondiente a la actuación. Así lo dejó sentado la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Civil en sentencia (G.J. CCXVI, 520) (CSJ, SC, 1 sep. 1995, exp. n° 4489), en los siguientes términos.

“... Cuando la demanda no ofrece la claridad y precisión en los hechos allí narrados como fundamento del petitum, o en la forma como quedaron formuladas las súplicas, tiene dicho la jurisprudencia que en tal evento, para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión contenida en tan fundamental pieza procesal”

En tal sentido es claro que por el tipo de personas que reclaman el derecho a ser indemnizados al ser el entorno familiar del hoy fallecido **JHONATHAN ANDRÉS TORRES MARTINEZ (q.e.p.d.)**, se entiende que se trata de un proceso de responsabilidad civil extracontractual y no como lo hace ver el A quo. Si como lo expresa el Juez de primera instancia en la demanda no se dijo nada sobre el tipo de responsabilidad que se pretende, tenía en su oportunidad dos caminos el primero era la inadmisión con el fin de que se procediera a indicar el tipo de responsabilidad que se demanda y el segundo como lo dispone la jurisprudencia *“desentrañar la pretensión contenida”* en la demanda y no proceder como lo hizo, admitir la demanda sin advertir el hecho de no contener el tipo de responsabilidad que se le endilga a las demandadas y sacrificar en la sentencia el derecho sustancial de los demandantes.

ii) Con respecto a que debe acreditarse que el acto o hecho dañoso imputable a título de dolo o culpa.

El A quo, indica que de las pruebas relacionadas no es posible concluir que la demandada o su personal, hayan incurrido en conducta alguna, imputable a

título de dolo o culpa, de descuido, negligencia y tratamiento tardío, al decir del señor Juez, por el contrario cada uno de los hallazgos generó en los profesionales de la salud una reacción inmediata, que se manifestó en la práctica de exámenes médicos, suministro de medicamentos e incluso una intervención quirúrgica.

Sin embargo el Juez, omitió hacer un análisis pormenorizado de la historia clínica aportada al proceso pues es allí en donde se puede establecer que no hubo una correcta valoración de las afecciones que padecía el paciente señor **JHONATHAN ANDRÉS TORRES MARTINEZ**, con posterioridad a la intervención quirúrgica por la lesión sufrida por el dispare de que fue objeto, en donde se evidencia claramente que lo manifestado por este apoderado en relación con el mal procedimiento y la atención tardía es clara.

La señora Juez, para efectos de su fallo se remitió únicamente a lo expuesto por los médicos de la Clínica San Rafael en sus testimonios sin ahondar en lo vertido en la historia clínica del paciente.

Pasó por alto el señor Juez, tal y como lo he manifestado reiteradamente en la historia clínica aportada como prueba al proceso es incompleta, de allí que a pesar de indicar el A quo que la aplicación de los medicamentos **CLINDAMICINA Y AMIKACINA**, no implica contradicción sobre todo teniendo en cuenta que no se tuvo acceso a las fórmulas médicas. Concluye el A quo que *“... no quiere decir, que solamente mediara orden médica respecto del primer medicamento sino, que como se clarifico posteriormente en la misma historia clínica, fue necesario junto con la primer prescripción (de la cual se echa de menos cuando fue autorizada) los medicamentos que juzga, sin razón aparente el actor, como contrarios a la prescripción médica, que además no demuestra.”*

En este sentido el A quo crea una teoría que no encuentra ningún fundamento con lo vertido en la historia clínica aportada la proceso al indicar que al no tener acceso a las formulas médicas expedidas durante la atención realizada al occiso se entiende o consagra en principio que las prescripciones se expidieron. Para sustentar las afirmaciones del A quo con respecto a la historia clínica ampliare todas las manifestaciones hechas por el A quo en confrontación con lo expresado en la historia clínica sobre situaciones que no fueron expresas en dicha historia y que por lo tanto conllevan a una contradicción entre lo ordenado por los médicos y lo realmente aplicado al paciente hoy fallecido.

Como me referiré al contenido de la historia clínica por cuanto considero que el A quo seleccionó de las pruebas todo lo favorable a la parte demandada como son los testimonios de los médicos que por obvias razones van muy bien preparadas por ser profesionales y atacó los testimonios vertidos por la parte demandante que al no conocer términos médicos se refieren a los hechos con el verdadero sentir de lo vivido durante los días previos al fallecimiento de su familiar; omite el A quo hacer un análisis de la historia clínica, de donde se desprende la responsabilidad de las demandadas por **omisión y acción tardía** en el tratamiento requerido por el paciente. Allí se puede observar que hubo un diagnóstico errado a pesar de que los exámenes indicaban posible **fascitis necrotizante** y un tratamiento tardío por falta de cuidado en la última cirugía.

Me referiré al diligenciamiento de la historia clínica prevista en la Ley y probar que la historia clínica aportada al proceso tiene deficiencias, toda vez que no se encuentra en su totalidad los procedimientos a realizar y realizados y tampoco se encuentran las notas de enfermería que nos lleva a concluir que al paciente se le realizaron los tratamientos en la forma ordenada por los médicos tratantes.

Aquí cabe resaltar que la historia clínica tiene relevancia jurídica y por lo tanto deberá ser analizada a fondo con el fin de poder establecer si existieron las omisiones alegadas por la actora, si se observa falta de pericia y en caso de dudas al respecto la señora Juez pudo haberse valido de literatura científica para tener un mayor conocimiento de los hechos relevantes de la historia clínica.

1. Con respecto a los testimonios rendidos por los médicos de la Clínica San Rafael.
 - a. **Miguel Ángel Murcia Rodríguez.** Representante Legal de la Clínica San Rafael.

Se le preguntó: ¿Se hace algún tipo de soporte en cuanto a exámenes diagnósticos de laboratorio, que de alguna manera determinen variación en el manejo médico y a nivel de tipo de medicamentos?

Contestó que se hace un seguimiento con exámenes, principalmente cuadro hemático en donde se evalúan las células y al tercer o cuarto día se encontró variaciones por lo que se le adicionan antibióticos.

b. Fabio Heliodoro Martínez Pacheco. Anestesiólogo.

Corrobora lo manifestado por el Representante Legal de la Clínica San Rafael.

2. Con respecto al interrogatorio vertido por la parte demandante, señora **Lucila Martínez Ramírez**, que fueron objeto de reproche por parte del A quo.

Manifiesta el A quo que la demandante en su interrogatorio no se pronunció con respecto al cambio de medicamentos, es muy claro que la demandante no es una profesional médico que pueda llegar a establecer que pasa con el cambio de medicamentos o cual es el procedimiento a seguir en estos casos; sin embargo tal y como lo refiere la deponente al personal médico de la clínica se le informó por parte de la familia del paciente algunos cambios que se observaban a simple vista, sin que estos tomaran las medidas pertinentes.

3. Con respecto negligencia médica por el erróneo diagnóstico en los síntomas del paciente y la mala praxis en el tratamiento aplicado, y la **demora en el diagnóstico y tratamiento** de la sospecha de un posible **fascitis necrotizante**.

- a. **Diagnóstico errado.** Se desprende de la lectura de la historia clínica que desde el día uno (1) hasta el día cuatro (4) del post operatorio, el paciente presenta taquicardia y además se observa **secreción purulenta** en pared abdominal. La presencia de una secreción purulenta en el argot médico es una alerta para determinar una posible infección.

Es decir que se presentan unos síntomas con evolución de cuatro días a lo que el médico tratante solamente se pronuncia indicando que dependiendo de su evolución de deberá proceder a una nueva cirugía. Es decir existe una tardanza no solo en determinar un diagnóstico sino en el procedimiento a seguir.

- b. Sustento de lo anterior es que el día cinco (5), al paciente se le ordena realizarle una ecografía de pared abdominal, la cual arroja el siguiente resultado:

PACIENTE CURSANDO CON SEPSIS DE TEJIDOS BLANDOS, PROBABLE FASCITIS NECROTIZANTE POR RESULTADO DE ECOGRAFIA QUE MUESTRA EDEMA DIFUSO DE TCS tejido celular subcutáneo (Esto es liquido acumulado en el en tejido celular subcutáneo (TCS) es decir en la grasa que esta entre el musculo y la piel del abdomen), ahora bien una sepsis es una infección grave que compromete

la vida del paciente por ser agresiva y tener la capacidad de infectar otros tejidos.

Pues bien, Honorables Magistrados, esta prueba que está contenida en la Historia Clínica aportada al proceso no fue evaluada ni tomada en cuenta por el A quo, y como se dijo, la Historia Clínica es fundamental para determinar algún tipo de responsabilidad con respecto a la mala praxis. Estos hechos sucedieron el día 28 del mes de agosto.

- c. Honorables Magistrados, la presencia de una **FASCITIS NECROTIZANTE**, implica una acción inmediata y de forma agresiva, sin embargo la decisión de una cirugía se da hasta el día 29 del mes de agosto; sobre lo cual me referiré a lo expuesto en la hoja de descripción quirúrgica, y en los mismos términos expuestos en los alegatos de conclusión, así:

la doctora **Lina Bermeo**, ingresa a cirugía enfocando la cirugía en buscar hallazgos en la herida quirúrgica (es importante tener en cuenta que el paciente tenía tres (3) heridas a saber, la entrada del proyectil, la salida del proyectil y la herida quirúrgica), igualmente rememorando, todos los hallazgos en el cuadro clínico se ha basado con salida de material purulento, enrojecimiento y zona indurada del sitio por donde ingreso el proyectil en el flanco izquierdo, la ecografía también muestra que el problema está en esa zona en el flanco izquierdo y en cuanto a la cavidad los hallazgos son mínimos, una peritonitis residual que es algo esperado pero no es grave por su insignificancia.

Lo anterior nos indica la negligencia médica, toda vez que el médico cirujano se enfocó en la parte sana de los tejidos, no tuvo en cuenta los resultados arrojados por la ecografía de la pared abdominal en donde se evidencia de forma clara y contundente la posible presencia de una **FASCITIS NECROTIZANTE**, que fue lo que a final de cuentas llevó al fallecimiento del paciente, en un término de más o menos cuarenta (40) horas.

Lo narrado anteriormente nos lleva a concluir que el A quo, se limitó a los testimonios sin ahondar en lo verdaderamente importante, que es la historia clínica en donde se encuentra vertidas las acciones realizadas por el personal médica y se evidencia la mala praxis.

4. De los elementos estructurales de la responsabilidad que no fueron analizados por el A quo, y que los expondré en los mismos términos de los alegatos de conclusión presentados ante el A quo.
- a. **El daño** se encuentra probado toda vez que como se demuestra en el proceso, el señor **JHONATTAN ANDRES TORRES MARTÍNEZ**, falleció en las instalaciones de la demandada Clínica San Rafael, producto de un error en el diagnóstico, situación que conlleva a que los aquí demandantes fueron lesionados en sus derechos y sentimientos toda vez que la pérdida de su padre, hijo y esposo afectó gravemente la unidad familiar.
 - b. **La culpa**, se encuentra probada toda vez que como se ha determinado a través de los hechos que constituyen la demanda, los médicos tratantes del señor **JHONATTAN ANDRES TORRES MARTÍNEZ**, no cumplieron con el deber de cuidado ni los protocolos médicos establecidos para el tratamiento oportuno de la infección que se presentó en la herida del paciente, como se dejó expuesto existió un errado diagnóstico y fallas en el tratamiento surgido del mal diagnóstico.
 - c. **La relación de causalidad**, se encuentra probada pues como se dijo anteriormente, el señor **JHONATTAN ANDRES TORRES MARTÍNEZ**, falleció a raíz de la falla médica en la prestación del servicio por falta del deber de cuidado.

Basado en lo anteriormente referenciado, con el debido respeto solicito al Honorable Magistrado, revocar la sentencia apelada y en sede de instancia dictar sentencia en el sentido de acceder a las pretensiones incoadas en la demanda.

Consecuencialmente condenar a la parte demandada al pago de costas, gastos y agencias en derecho en las dos instancias.

Del Honorable Magistrado, atentamente:

HENRY GLEY GARZÓN LONDOÑO
C. C. No. 19.475.963 de Bogotá
T. P. 168.878 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ZAMUDIO MORA RV: RADICACION PROCESO No. 2017-00611

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 26/07/2022 16:51

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ZAMUDIO MORA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Yolima Aponte <yolimandal@hotmail.com>

Enviado: martes, 26 de julio de 2022 4:44 p. m.

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;
Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>;
yolimandal@hotmail.com <yolimandal@hotmail.com>

Asunto: RADICACION PROCESO No. 2017-00611

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

MAGISTRADO PONENETE DOCTOR MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

E.S.D.

REF: PROCESO No. 2017-00611

DEMANDANTE: LEONARDO BERNAL MORALES Y MIGUEL ANGEL ALFONO

DEMANDADA: KRONO TIME SAS

Respetuosamente me dirijo a su despacho con el objeto de allegar escrito con recurso de Reposición.
Atentamente, María Yolima Aponte Rivillas.

MARIA YOLIMA APONTE RIVILLAS

ABOGADA

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DEL DISTRITO

JUDICIAL DE BOGOTÁ D. E. - SALA CIVIL-

HONORABLE MAGISTRADO PONENTE DR. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA.

E.S.D.

REF: PROCESO No. 611-2017.

DEMANDANTES: LEONARDO BERNAL MORALES Y MIGUEL

ANGEL AFONSO

DEMANDADA: KRONO TIME SAS.

MARIA YOLIMA APONTE RIVILLAS, actuando como apoderada de la demandada en el proceso de la referencia, respetuosamente me dirijo a su despacho con el objeto de manifestar por intermedio del presente escrito que **interpongo recurso de Reposición e insistencia contra su decisión de fecha 19 de julio de 2022**, en que me niega el recurso de queja, para que en su lugar se digne revocar el auto impugnado y se declare mal denegado el recurso de apelación y como consecuencia ordene y disponga la admisión del recurso de apelación, por considerar y estar probado que no es un proceso de **UNICA INSTANCIA, SI NO DE DOBLE INSTANCIA**, como vuelvo a demostrarlo.

Es verdad que los demandantes impetraron dos causales para solicitar la terminación del contrato contenidas en dos literales, a y b.

En las causales del literal a) enunciaron TRES:

- 1) EL NO PAGO OPORTUNO
- 2) LA MORA
- 3) Y SU OTRO SI.

En la causal del literal b):

"b) La NO PRORROGA O RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. Causal que tiene su fundamento en lo dispuesto en el Art., 518 del código de Comercio, en cuanto a que el arrendatario incumplido no se encuentra legitimado para pretender el derecho a la renovación o prórroga del contrato de arrendamiento a su vencimiento, aunado a que las partes contratantes modificaron el alcance de la cláusula Decima del contrato de arrendamiento, acordando la terminación del contrato de arrendamiento a la fecha de vigencia del mismo, es decir primero de enero de 2018, sin lugar a prórrogas o renovaciones."

También está probado que los demandantes el 23 de agosto de 2021, renunciaron a la causal b) anteriormente descrita, lo que conlleva a que renunciaron a la NO Prorroga o Renovación del contrato conforme al artículo 518 del código de comercio, en cuanto a que el arrendatario incumplido no se encuentra legitimado para pretender el derecho a la renovación o prórroga del contrato de arrendamiento a su vencimiento, aunado a que las partes modificaron la causal decima en cuanto a la terminación del contrato.

Honorable Magistrado en su decisión cuestionada, manifiesta que al aceptarse tal desistimiento de esas modificaciones y peticiones, los actores

MARIA YOLIMA APONTE RIVILLAS

ABOGADA

sustentaron sus peticiones en la “ **la no cancelación por parte del arrendatario de las rentas y reajustes dentro del término estipulado en el contrato**” vicisitud contemplada en el artículo 22 numeral 1 de la Ley 820 de 2003, causal para que el arrendador pueda pedir unilateralmente la terminación del contrato, caso en el cual el proceso se tramitará en **UNICA INSTANCIA**, numeral 9 del artículo 384 del C.G.P., por haberse invocado “**EXCLUSIVAMENTE**” la causal de restitución consistente en la **MORA** en el pago del canon de arrendamiento, por lo que la negativa a la solicitud de nulidad de la suscrita carece del recurso de alzada. Con el debido respeto Honorable Magistrado, debo controvertirle que no es verdad que los demandados hayan sustentado sus peticiones únicamente en la causal “**la no cancelación por parte del arrendatario de las rentas y reajustes dentro del término estipulado en el contrato**”, son evidentes y claras como están plasmadas en la demanda reformada que las peticiones de la demandante en el literal a) **SON EL NO PAGO OPORTUNO, LA MORA Y SU OTRO SI** del contrato. Causal que la señora Juez descartó en audiencia del 10 de junio en donde negó la solicitud de Nulidad, sustentando que el otro si del contrato ya se había terminado, ignorando la norma del artículo 524 del Código de Comercio.

Como también es cierto que los demandantes no desistieron de la pretensión del **OTRO SI**, del literal a), quedando incólume esta pretensión **DEL OTRO SI**, en la pretensión a), entonces como puede aseverarse que la pretensión invocada es **EXCLUSIVAMENTE la MORA**, cuando evidentemente reza “**EL NO PAGO OPORTUNO, LA MORA Y SU OTRO SI**”? Quedando también descartado que la norma contemplada para el caso es el numeral 1 del artículo 22 de la Ley 820 de 2003 y numeral 9 del artículo 384 del C.G.P., de modo que el proceso desde un comienzo y hasta ahora lo ha sido y lo será **de DOBLE INSTANCIA**, por lo que imploro justicia Honorable Magistrado en que haya igualdad para las partes que la Ley otorga en este proceso.

Es importante resaltar que a pesar de que las partes en el otro si, plasmado como una de las causales de terminación en las pretensiones a) y b) de la reforma de la demanda, convinieron no **RENOVAR** el contrato de arrendamiento, **por ninguna circunstancia este convenio es legal**, y como tal se dará por no escrito ni convenido por mandato expreso de la ley artículo 524 del Código de Comercio,” carácter imperativo de estas normas, contra las normas previstas en los artículos 518 a 523, inclusive, de este Capítulo, no producirá efectos ninguna estipulación de las partes”), habida cuenta que el artículo 518 del código de comercio, le concede un derecho adquirido, al arrendatario, que haya ocupado por más de dos (2) años consecutivos el inmueble comercial, y como esta circunstancia de goce o tenencia del local comercial No. 1 - 34 del Centro Andino, cumplió el tiempo exigido en la norma, se cumplió en la ejecución del presente contrato de arrendamiento, la renovación del mismo se dió por ministerio de la ley, es decir el contrato quedo renovado. **EL OTRO SI**, vuelvo a repetir, que fue formulado como CAUSALES de terminación en la reforma , literales a) y b) , advirtiéndole que el desistimiento de fecha agosto 23 de 2021, lo hicieron los demandantes solo

MARIA YOLIMA APONTE RIVILLAS ABOGADA

respecto de la causal b) pero dejó viva en este aspecto el OTRO SI en la causal a), por lo tanto constituye la invocación como otra causal por no haber desistido de ella en el literal a), y que el Aquo a pesar de conocer esta situación como lo explica en la diligencia del 10 de junio de 2022, equivocadamente afirma que el contrato se termino por acuerdo entre las partes, violando la ley sustantiva del artículo 524 del código de Comercio.

En efecto EL OTRO SI, de la cláusula Décima, contenida en la pretensión a), es una causal diferente a la **MORA Y AL NO PAGO OPORTUNO** de los cánones de arrendamiento, porque se refiere exclusivamente a **LA NO PRORROGA O RENOVACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**, (artículo 518 C.CO), por consiguiente, se evidencia que no es un proceso de única instancia, si no de doble instancia, circunstancia que hace que la demandada KRONO TIME SAS, tenga derecho al recurso de apelación.

El mismo aquo en la audiencia de fecha junio 10 de 2022, manifestó “estamos con una sola pretensión con dos causales, LA MORA Y EL VENCIMIENTO DE TERMINOS, aduciendo una causal, otro si, exactamente, a una de las causales del contrato en el que se fija como tal la terminación por todo lo contrario a la primera que es incumplimiento, y esta equivocada, es todo lo contrario, porque la causal que tiene que ver con toda la terminación por mora, o cuando ocurre en mora hay incumplimiento. Pero lo que dice el otro si del contrato de arrendamiento que es vencimiento de termino, es decir fijan otro si en que ya considera por voluntad de las partes, en una de sus ejecuciones, en una de sus prorrogas, es decir que ya no van más, es decir que se acabo el contrato, pero era una voluntad conjunta de las partes precisamente en la que no había incumplimiento del contrato, que esa clausula fuera eficaz o no, es una discusión que aquí no tuvo lugar, pero lo cierto es para los fines que usted esta alegando es que es todo lo contrario a la de MORA, es la MORA hay incumplimiento y en la otra hay simple vencimiento de un término o acaecimiento de un plazo y resulta que usted quiere hacerlo ver como iguales y son totalmente contrarios, en la una hay incumplimiento y en la otra no...” Recuadro No.07, Minuto 6. 18 al minuto 10. 18 de la diligencia del 10 de junio de 2022”.

Conforme a lo manifestado anteriormente por la señora juez 34, se evidencia el desconocimiento total del artículo 524 del Código de Comercio, norma especial y de que es de orden público, y que está por encima de cualquier disposición del código civil y del C.G.P., y de la Ley de arrendamientos, en cuanto a la RENOVACION Y PRORROGA DEL CONTRATO artículo 518 del Código de Comercio, mas cuando en la pretensión "a) manifiesta la demandante las tres causales: “En no pago OPORTUNO y EN MORA de los cánones de arrendamiento conforme se establece en el contrato de arrendamiento comercial y SU OTRO SI, como a continuación se relaciona, situación de mora que ha persistido desde la fecha de presentación de la demanda (22-09-17) a la fecha, como paso a explicarlo...”, OTRO SI que reza así “Y SU OTRO SI, de la cláusula Décima del contrato: “PRORROGA O RENOVACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: “El contrato de arrendamiento se dará por terminado a la terminación de la vigencia del presente contrato, es decir el primero (01) de enero de 2018. Las partes de mutuo acuerdo declaran que este contrato no se prorrogará ni se renovará bajo ninguna circunstancia, por lo que se determinan que al momento del cumplimiento del término, el arrendatario restituirá el inmueble sin ningún requerimiento previo y sin que le asista derecho hacer reclamación alguna en consecuencia, el arrendador quedará en plena libertad de asignar el inmueble al propósito de su preferencia, e incluso a darlo en arrendamiento a quien desee sin que el actual arrendatario pueda ejercer ningún tipo de oposición, lo anterior, sin perjuicio al derecho de las partes de suscribir un nuevo contrato que permita al arrendatario continuar con la explotación del inmueble pero en el marco de relación comercial, que se entenderá totalmente independiente del actual”...

Como se puede apreciar Honorable Magistrado, el desconocimiento total de legislación comercial, artículo 518 a 524 del Código de Comercio, no solo de la señora juez, si no desde la ejecución del contrato en la suscripción del otro si, que son cláusulas que su contenido se toma como no escrito, el derecho a NO RENOVACION O PRORROGA DEL CONTRATO POR NINGUNA CIRCUNSTANCIA, Y TAMBIEN SE DA COMO NO ESCRITA LA TERMINACION DEL CONTRATO EL PRIMERO (1) de enero de 2018; por otra parte

MARIA YOLIMA APONTE RIVILLAS ABOGADA

la RENOVACION O PRORROGA DEL CONTRATO, se da conforme al artículo 524 del Código de Comercio,

norma especial y que es de orden público y obligatorio cumplimiento, y que está por encima de cualquier disposición del código civil y del C.G.P., y de la Ley de arrendamientos.

El Aquo, al manifestar que solo hay una pretensión por INCUMPLIMIENTO Y QUE SU OTRO SI POR VENCIMIENTO DE TERMINO YA NO VA MAS Y QUE YA NO ES OBJETO DE ESTA CONTROVERSIA, demostró su total ignorancia de la ley Comercial artículo 524 del código de comercio, carácter imperativo de la norma, dándole terminación a un contrato que no se puede terminar ni por voluntad de las partes y de la juez, violando la ley y dando por terminando EL OTRO SI, que no solo hace parte de la PRETENSIÓN a), del OTRO SI, RENOVACION Y PRORROGA DEL CONTRATO, QUE SIGUE VIGENTE; habida cuenta que el artículo 518 del código de comercio, le concede un derecho adquirido, al arrendatario, que haya ocupado por más de dos (2) años consecutivos el inmueble comercial. Aunado a lo anterior los arrendadores desistieron del numeral 1 del artículo 518 del código de comercio, "Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato", desistimiento de los demandantes, que trae como consecuencia que la arrendataria es cumplidora, es decir la pretensión a) quedó invalidada y el OTRO SI que no fue desistido por los demandantes, hacen que quede vigente la renovación o prórroga del contrato; entonces si hay derecho a la renovación por el otro si, artículo 518 del Código Comercio, no puede existir INCUMPLIMIENTO, no solo por el desistimiento, si no por la ambigüedad dada aquí, que debe ser a favor del arrendatario, artículo 1624 del Código Civil." No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor". Y los demandantes al haber desistido de la numeral 1 causal incumplimiento, artículo 518 Código de Comercio.

El derecho a la segunda instancia es un derecho fundamental de defensa, es el derecho que tiene una persona de poder impugnar un fallo cuando considera que el fallo es arbitrario e ilegal; si la misma juez entendió que la pretensión no es una sola, si no dos, es decir el proceso es de doble instancia, es ella misma está reconociendo el desconocimiento total del artículo 524 del código de Comercio, e hizo que se vulnerara la norma mercantil al ignorar la ley sustantiva, dejando las pretensiones con una sola causal y por este motivo están negando el derecho fundamental a la doble instancia y el derecho a la defensa.

Por lo anterior solicito respetuosamente, se sirva ordenar y disponga la admisión del recurso de apelación, solicitado mediante recurso de queja, que solicite en su momento y sustente ante su Honorable Despacho, solicitando el derecho a la doble instancia.

Atentamente



MARIA YOLIMA APONTE RIVILLAS

T.P. No. 57.275 del C.S.J.

C.C.No. 51'598.828 de Bogotá.

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. GONZALEZ FLOREZ RV: Sustentación apelación.
Proceso 2019-309**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 22/07/2022 11:31

Para: **GRUPO CIVIL** <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. GONZALEZ FLOREZ

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: gustavo adolfo romero torres <gustavoromero64@hotmail.com>

Enviado: viernes, 22 de julio de 2022 11:13 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: ardilaraul@gmail.com <ardilaraul@gmail.com>

Asunto: Sustentación apelación. Proceso 2019-309

CON DESTINO AL DESPACHO DE LA MAGISTRADA DRA FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ
ME PERMITO ALLEGAR EL ESCRITO CONTENTIVO DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO DE
APELACION DENTRO DEL PROCESO VERBAL No. 11001310304120190030901, DEMANDANTE
MERY JULIANA BARRERA.

ADICIONAL A ELLO, ESTE EMAIL VA CON COPIA AL ABOGADO RAUL JOSE ARDILA MUNAR,
AL EMAIL REFGISTRADO EN LA DEMANDA, CUMPLIENDO ASI LO ORDENADO POR EL DECRETO
806 DE 2.020 Y L A LEY 2213 DE 2.022

Atentamente,

Gustavo Adolfo Romero Torres
ABOGADO

Señores
Honorables Magistrados
Tribunal Superior de Bogotá -Sala Civil-
M.P. Dra Flor Margoth Gonzalez Florez
E. S. D.

Ref: PROCESO EJECUTIVO No. 2019-309
SUSTENTACION APELACION
DEMANDANTE. MERY JULIANA BARRERA

En mi calidad de apoderado de la parte demandada dentro del asunto de la referencia, con mi acostumbrado respeto me dirijo a usted allegando este escrito contentivo de la **SUSTENTACION** al recurso de **APELACION**, en los siguientes términos:

I.- OPORTUNIDAD

Me encuentro dentro de la oportunidad procesal pertinente, teniendo en cuenta que mediante auto notificado por estado del 14 de julio de 2.022, se concedió el término legal de cinco (5) días hábiles, el cual se vence el día 22 de julio hogaño.

II.- RESUMEN REPAROS DE LA SENTENCIA

Los reparos a la sentencia de primera instancia se centraron especialmente en la AUSENCIA DE ANALISIS por parte del juzgador de los requisitos que las partes establecieron en la CARTA DE INSTRUCCIONES para poder llenar el pagaré base de la ejecución. Y la ausencia de obligaciones patrimoniales para con la actora.

III.- SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

3.1. ASPECTOS GENERALES:

Honorables Magistrados, la actora presenta su demanda ejecutiva llenando un pagaré entregado en blanco, con base en una carta de instrucciones, suscrita por el señor CARLOS HERNANDO GALAN RODRIGUEZ en nombre propio y como representante legal de la sociedad EIA TEC S.A.S., y la señora MADELEINE OSSA HENAO en nombre propio.

La causa que motivó la entrega del pagaré en blanco a la acreedora, junto con la carta de instrucciones, fue para que se diligenciara sí para ese momento existiesen obligaciones patrimoniales y las mismas se hubieren incumplido, derivadas de los negocios comerciales y contractuales, fueren verbales o escritos, que se celebrasen entre las partes.

Con base en lo anterior, las partes en ejercicio del principio de la libre autonomía de la voluntad, expresaron en la carta de instrucciones lo siguiente:

“1. El espacio correspondiente a la “suma cierta de” se llenará por una suma igual a la que resulte pendiente de pago de todas la (sic) obligaciones contraídas con el acreedor, por concepto de capital, intereses, seguros, cobranza extrajudicial, según la contabilidad del acreedor a la fecha en que sea llenado el pagaré”. (destaco).

3.2. DEL TÍTULO VALOR EN BLANCO Y SUS INSTRUCCIONES

En punto con lo que jurisprudencialmente se ha venido sosteniendo, cuando el tenedor de un título valor en blanco lo llena, se presume que lo ha hecho siguiendo las instrucciones del deudor, puesto que de lo contrario no sería viable oponérselo, ya qué, si el importe no se inserta, el acreedor no podría ejercer su derecho cartular.

Ante esa presunción, es unívoca nuestra judicatura en afirmar que le corresponde al demandado la carga de probar que no fue llenado siguiendo sus instrucciones, y así por ejemplo en destacada sentencia de este Honorable Tribunal Superior, se señaló:

“De modo que cuando excepciona aduciendo que no fue llenado conforme a la autorización suya, está en el ineludible deber de demostrarlo, no sólo porque es esa la regla general en la que se encuadra cualquier excepcionante (recuérdese que el que excepciona funge de actor para esos efectos) sino por lo enantes explicado. Y no es válido oponer como valladar el criterio de que se trata de una negación indefinida, habida consideración que ésta no es tal cuando apenas si ostenta esa connotación desde el punto de vista de su construcción gramatical; y cuando se dice que esa no fue autorización suya, se está afirmando el hecho contrario, cual es el de que la autorización fue otra, que sí es posible probar”¹.

3.3. DE LA SITUACIÓN EN PARTICULAR.

Es importante señalar que nuestro caso **no puede y ni debe ser visto con este rasero legal y jurisprudencial** que comúnmente se utiliza para desatar esta clase de asuntos, tal y como lamentablemente lo hizo el a quo, quien no solo se limitó a ello, sino que desconoció de un

¹ Sentencia del 21 de agosto de 2.020. M.P. Dra Ruth Elena Galvis Vergara, Agosto 21 de 2.020, expediente No. 110013103018201700556 02

tajo lo expresado por las partes en sus interrogatorios, y las afirmaciones del testigo Edwin Molina en torno, a los negocios entre las partes en litigio. Veamos:

3.4. LA LIBRE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Basados en este principio, los individuos son los que dictan sus propias normas en aras de regular así sus relaciones privadas. En tal sentido nuestra Corte Constitucional en sentencia C-934 de 2013² señaló:

“La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”. (destaco).

Es decir, y sin necesidad de adentrarnos en el estudio propio de esta institución, podemos señalar que a pesar de los límites (legales y constitucionales), en nuestro derecho la libre autonomía de la voluntad como principio rector, sigue imperando, con un aditamento que considero vital y es que se rige bajo el principio de la fuerza obligatoria (ar. 1.602), lo cual nos induce necesariamente a afirmar, que sí las partes han establecido acuerdos, negocios, contratos, reglas, pactos, condiciones, plazos, etc., estos son para cumplirlos, y que el actuar en contrario, ya sea desconociendolos, desatendiendolos o vulnerandolos, estarían en contra de su inmutabilidad, lo que trae como consecuencia inexorable la aplicación de una sanción, entendida dentro del concepto general que ella puede tener.

Para obligarse por un acto o declaración de voluntad conforme lo señala el art. 1.502 del C.C., se hace necesario entre otras cosas, que se consienta en dicho acto o declaración y el consentimiento no adolezca de vicio, siendo este otro elemento relevante dentro del derecho privado, amén que este consentimiento es la expresión de voluntad que nos vincula.

3.5. DE LA CARTA DE INSTRUCCIONES

La carta de instrucciones es un documento que acompaña al título valor contentivo de espacios en blanco, el cual podrá ser diligenciado por el tenedor legítimo, para poder ejercer el derecho que en él se incorpora; el diligenciamiento se realizará conforme a las instrucciones que el suscriptor haya expresado, según lo mencionado en el [artículo 622 del Estatuto Mercantil](#), es decir, que en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, el acreedor se vincula a las instrucciones emanadas del deudor quien suscribe el título en blanco, más aún cuando constan en documento escrito, y a todas las condiciones o requisitos que allí se insertaron.

² Corte Constitucional, sentencia C-934 de diciembre 11 de 2013, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. EXP D. 9661.

Por ello, en la carta de instrucciones se reúnen el conjunto de autorizaciones emanadas por el otorgante a favor del acreedor o tenedor del título. Para hacer efectiva la obligación solo es permitido diligenciarla conforme a las condiciones del suscriptor, siendo ello una forma de proteger a quien suscribe el título.

Así y en estrcito sentido tenemos unas obligaciones recíprocas, por parte del deudor, la de autorizar al acreedor para llenar el título valor en blanco y por parte del acreedor la de llenar el título acorde con las instrucciones, las cuales pueden contener condiciones o requisitos por cumplir. Así, si se insertan requisitos o condiciones, estas deben necesariamente verificarse en su cumplimiento, hecho que ampliaremos más adelante.

Por su parte la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó:

*“(...) que ese tribunal admite de manera expresa la posibilidad, por cierto habitualmente utilizada, de crear títulos valores con espacios en blanco para que, antes de su exhibición tendiente a ejercer el derecho incorporado, **se llenen o completen por el tenedor de conformidad con las órdenes emitidas por el suscriptor**. Ahora, si una vez presentado un título valor, conforme a los requisitos mínimos de orden formal señalados en el Código de Comercio para cada especie, el deudor invoca una de las hipótesis previstas en la norma mencionada le incumbe doble carga probatoria: en primer lugar, establecer que realmente fue firmado con espacios en blanco; y, en segundo, evidenciar que se llenó de manera distinta al pacto convenido con el tenedor del título”³.*

Es válido advertir según lo ha indicado la máxima Corporación,

“(...) que la carta de instrucciones como tal no pertenece al título valor mismo, ni pasa a ser un apéndice de él para conformar un todo inescindible con el cartular, pues semejante exageración argumentativa repugna a la teoría autónoma de los títulos valores, amén que de conformidad con el artículo 422 del CGP, basta con que un documento preste mérito ejecutivo para que se deba librar por el juez una orden coercitiva de pago; sin embargo y muy a pesar de que la carta de instrucciones no forme parte del título valor como tal, sí es fuente obligada de consulta para que pueda establecerse si el título valor fue llenado bajo las órdenes estrictas dadas en la carta de instrucciones, pues de lo contrario el deudor podría oponer a su acreedor las excepciones personales o cambiarias pertinentes, entre las que se cuenta precisamente la de haber sido llenado el título de manera abusiva o sin estricto apego a las instrucciones dadas por el creador”⁴.

³ Fallo 15 de diciembre de 2009, en el expediente No. 05001-22-03-000-2009-00629-01

⁴ Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, M.P. José Gildardo Ramírez, 050013103015 2017 00005 01, 19 de octubre de 2.020

Como colofón de hasta lo aquí expuesto, es claro que (i) el título valor puede crearse en blanco, (ii) su tenedor legítimo lo puede llenar, (iii) al diligenciarlo lo debe hacer conforme a las instrucciones conferidas por el deudor, (iv) sí las instrucciones contienen requisitos o condiciones, debe llenarse conforme a ellas (v) sino lo hace, el deudor puede oponerse al acreedor utilizando los medios exceptivos correspondientes. Y finalmente, no se puede desconocer que la Carta de Instrucciones, en cuanto a su naturaleza, **es un acto jurídico** en sentido amplio, y por ende sujeto a las normas generales de las obligaciones, tanto para su validez como para sus efectos.

3.6. NUESTRA CARTA DE INSTRUCCIONES

Tal y como lo hemos venido señalando, en nuestro particular caso, en la carta de instrucciones suscrita por los demandados y aceptada por la demandante, se establecieron dos requisitos sine quanon, para poder llenar el pagaré en blanco base de la ejecución:

- (i) Que la suma de dinero correspondiera a todas las obligaciones por concepto de capital, intereses, seguros, cobranza extrajudicial. Y
- (ii) Que estas sumas de dinero estuviesen **conforme a la contabilidad** de la acreedora a la fecha de ser llenado el pagaré.

Recapitulando el principio de la libre autonomía de la voluntad, en consonancia con la fuerza obligatoria de lo pactado, MERY JULIANA BARRERA VILLAMIZAR, se obligó a llenar el pagaré recibido en blanco, conjuntando todas las obligaciones adquiridas por los demandados a título personal, y por EIA TEC S.A.S., que existieran entre ellas y estuviesen en mora para ese momento. Para probar su existencia y exigibilidad establecieron como requisito primario y fundamental que dichas obligaciones constaran en la “contabilidad” de la acreedora.

Es decir, para las partes independientemente de sus relaciones contractuales y la multiplicidad de obligaciones patrimoniales que se pudiesen predicar, buscaron una formula para precisar el valor de las mismas, sin que quedase al libre albedrío de la acreedora, o a la presunción establecida por el art. 622 del Código de Comercio, y esa formula se concretó en la consonancia con la contabilidad de la acreedora, independientemente si era o no comerciante inscrita en la Cámara de Comercio respectiva.

Veamos que este requisito es apenas razonable y no constituye ni constituyó una obligación imposible, abusiva o ilícita, en tanto que, es lo prudente y diligente cuando una persona reclama sumas de dinero como las acá invocadas (más de mil millones de pesos), pues como mínimo es declarante del impuesto de renta, y para soportar su declaración requiere de una contabilidad, así sea básica, y eso precisamente es lo que la parte deudora le instruyó a la acreedora, llene el pagaré en blanco pero conforme a su contabilidad, ni siquiera conforme a la de los

deudores, o a la de ambos, porque se parte del principio de la buena fe, dándole a esos registros el carácter de plena prueba como lo establece nuestra legislación.

3.7. DEL DILIGENCIAMIENTO DEL PAGARE

Partiendo de lo anterior, el hecho de llenar el pagaré a su antojo por parte de MERY JULIANA BARRERA, no puede constituir una presunción sobre la existencia de las obligaciones patrimoniales insertadas en el mismo, porque como ya lo hemos analizado, esta debía imperativamente cumplir con el requisito de diligenciarlo conforme a su contabilidad.

Es decir, el hecho en si mismo de diligenciar el pagaré y hacer constar en él una suma escandalosa de dinero, no puede tomarse ni como una afirmación indefinida, ni tampoco como el cumplimiento irrestricto de las instrucciones, con ello quiero precisar y significar que MERY JULIANA BARRERA no podía acudir a cobrar la suma de dinero que hoy pretende con una patente de corzo para actuar como quisiera, y tampoco para ampararse de mala fe en la presunción establecida en nuestra legislación mercantil, en torno a que lo hizo basada en las instrucciones del deudor, para que sea este el que ostente la carga probatoria.

No señores magistrados, este entorno debe analizarse conforme al caso particular y atendiendo a la voluntad de la partes, hecho que fue irrelevante para la juez a quo, por lo que la carga de probar si fue llenado el pagaré conforme a su contabilidad está inexorablemente en cabeza de la demandante, más no de los demandados, puesto que no es sobre su contabilidad sino sobre la de ella, que debería soportarse no solo la literalidad del título, sino el derecho allí incorporado.

Es más, sí revisamos los interrogatorios de parte y el testimonio de EDWIN MOLINA, es interesante ver que todos estos **negaron tener obligaciones pendientes de pago con la actora**, que en realidad de verdad existió un vínculo tanto laboral como comercial con ella, y que la única obligación pendiente de pago la tiene la sociedad EIATEC S.A.S. en reorganización empresarial, la cual fue reconocida dentro de la laborales y será pagada conforme a los términos pactados en el acuerdo concursal, con la prelación de ley. Aunado a lo anterior, la otra testigo dejo en claro que el convenio con ECOPETROL no generaba ninguna clase de utilidad económica para EIATEC S.A.S., desestimándose con ello que derivado de esa relación contractual, la demandada tuviese la expectativa de recibir dinero alguno, por lo que el pagaré estaba lejos de poder contener suma alguna adeudada por dicho concepto.

Por eso reiteramos, ante la dificultad probatoria y la carga que podía incumbirles a futuro, las partes establecieron como requisito prudente y válido, el que se llenará el título conforme a la contabilidad de la acreedora, circunscribiendo así al acreedor a que las sumas de dinero debidas deberían contar con un respaldo probatorio.

3.8. DE LA PRUEBA.

Tal y como lo señala el artículo 164 del CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, por lo que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico por ellas perseguido (art. 167 CGP), a menos que se trate de hechos presuntos, caso en el cual la carga de la prueba se invierte (art. 166 CGP).

Basados en estas normas y en las demás disposiciones contenidas en nuestra ley adjetiva, contrastándolas con el texto de la carta de instrucciones y la normatividad civil y mercantil vigente, es evidente que nuestro análisis debe cimentarse en ellas para poder determinar si realmente la carga de la prueba estaba para este asunto en cabeza de la parte demandada o no.

Observe señores magistrados, como desde la teoría general de la prueba se pone de manifiesto, que los hechos son la materia de prueba, para poder llevar certeza de ellos al funcionario judicial, es decir, es carga de cada una de las partes presentarle al juez los elementos probatorios que permitan tomar una decisión en derecho sobre la situación a él planteada.

En los juicios ejecutivos en ejercicio de la acción cambiaria, como se parte de la certeza del título y lo de en él contenido (literalidad, incorporación, autonomía), se predica un derecho en cabeza del acreedor que lo “blinda” de ataques desmedidos por parte del deudor, por cuanto queda circunscrito a las excepciones señaladas por el art. 784 del C. de Co., y a probarlas, quedando el acreedor simplemente a la expectativa de lo que pueda aportar como tal el deudor. Es decir, que el título valor opuesto al deudor, parte de una presunción de validez y certeza de las obligaciones patrimoniales allí contenidas.

Y ello se verifica aún más, cuando se trata del título valor en blanco, en donde según se desprende de la lectura del artículo 622 del C. de Co, se presume que el tenedor legítimo del título valor lo llenó conforme a las instrucciones del deudor, correspondiéndole a este en principio correr con la carga de la prueba, cuando el acreedor lo llenó de manera abusiva o sin estricto apego a las instrucciones dadas por el creador.

En nuestro caso particular consideramos respetuosamente que este lineamiento no se predica de manera irrestricta, sino que debe verse con la óptica general diseñada por el art. 167 del C.G.P., en tanto que las partes señalaron que la suma de dinero contenida en el pagaré, era producto de los contratos escritos y verbales llevados a cabo entre sí, y que la CUANTIA debería corresponder a la que estuviera descrita e inserta dentro de la CONTABILIDAD de la DEMANDANTE.

Es decir, señores Magistrados, tal y como lo hemos venido advirtiendo a lo largo de este escrito, las partes al insertar en la carta de instrucciones el requisito anotado, circunscribieron la cuantía del título a la contrastación de la contabilidad de la

acreedora, destruyendo voluntariamente la presunción del art. 622 del C. de Co, y por ende la carga de la prueba en cabeza del deudor-ejecutado.

Y esto es claro, sí las partes no hubieren querido que el acreedor probase que el título fuere llenado en consonancia con su contabilidad, simplemente hubiesen excluido este requisito, no habrían intervenido bajo el amparo del principio de la libre autonomía de la voluntad para cualificar la carta de instrucciones, sino que por el contrario, el deudor se habría conformado con aceptar que fuere llenado acorde con las obligaciones patrimoniales existentes y exigibles al momento de diligenciarse el título valor.

Siendo ello así, era el demandante el llamado a probar, previa a la presentación de la demanda ejecutiva⁵, o dentro del proceso, que el título valor lo diligenció con base en la contabilidad, en nuestro sentir la misma que ha debido utilizar para soportar sus declaraciones de renta, a menos que sea una evasora de impuestos. Reiteramos, ambas partes aceptaron para darle certeza al derecho incorporado al título y a honrar su literalidad, ese soporte contable que se extrañó durante todo el proceso y al cual la señora juez a quo no quiso darle ninguna valoración, pese a que dentro de los medios exceptivos se planteó esta situación de manera expresa.

Es más, la parte actora cuando describió las excepciones perentorias, en tratándose de la llamada “HABERSE LLENADO EL TITULO VALOR EN FORMA ABUSIVA, TEMERARIA E INJUSTIFICADA”, guardó absoluto silencio frente a este específico tema y de manera ortodoxa simplemente señaló:

*“Nuevamente señor juez, la demandada hace referencia a que realizaron unos pagos a la demandante, por NO APORTAN PRUEBA DE ELLO, los demandados CARLOS HERNANDO GALAN RODRIGUEZ Y MADELEINE OSSA HENAO, de su propia voluntad, de manera libre, expresa y voluntaria suscribieron en favor de mi mandante carta de instrucciones 0001 y pagare 0001, para que sea llenado de la siguiente forma **“a la que resulte pendiente de pago de todas las obligaciones contraídas con el acreedor, por concepto de capital, intereses, seguros, cobranza extrajudicial”** documento que de su propia voluntad fue autenticado ante la Notaría 3 del círculo de Neiva el 12 de septiembre de 2016 lo cual desestima el concepto aducido por los demandados de “llenado abusiva e injustificadamente”.*

Con ello pretendemos mostrar señores Magistrados, cómo la demandante de una manera displicente y ligera se pronuncia sobre el soporte contable que debería tener para darle certeza a la cuantía inserta en el pagaré, según se desprende de lo expresado, el aludido requisito no era de importacia a la hora de diligenciar el título valor, es decir, el principio de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria

⁵ Remitiéndole a los deudores copia de los soportes de cada una de las obligaciones que señaló en el interrogatorio de parte que se le hizo, y que conformaban la suma inserta en el título valor, o una certificación contable con los requisitos para que fuera oponible, o la declaración del contador, es decir, utilizar el medio probatorio que fuese convincente para deprecar el lleno legítimo del pagaré.

de lo pactado, era parte del anecdotario contractual, no tenía ninguna relevancia, por lo que insertó la cuantía con base en lo que su propia voluntad le indicó y no con base en el requisito exigido.

Además de ello, me remito a las respuestas dadas por MERY JULIANA BARRERA en su interrogatorio de parte, con las cuales se confirma, que nunca soportó en legal forma a los demandados cada unas de las sumas de dinero por las cuales llenó el pagaré, ni les entregó los soportes en que fundamentaba su supuesta reclamación.

Como colofón de todo lo anterior, podemos concluir que la DEMANDANTE NO PROBÓ, que hubiese llenado el pagaré con base en su contabilidad, documentada con los soportes respectivos, y que la carga de dicha prueba se depreca de los requisitos insertos en la carta de instrucciones y aceptados por ella, al recibir la instrucción por escrito, por ello señores Magistrados disintimos diametralmente de la posición tomada en la sentencia impugnada, la juez a quo se limitó a conducir la sentencia por el sendero pragmático de la presunción derivada del art. 622 del C. de Co y nunca ahondó sobre los requisitos contenidos en la Carta de Instrucciones para establecer en realidad, en cabeza de quien estaba la carga probatoria, tomándose de contera una decisión a todas luces injusta, puesto que como lo ha dicho nuestra jurisprudencia, cuando el título se llena abusivamente o sin el justo apego a las instrucciones del deudor, no existe nulidad, sino que su cuantía debe ajustarse a lo que realmente constituye la deuda, en este caso, a lo que conste en los documentos y asientos contables de la actora, y así deberá en su momento llenarlo, porque la cuantía por la que lo diligenció NO ES Oponible a la parte demandada, es decir, en ese asunto existe un pagaré que se llenó sin el soporte correspondiente, tornando en acéfala su cuantía y por ende el derecho literal y autónomo que se pretendía oponer.

IV.- JUSTICIA Y PAZ JURIDICA

Finalmente quiero dejar unas cortas reflexiones, reclamando respetuosamente que se haga justicia, se aplique el derecho, pero son palabras que como en nuestro caso particular, terminan a veces perdidas en lo más profundo del océano normativo.

El profesor Francesco Carnelutti⁶, nos invita a comprender que es el derecho, señalando que “es la armadura del Estado. El derecho es lo que se necesita para que el pueblo pueda alcanzar su firmeza”.

Y al final se pregunta “¿ Y este es el jurista, que quiere saber que es el derecho? No sabe, al fin, nada de preciso, se expresa, en suma, más que como un docto como un poeta”, concluyendo:

⁶ Francesco Carnelutti, Arte del Derecho, Colección Ius In Perpetuum, Ediciones Grupo Editorial Ibáñez, pág 14.

“Precisamente aquí está la diferencia entre mi juventud y mi vejez de jurista. El joven tenía fe en la ciencia; el viejo la perdió; el joven cría saber; el viejo sabe que no sabe. Y cuando al saber se junta el saber que no se sabe, entonces la ciencia se convierte en poesía. El joven se contentaba con el concepto científico del Derecho; el viejo siente que ese concepto se pierde su impulso y su drama, y por lo tanto, su verdad. El joven quería los contornos cortantes de la definición; el viejo prefiere los matices del parangón. El joven no creía sino en lo que veía; el viejo cree más que en lo que no se puede ver. El joven estaba a la izquierda; el viejo paso a la derecha del puente. Y para representar esta tierra, donde los hombres se aman y amándose logran la libertad, tampoco sirve la poesía; el jurista quisiera ser músico para hacer que los hombres sientan ese encanto”⁷.

Entonces señores Magsitrados, lo que pedimos en este escrito, al desentrañar lo que significa el derecho, es que la demandada, como parte del pueblo colombiano, necesita un estudio objetivo y sesudo de este caso particular, y se miren los matices del paráñgon para restablecer el derecho que le corresponde.

Consecuencialmente a lo anterior, llegamos necesariamente al concepto de justicia, el cual dependiendo de divesas corrientes, tiene su propia acepción, sin embargo la reclamamos señalando los siguiente:

“ Hay pues un justo legal, que no es la justicia general, sino que consiste en el fiel cumplimiento de las leyes –de las normas jurídicas– por parte de sus destinatarios, correspondiendo a los juristas su interpretación y su aplicación al caso concreto. En otras palabras, entendiendo que la distinción entre justicia general y particular no tiene relevancia en relación al oficio de jurista. Para éste no hay más que una justicia: dar a cada uno lo suyo; y esta da lugar a lo justo conmutativo, lo justo distributivo y lo justo legal.

En últimas, se trata de lo debido por el hombre a la colectividad, al bien común, precisamente porque su recto cumplimiento es un derecho de la colectividad y una obligación de justicia. El sistema de leyes de una sociedad engendra deberes de justicia y, por tal razón, es objeto del arte del Derecho: donde hay ley de la sociedad, hay arte del Derecho. Como ya precisaba Aristóteles, lo anterior constituye una virtud perfecta, no sólo porque comprende todas las otras virtudes morales, sino, sobre todo, “porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no solamente consigo mismo”⁸

⁷ Ibidem, pág 20

⁸

Finalmente el gran **jurista y filosofo Karl Larenz**, al hablarnos de la idea del derecho, señala uno de sus componentes, **LA PAZ JURIDICA**, entendiendo que es efectiva cuando:

"(...) sólo predomina donde cada uno puede confiar en que los tribunales o los que detentan el poder le reconocerán su derecho; donde cada uno pueda contar con que el otro se comportará con arreglo a Derecho, no solo en los contratos, sino en general; donde no domina el temor, sino la certeza; donde los hombres no se comportan de manera inamistosa, sino cooperativa".⁹

Y más adelante concluye:

" (...) Donde la paz jurídica falta, donde cada uno trata de realizar su (supuesto) derecho con sus puños o domina la guerra civil, desaparece la justicia. Triunfa el derecho del llamado "mas fuerte", que es lo contrario de un orden justo". (...) "El juez debe de todos modos pronunciar una sentencia, para lo cual le sirven de ayuda las reglas sobre la carga de la prueba. De este modo se pone de manifiesto que cuando no se puede responder a la pregunta sobre lo justo en el caso concreto debe por lo menos crearse una certidumbre sobre lo que en tal caso es conforme a derecho (aunque quizá no sea justo), poniéndose fin a la controversia en aras de la paz jurídica".¹⁰

V.- PETICION

Con base en todo lo expuesto, me permito solicitarle se sirva REVOCAR en su totalidad la sentencia impugnada y en su defecto se acojan las EXCEPCIONES PROPUESTAS y se condene en COSTAS a la parte demandante.

Atentamente,



GUSTAVO ADOLFO ROMERO TORRES
T.P. 45.264 del C.S. de la J.

⁹ Karl Larenz, Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Ed. Civitas, primera edición, 1.985, pág 45.

¹⁰ Karl Larenz, Obr. Cit. Pág 52.

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 001-2021-23839-01 DRA LOZANO RICO

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 26/07/2022 16:33

Para: Despacho 16 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<des16ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Aida Victoria Lozano Rico

<alozanori@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 25 DE JULIO de 2022, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de radicación y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo y concordancia de los datos del expediente digital y el oficio remisorio es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del de 26 DE JULIO de 2022.

La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos

Escribiente

De: EMAIL CERTIFICADO de SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - CORREO ELECTRONICO

CERTIFICADO <400630@certificado.4-72.com.co>

Enviado: lunes, 25 de julio de 2022 10:33

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: COMUNICACION:Radicado No. 21-423839- -27| 1379317 (EMAIL CERTIFICADO de correocertificado@sic.gov.co)

COMUNICACIÓN

CORREO
ELECTRÓNICO
CERTIFICADO

Por favor no responda este correo, es un mensaje automático.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RADI: 21-423839- -27

FECHA: 2022-07-21 12:24:24

TRÁM: 400 DEM PROT JURISD

EVEN: 362 DEMANDA

ACTU: 330 COMUNICACIÓN

FOLIOS: 5

Señor(a)(es)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA - SALA CIVIL (REPARTO)

rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Adjunto a este correo encontrará el documento radicado de la comunicación con el radicado 21-423839- -27
Le solicitamos muy comedidamente proceda a realizar su revisión y verificación correspondiente lo antes posible.

Reciba un cordial saludo,

ANGÉLICA MARÍA ACUÑA PORRAS

Para mayor información, comuníquese con nuestra Línea de Atención al Ciudadano en Bogotá 592 0400 o al PBX 587 0000 o escribanos a contactenos@sic.gov.co

Por favor no responda este correo, es un mensaje automático.

Todos los derechos reservados 2022

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Fecha : 26/jul./2022

GRUPO RECURSOS DE QUEJA

CD. DESP	SECUENCIA	FECHA DE REPARTO
014	5440	26/jul./2022

REPARTIDO AL DOCTOR (A)
AIDA VICTORIA LOZANO RICO

IDENTIFICACIO	NOMBRE	APELLLLIDO	PARTE
LICU	LIBORIO CUELLAR		01 ***
SIDS	SIDA SAS		02 ***

אזה מנה: ידועות הן נרפ"ק ידועה וזו יקל

OBSERVACIONES: 110013199001202123839 01

BOG03TSBL02
lzuluagah

FUNCIONARIO DE REPARTO

110013199001202123839 01

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **AIDA VICTORIA LOZANO RICO**

Procedencia : 001 Superintendencia Circuito

Código del Proceso : 110013199001202123839 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : LIBORIO CUELLAR

Demandado : SOCIEDAD SIDA S.A

Fecha de reparto : 26/07/2022

C U A D E R N O : 2

MEMORIAL DRA. LIZARAZO VACA RV: SUSTENTACIÓN APELACIÓN PROCESO NO. 11001319900220190040707

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 28/04/2022 16:59

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL DRA. LIZARAZO VACA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Oscar Betancur <oscar.betancur@aab-estudiojuridico.com>

Enviado: jueves, 28 de abril de 2022 4:43 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 08 Sala Civil Tribunal Superior - Bogota - Bogota D.C. <des08ctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: jmendoza@dlapipermmb.com <jmendoza@dlapipermmb.com>; slondono@dlapipermmb.com

<slondono@dlapipermmb.com>; consuelo.a@aab-estudiojuridico.com <consuelo.a@aab-estudiojuridico.com>

Asunto: SUSTENTACIÓN APELACIÓN PROCESO NO. 11001319900220190040707

Cordial saludo,

Envío adjunto memorial con el que se presenta la sustentación del recurso de apelación interpuesto en el proceso No. 11001319900220190040707.

Envío copia de este correo al apoderado de la parte demandante para los fines comunicación y traslado del Decreto 806 de 2020.

Agradezco la confirmación de recibido y darle el trámite correspondiente.

Cordialmente,

ÓSCAR FERNANDO BETANCUR GARCÍA

Abogado Asociado

Tels: (+571) 6 37 4992 / 94 / 97

Calle 110 No. 8 – 09 Bogotá D.C. - Colombia

Email: oscar.betancur@aab-estudiojuridico.com



La información contenida en este E-mail es confidencial y solo puede ser utilizada por el individuo o la compañía a la cual está dirigido. Si no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este mensaje es prohibida y será sancionada por la ley. Si por error recibe este mensaje, favor reenviarlo al remitente y borrar el mensaje recibido inmediatamente.

Señores:

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá DC

Sala Civil

En su Despacho

Proceso. Acción Social de Responsabilidad.

Demandante. Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. (Carbosan).

Demandado. Mauricio Suárez Ramírez.

Radicado. 11001319900220190040707.

Asunto. Sustentación de Recurso de Apelación.

Oscar Fernando Betancur García, apoderado de la parte demandada, **Mauricio Suárez Ramírez**, presento **Sustentación del Recurso de Apelación** interpuesto de forma parcial en contra de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, complementada el 31 de enero de 2022.

La sustentación es oportuna por encontrarme dentro del plazo previsto en el Decreto 806 de 2020.

1. Control de legalidad de la sentencia.

Mediante el Auto No. 2022-01-134481 del 14 de marzo de 2022, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades (la “**Delegatura**”) se abstuvo de tramitar un recurso interpuesto en contra del Auto No. 2022-01-054327 que negó la nulidad de la sentencia de primera instancia.

Para justificar esto, la Delegatura argumentó que carecía de competencia para tramitar solicitudes pendientes por haber concedido la apelación frente a la sentencia en el efecto suspensivo. Afirmó que, “*salvo manifestación en contra por parte del Tribunal Superior del*

Distrito Judicial de Bogotá D.C., este despacho se abstendrá de resolver acerca de solicitudes pendientes por tramitar”.

Desde el Auto No. 2022-01-056769 del 8 de febrero de 2022, previo a resolver sobre la nulidad planteada, la Delegatura había concedido la apelación de la sentencia. Luego, esa situación fue utilizada como justificación para abstenerse de tramitar las solicitudes de nulidad y los recursos pendientes. Ante esto, **solicito** comedidamente al Despacho ejercer control de legalidad conforme a lo establecido en el artículo 132 del CGP, para resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto, referido a una solicitud de nulidad que se formuló frente a la sentencia de primera instancia, el cual la Delegatura se abstuvo de resolver, ***“salvo manifestación en contra por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.”.***

2. Oposición a la tramitación de la apelación de Carbosan.

Presento esta sustentación sin perjuicio de la decisión que adoptará la Sala Dual del Tribunal frente al recurso de súplica interpuesto el 21 de abril de 2022, con el cual se solicitó no tramitar la apelación de Carbosan por ser extemporánea y lacónica.

3. Oposición a la solicitud probatoria de Carbosan.

Con escrito de 21 de abril de 2022, Carbosan solicitó el decreto y practica en segunda instancia de la declaración del señor Doménico Gallo. De nuevo, al margen del recurso de súplica, de entrada, **solicito** no decretar dicho testimonio porque no cumple ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 327 del CGP para que proceda su decreto.

El testimonio es solicitado para que el declarante *“(…) rinda testimonio sobre los hechos de la demanda que sean de su conocimiento, particularmente los referidos a la operación con CNR y Carbosan, así como los hechos relativos al diseño, ejecución y aprobación del denominado “Proyecto Murray” (…)*”. **Como recae sobre un aspecto frente al cual la apelación de Carbosan es inadmisibles por falta de interés jurídico, dicha parte no puede solicitar esa declaración. Además, ese testimonio fue desistido por la Delegatura en decisión ejecutoriada, lo que impide decretarlo con base en el artículo 327.2 del CGP. Tampoco se relaciona con hechos “ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia” (Art. 327.3 del CGP). Por lo tanto, la solicitud de Carbosan no cumple con ninguno de los requisitos del artículo 327 del CGP para que**

proceda su decreto en segunda instancia, razón por la cual **solicito** al Tribunal negar esa petición probatoria.

4. Sustentación de los reparos concretos formulados en contra de la sentencia principal y complementaria.

Sustento los reparos formulados en el mismo orden en el que fueron propuestos.

4.1. Defecto procedimental absoluto por valorar como medio de prueba los denominados “*informes de auditoria forense*” aportados por Carbosan, a pesar de ser documentos sin validez probatoria.

La sentencia proferida por el Despacho valoró los denominados “*informes de auditoria forense*” aportados por Carbosan (Acápites II, numeral 2 de la sentencia) como medios de prueba admisibles en el proceso. Tales documentos **no debieron ser tenidos en cuenta como medios de prueba, por carecer por completo de mérito probatorio.**

En primer lugar, ninguno de los documentos denominados “*informes de auditoria forense*” allegados con la demanda de Carbosan cuenta con firma manuscrita de quien dice haberlos elaborado. Asimismo, carecen de anexos y no cumplen con ninguno de los requisitos exigidos por la ley para considerar que son documentos electrónicos válidamente otorgados por terceros.

Como afirmó el perito José Guevara en el dictamen pericial que la Delegatura no examinó, los denominados “*informes de auditoria forense*” presentados por Carbosan no reúnen las condiciones para ser considerado un informe de auditoría forense y, mucho menos, ser considerado un dictamen pericial como lo establece la ley.

Los “*informes*” son documentos emanados de un tercero, la denominada firma “Kroll”, la cual no se identificó en sus textos como persona jurídica o entidad legal reconocida en Colombia. Aunque obra en el expediente un “*escrito de ratificación*” remitido por Pablo Felipe Iragorri Jaramillo, éste sólo se limitó a remitir los mismos “*informes*” allegados con la demanda, sin firmar y sin aportar ni siquiera una certificación de existencia o representación legal de la denominada “Kroll”. Tales defectos hacen que la pretendida “*ratificación*” de Carbosan sea incompleta, por ende, ineficaz para fines procesales y probatorios. Como lo señala el artículo 282 del CGP, los documentos declarativos

emanados de terceros se apreciarán *“salvo que la parte contraria solicite su ratificación”*. Al no haberse producido la ratificación en legal forma, el contenido de los informes no podía apreciarse para proferir la sentencia como lo hizo erróneamente la Delegatura.

Dichos *informes* además “[s]on estrictamente confidenciales y están dirigidos exclusivamente para el uso privado y exclusivo del cliente”, según lo afirmó en el texto del primero de los *“informes”* la misma “Kroll”. Así se evidencia desde el inicio del informe. Esto implica que su contenido no era posible divulgarlo, por ser confidencial. Sin embargo, esta restricción tampoco fue tomada en cuenta por la Delegatura.

En los *“informes”* tampoco se acreditó la identidad concreta ni las credenciales personales y académicas de las personas que habrían intervenido en su elaboración. Los *“informes”* allegados con la demanda, los que fueron aportados con la *“ratificación”* y los entregados al perito José Guevara por Carbosan, no tienen firma manuscrita o electrónica y tampoco cuentan con una identificación plena de sus autores o de quienes hayan intervenido en su elaboración. Es decir, no tienen los elementos mínimos que permitan establecer los sujetos que intervinieron en su creación, lo que impide valorarlos como documentos físicos y mucho menos como mensajes de datos (Art. 247 del CGP) por falta de acreditación.

Todos esto se agrava con el hecho de que el Despacho no examinó en la sentencia todas y cada una de las inconsistencias que fueron descritas en el memorial del 16 de octubre de 2020, en el que se hacía alusión a diversos reparos sobre la integridad del primer *“informe”* de “Kroll”.

Precisamente, con ese escrito se explicó a la Delegatura sobre la existencia de un *“informe”* presentado por Carbosan ante la Fiscalía General de la Nación que es distinto al aportado a este proceso. Desde allí mismo se puso de manifiesto a la Delegatura que:

“(…) No hay certeza alguna de la integridad y autenticidad del Informe inicial de Kroll que ha sido presentado en este proceso y el que fue utilizado para la presentación de la denuncia penal en contra del señor Mauricio Suárez, el cual anexo como prueba en este memorial. Por el contrario, hay serias dudas sobre la integridad y autenticidad de estos documentos.

Hay indicios que sugieren que este primer informe fue editado, manipulado o modificado, sin que se tenga certeza de cuál es el auténtico.

El primer Informe aportado en este proceso difiere en presentación de forma y contenido con el que fue aportado con la denuncia penal interpuesta en contra del señor Mauricio Suárez en el mes de mayo de 2018 (...)

Así, se informó a la Delegatura sobre las diferencias existentes entre ambos informes que cuestionaba su integridad, aspecto central que debía examinar en la sentencia y no lo hizo. Puntualmente, entre los reparos descritos destacamos los siguientes:

“(...) a) La fecha indicada en al caratula es distinta. El presentando con la denuncia penal tiene fecha de mayo de 2018 (sin día preciso) mientras que el aportado en este proceso sería de 28 de diciembre de 2017.

b) Los informes no tienen la misma composición ni abordan las mismas líneas de investigación.

c) Ambos difieren en el número de páginas (129 vs. 55).

d) En el informe presentado a la Fiscalía General de la Nación se modifica la redacción de la introducción y se suprimen líneas de investigación y secciones completas del informe aportado en este proceso.

Por ejemplo, el Informe Kroll presentado a la Fiscalía General de la Nación carece de tabla de contenido y anexos y no cuenta con las secciones 8. Cuantificación de daños patrimoniales, 9. Análisis de perfil de Mauricio Suárez y 10. Otros Hallazgos, que fueron directamente suprimidas de la versión del Informe que fue aportada sin firma al Despacho en la demanda y en la “ratificación”.

e) Además, hay cambios o directamente supresión completa de líneas de investigación. La línea 2 y 4 del informe que se presentó a su Despacho no están en la versión presentada ante la Fiscalía General de la Nación. Todo esto hace imposible determinar cuál es auténtico y cuál no, o si ninguno de los dos lo es en absoluto.

f) Ninguno de los ficheros PDF está firmado digital o electrónicamente por lo que no hay prueba fehaciente de su integridad y autenticidad de acuerdo con la ley 527 de 1999. Tampoco se aporta con los ficheros algún documento de certificación de firma electrónica o digital expedido por entidades de certificación, que contengan la información señalada en el artículo 35 de la ley 527 de 1999.

g) Ambos carecen también de firma manuscrita.

h) Incluso en la “ratificación” de Kroll los documentos enviados siguen sin estar firmados bajo ninguna modalidad y no corresponden a los originales (no electrónicos) que supuestamente entregaron a Carbosan.

i) La “ratificación” de Kroll no informa o revela al Despacho que existan “varios” informes con distintos fines presentados ante autoridades diferentes.

j) Lo deliberado en las reuniones de Junta Directiva, según se refleja en Actas tampoco apunta en ningún momento a la existencia de varios informes. Todo lo contrario. Todos los que participan en las Juntas se refieren a él de manera general como “Informe Kroll”. Por lo que siempre se hace alusión a uno solamente y no a varias versiones del mismo informe.

k) Además, el funcionario de Kroll y el apoderado de Carbosan no han informado, revelado o explicado en ningún momento el porqué de la existencia de informes diferentes o con cambios o modificaciones, que hayan sido presentados ante autoridades distintas.

i) A pesar de haberlo ordenado el Despacho, Carbosan no aportó el original del Informe Kroll que supuestamente hace parte del Acta No. 223 de 14 de diciembre de 2017. Por lo tanto, no se tiene certeza alguna de la autenticidad de los documentos revelados en este proceso, el que fue presentado ante la Fiscalía General de la Nación y el que obra en las Actas de Junta Directiva. La desatención de la orden del Despacho constituye un indicio grave en contra de la autenticidad de la prueba, pues a pesar de haberlo requerido el Despacho, Carbosan no hizo entrega de este documento Anexo original.

Tampoco existe precisión alguna sobre la fecha exacta de elaboración del “memo” de octubre de 2018, ya que Kroll no lo precisa ni en su memo ni en el archivo PDF aportado con el memorial de “ratificación” (...)

Si bien la Delegatura determinó en el curso del proceso que los anexos de las actas no tenían por qué incluir el denominado “informe” de Kroll, lo que es claro es que los demás reparos resaltados anteriormente no fueron abordados en la sentencia por parte de la Delegatura, a pesar de que todos creaban serias dudas sobre la integridad del “informe” que fue presentado por Carbosan.

Aunque la ausencia de integridad del documento le quitaba valor probatorio al no haber certeza de cuál es el documento real y verdaderamente fidedigno que supuestamente preparó “Kroll”, la Delegatura no examinó este asunto y, por el contrario, dio crédito a los denominados “informes” de “Kroll” como si de documentos se tratara.

Frente a esta decisión de la Delegatura, se configuró un defecto procedimental, ya que dichos “*informes*” no debieron tener ningún mérito probatorio. Todo lo contrario. La Delegatura omitió aplicar la regla prevista en el artículo 252 del CGP en relación con **documentos modificados**. Según esta regla probatoria: “(...) *las partes enmendadas o interlineadas se desecharán, a menos que las hubiere salvado bajo su firma quien suscribió o autorizó el documento* (...)”. Como aquí no hay salvedad, aclaración o autorización del creador (supuestamente “Kroll”) frente a modificaciones o cambios del documento, la Delegatura no tenía por qué valorarlos como un medio de prueba admisible, ante los reparos sobre su integridad, ya que la consecuencia procesal contenida en la ley es que los documentos afectados con este defecto se “*desecharán*”. Al no haber procedido así, la Delegatura cometió un defecto procedimental que afectó la valoración probatoria efectuada en la sentencia, viciando las consideraciones y condenas impuestas.

Otro defecto de los “*informes*” aportados por Carbosan que tampoco fue valorado por la Delegatura fue **la falta de completitud**. Ninguno de los “*informes*” cuenta con los anexos que supuestamente se relacionaban en ellos, evidenciando que son documentos sin firma responsable y que además están incompletos, lo cual impedía a la Delegatura valorarlos como prueba documental completa.

Aunado a lo anterior, la Delegatura también ignoró la manifestación de “Kroll”, en la que certifica que su contenido: “(...) *se basa en una revisión de los registros públicos disponibles, como la información, tal como se presenta, se basa en la exactitud y la exhaustividad de los registros, los cuales no han sido corroborados por Kroll. Las declaraciones en este documento relativas a los asuntos financieros, regulatorios o legales deben ser entendidas como observaciones generales basadas exclusivamente en la experiencia de Kroll como consultores de riesgos y no pueden tomarse como asesoramiento financiero, regulatorio o legal, que Kroll no está autorizado a proporcionar. Todas estas cuestiones deben ser examinadas con asesores debidamente cualificados en estas áreas* (...)”.

Por lo tanto, de haber tenido en cuenta la Delegatura que la información consignada en estos documentos estaba incompleta y ni siquiera había sido corroborada, sencillamente hubiera descartado asignarles credibilidad alguna a esos “*informes*”.

Al no haber atendido todos estos reparos, la Delegatura cometió un defecto procedimental por valorar como medio de prueba documentos confidenciales e

incompletos no firmados, que carecían de integridad, no contaban con acreditación sobre su elaboración y adolecían de corroboración de su contenido.

Como si fuera poco, la Delegatura ni siquiera valoró en su sentencia el dictamen pericial elaborado por el perito José Guevara que refutaba el supuesto carácter de “*informe de auditoría forense*” de los documentos aportados por Carbosan. **De haber examinado el dictamen, en conjunto con los reparos descritos anteriormente, el Despacho hubiera concluido que tales “*informes*” carecían de mérito probatorio.**

Por lo anterior, los denominados “*informes de auditoría forense*” aportados con Carbosan no cumplen con los requisitos mínimos exigidos por la ley para que puedan tenerse en cuenta como un medio de prueba eficaz, al carecer de integridad y su intento de “*ratificación*” resultar incompleto e ineficaz. No son documentos o informes técnicos elaborados por un profesional especializado que esté debidamente acreditado. Tampoco son documentos válidamente emanados de terceros, al carecer de firma manuscrita o electrónica sin ratificación eficaz, ser confidenciales y reservados, tener uso restringido y contener información que no fue corroborada ni verificada.

Por lo tanto, no han debido ser tenidos en cuenta en la sentencia ni como documentos ni como mensajes de datos.

Así, al haber valorado como prueba documentos emanados de terceros cuyo contenido, integridad y acreditación no fueron cumplidos y ni siquiera fueron ratificados en debida forma, **la Delegatura cometió un defecto procedimental que afecta su sentencia.** Razón por la cual, **solicito** comedidamente al Tribunal **desechar** los “*informes de auditoría forense*” (Art. 252 del CGP) aportados por Carbosan y no valorarlos ni tenerlos en cuenta como medios probatorios, entre otros motivos, por falta de acreditación, credibilidad, corroboración e **integridad**. Como consecuencia de lo anterior, **solicito** al Tribunal **revocar** la decisión adoptada por la Delegatura de imponer una condena parcial en contra del demandado, por haberse apoyado indebidamente en medios de prueba que carecían de valor probatorio.

4.2. Defecto procedimental absoluto por valorar como medio de prueba el dictamen pericial de daños y perjuicios aportado por Carbosan, a pesar de no cumplir con los mínimos requisitos exigidos por la ley y ser una prueba ilícita.

La sentencia proferida apoyó su decisión con el dictamen pericial de daños y perjuicios decretado de oficio sorpresivamente y con falsa motivación por la Delegatura, el cual fue elaborado y aportado por Carbosan (Acápites II, numeral 3 de la Sentencia). Dicha prueba pericial producida por Carbosan no podía ser valorada por su manifiesta ilicitud. En particular, por la falsa motivación al momento de su decreto y por haberse infringido gravemente las normas de orden público aplicables para la obtención de pruebas periciales decretadas de oficio. **Es decir: no debió tenerse en cuenta por ser una prueba ilícita y usarla como base de la sentencia afecta las consideraciones e invalida la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez.**

4.2.1. Ilícitud de la prueba pericial decretada de oficio por falsa motivación¹.

El decreto de oficio por la Delegatura de un dictamen pericial de daños y perjuicios adolece de falsa motivación, lo que vicia por completo la obtención de esa prueba. Para entender el origen de la ilicitud, es importante recordar el contexto que rodeó la contradicción del primer dictamen pericial de daños y perjuicios aportado por Carbosan y como luego se decretó sorpresivamente otro.

En la audiencia inicial celebrada el 29 de septiembre de 2020, la Delegatura decretó la prueba pericial solicitada por Carbosan para la tasación de los daños y perjuicios reclamados, concediéndole el plazo de 20 días para aportarla. Carbosan aportó el “dictamen pericial” dentro del plazo señalado. Este primer “dictamen pericial” aportado por Carbosan fue elaborado por el señor Juan Carlos Quintero, supuesto representante legal de la firma o entidad legal denominada “*SCI Investment & Merchant Bank*”; digo supuesto ya que éste no aportó certificación de existencia y representación legal de dicha entidad o de alguna otra.

En forma oportuna, se presentó memorial de contradicción del dictamen pericial y se solicitó interrogar en audiencia al “perito”. También, se anunció la presentación de un

¹ Aunque existe una sentencia de tutela de 27 de mayo de 2021 que negó por improcedente los reclamos de invalidez de la decisión de decretar de oficio una prueba pericial por parte de la Delegatura, en dicha providencia se indicó que: “(...) **téngase en cuenta que de resultar adversa la decisión que resuelva el mérito del asunto, el accionante cuenta con los medios ordinarios de defensa, donde puede ventilar ampliamente su inconformismo, por lo que para el efecto, la solicitud de protección constitucional también incumple con el presupuesto de subsidiariedad (...)**”. Por lo tanto, la ilicitud denunciada sobre el decreto de la prueba es materia apelable por ser este el recurso ordinario que procede contra la sentencia proferida por la Delegatura. La sentencia de tutela se profirió en el proceso radicado con el No. 11001220300020210101800. Magistrada Ponente. Dra. Clara Inés Márquez Bulla.

dictamen pericial de refutación del de Carbosan. Para esto, la Delegatura concedió el plazo de 10 días, negando la petición de un plazo mayor a pesar de los obstáculos que puso Carbosan a la elaboración de los dictámenes periciales solicitados por el doctor Mauricio Suárez.

El señor Juan Carlos Quintero fue interrogado en audiencia celebrada el 3 de diciembre de 2020. Aunque se solicitó la prórroga del plazo para aportar el dictamen pericial de refutación del señor Quintero, la Delegatura no tuvo en cuenta esa petición y decidió tener por no presentado el dictamen en audiencia celebrada el 9 de febrero de 2021.

A pesar de lo anterior, obra en el expediente que el perito José María del Castillo, quien había sido encargado por el doctor Mauricio Suárez para realizar el dictamen de refutación, **anunció oportunamente dentro del plazo de contradicción del dictamen desde el 18 de diciembre de 2020** que *“Juan Carlos Quintero no se encuentra inscrito en el REGISTRO ABIERTO DE AVALUADORES, requisito de ley para valorar perjuicios.”²*

La manifestación realizada por el doctor José María del Castillo no fue tomada en cuenta para conceder la prórroga y tampoco tuvo ninguna incidencia en el curso del proceso, **el cual continuó en su fase de juzgamiento sin ninguna advertencia de invalidez de parte de la Delegatura.**

De esta forma, el decreto y la práctica del “dictamen pericial” inicial de daños y perjuicios aportado por Carbosan se desarrolló sin que la Delegatura señalara ninguna irregularidad procesal que tuviera que ser “saneada”. **Por el contrario, la prueba pericial se decretó y practicó en el juicio.**

En audiencia celebrada el 10 de marzo de 2021, la Delegatura dio por cerrado el debate probatorio, señalando el 12 de mayo de 2021 a las 9:00 am como la fecha prevista para escuchar los alegatos de conclusión y dictar sentencia, en vista que el plazo legal para proferirla expiraba el 3 de junio de 2021³.

El 12 de mayo de 2021, en la hora señalada, antes de iniciar los alegatos de conclusión, la Delegatura consultó a los abogados de ambas partes preguntando si había algo

² Con el memorial No. 2020-01-647491 de 18 de diciembre de 2020.

³ Conforme a la prórroga de competencia por 6 meses, la cual fue adoptada en la audiencia celebrada el 3 de diciembre de 2020.

pendiente por resolver. En la medida que no había asuntos pendientes, la audiencia continuó con la presentación de los alegatos de conclusión de ambas partes. En aquella ocasión, en los alegatos de conclusión del doctor Mauricio Suárez, se indicó que los dictámenes periciales aportados por Carbosan no cumplieron con los requisitos mínimos exigidos por el artículo 226 del CGP.

Frente a la falta de idoneidad del señor Quintero, se expresó en ese momento que este no cumplió con las exigencias propias de la ley 1673 de 2013⁴, **por lo que debían ser desestimadas las pretensiones de la demanda presentada por Carbosan**, entre otras razones, **porque no había ninguna prueba de la existencia y tasación de los supuestos perjuicios reclamados**.

Concluidos los alegatos de conclusión, la Delegatura dio aplicación del receso previsto en la ley para dictar sentencia o anunciar el sentido del fallo. Finalizado el receso, de forma sorpresiva, la Delegatura se abstuvo de dictar sentencia y no anunció el sentido del fallo, incumpliendo el procedimiento previsto en el artículo 373.5 del CGP. Por el contrario, en vez de dictar sentencia sin valorar el primer “dictamen pericial” que Carbosan aportó y que adolecía de falta de idoneidad, la Delegatura tomó una serie de decisiones con las cuales reabrió etapas procesales concluidas, **ordenó de oficio con falsa motivación la práctica de un nuevo dictamen pericial de parte en favor de Carbosan** y prolongó su competencia de forma indefinida.

Así, la decisión de decretar de oficio una prueba pericial de daños y perjuicios en favor de Carbosan es un defecto procedimental absoluto por el “saneamiento” de la prueba pericial aportada por Carbosan y la falsa motivación que se adujo para su decreto.

Antes de decretar una prueba pericial de oficio, la Delegatura afirmó *“adoptar una medida de saneamiento consistente en anular todas las actuaciones relacionadas con la práctica y contradicción del dictamen pericial presentado por la parte demandante mediante comunicación radicada con el n.º 2020-01-595476 del 12 de noviembre de 2020”*⁵. Dicha afirmación constituye una **falsa motivación** para “sanear” y luego, con base en eso, decretar una prueba pericial de oficio. No había ninguna medida de saneamiento que debiera dictarse:

⁴ También conocida como la “ley de los evaluadores”.

⁵ Extracto del Acta de la audiencia de 12 de mayo de 2021.

lo único que restaba hacer en aquella ocasión era proferir la sentencia, valorando negativamente la “prueba pericial” defectuosa aportada por Carbosan.

Sin embargo, la Delegatura consideró que como el señor Juan Carlos Quintero no acreditó en su dictamen la condición de evaluador, éste “dictamen pericial” de daños y perjuicios aportado por Carbosan debía ser excluido como prueba, al no haber sido realizado por un perito evaluador inscrito, según la ley 1673 de 2013. A pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha expresado que **la idoneidad de un perito solo se debe apreciar en la sentencia**, la Delegatura, de forma sorpresiva y actuando con falsa motivación, optó por “*sanear*” de oficio el proceso excluyendo una prueba pericial de forma prematura, antes de dictar sentencia. Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que **el momento en el que el Juez debe evaluar la idoneidad o no del perito es el de la sentencia y no antes**:

*“Por último, terminada esta fase y escuchados los alegatos finales de las partes, cuando a ello haya lugar, el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, **la idoneidad del perito** y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).*

*Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. **Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.**”*

Concluyendo que:

“(…) En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe. (...)”

Como no existe norma procesal que permita a un Juez “*sanear*” el procedimiento antes de dictar sentencia luego de haber oído los alegatos de conclusión, excluyendo una “prueba pericial” por falta de idoneidad de un perito, mucho menos cuando esa prueba fue decretada y practicada durante el juicio, **esto es un hecho indicador de la falsa motivación de las decisiones de la Delegatura para justificar el decreto de oficio de una nueva prueba pericial**. Este defecto procedimental vició por completo la motivación de la Delegatura, ya que el proceso se encontraba en una etapa en la que no se podía hacer un “*saneamiento*” de una prueba pericial que fue decretada y practicada en juicio, pues luego de escuchar los alegatos de conclusión y una vez finalizado el receso previsto en la ley, lo único que restaba era dictar la sentencia o anunciar el sentido del fallo.

Una vez decidido el “saneamiento” de la prueba pericial, la Delegatura, de oficio, **con falsa motivación**, decretó en favor de Carbosan un nuevo dictamen pericial de parte sobre los daños y perjuicios reclamados, para que fuera aportado en el plazo de 20 días. Como motivo de esa decisión, la Delegatura señaló que requería de esa prueba para dictar sentencia. La Delegatura incumplió la ley al haber decretado un nuevo dictamen pericial de parte en favor de Carbosan, **sin tener en cuenta la negligencia de la demandante en la presentación del dictamen elaborado por el señor Quintero**.

Con dicha decisión, la Delegatura alteró por completo el curso del proceso y desconoció abiertamente el principio legal de la carga de la prueba según el cual:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)” (artículo 167 del CGP).

Igualmente, infringió el principio de igualdad de armas, ya que “(...) *el propósito y la función del litigio civil es la resolución de disputas entre individuos privados (...)*”, lo que conlleva el deber de “*equidad en el procedimiento*”, es decir, igualdad de armas y de oportunidades para su ejercicio, sin que sea relevante la calidad o la justicia en la decisión, pues la finalidad no es otra que eliminar el conflicto⁶.

⁶ Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Ponencia presentada por Michelle Taruffo, en el XXV Congreso Nacional de la Asociación italiana de investigadores sobre proceso civil, llevado a cabo en Cagliari el 7 y 8 de octubre de 2005 sobre el tema «Le provenel pocesso civile». Publicado originalmente en Riv. tri. dir. proc. civ., vol. LX, núm. 2, 2006, tomado del portal DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 249-271. Traducción de Raymundo Gama. 2006.

Con esa decisión de decretar de oficio una prueba pericial de forma sorpresiva en la forma en la que lo hizo la Delegatura, además de infringir la **regla de igualdad de armas**, **también incumplió la ley por no haber designado a un perito experto independiente de Carbosan, como lo establece el artículo 229.2 del CGP**, viciando de entrada de ilicitud la prueba decretada.

Como lo señala el artículo 229.2 del CGP, cuando el juez decreta un dictamen pericial de oficio *“para designar el perito **deberá acudir**, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad”*. En este caso, sin ninguna motivación que lo justificara, la Delegatura no aplicó la norma anterior, sino que le concedió a la parte negligente, Carbosan, la posibilidad de aportar un nuevo dictamen pericial de parte, **desconociendo la ley y rompiendo el principio de imparcialidad e igualdad de armas entre las partes**. En suma: **viciando de ilicitud la prueba por desconocimiento absoluto de la ley procesal**.

Además, según el artículo 230 del CGP, cuando el juez decreta un dictamen pericial del oficio *“**determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciere la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable (...)**”*. La Delegatura tampoco cumplió con la norma anterior, **pues no designó un perito independiente, no señaló sus honorarios y mucho menos fijó el cuestionario que debía absolver**. Por el contrario, lo único que hizo fue concederle a Carbosan el injusto privilegio de aportar en 20 días hábiles, un nuevo dictamen pericial de parte luego de haberse agotado en su totalidad el debate probatorio y haber sido escuchados los alegatos de conclusión.

Con esa insólita decisión de la Delegatura, desde el decreto de la prueba pericial de oficio en favor de Carbosan **se configuró un trascendental defecto procedimental** porque, como lo ha establecido la jurisprudencia, **las pruebas de oficio no pueden ser utilizadas por el juez para favorecer a la parte que ha sido negligente y ha incumplido la ley, pues a cada litigante le corresponde la carga de probar sus afirmaciones**.

Ha sido enfática la jurisprudencia que la carga de la prueba (*“onus probandi”*), le incumbe a cada una de las partes. El cumplimiento de este deber *“le corresponde a las partes, quienes*

deben acreditar los hechos que invocan a su favor y que sirven de prueba para sus pretensiones”, por ende, “exige la realización de ciertas actuaciones procesales en interés propio, como la demostración de la ocurrencia de un hecho o el suministro de los medios de prueba que respalden suficientemente la hipótesis defendida. De ahí que, de no realizarse tales actuaciones, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el resultado evidente sea la denegación de las pretensiones, la preclusión de las oportunidades y la pérdida de los derechos”⁷.

Como se indicó anteriormente, la regla de la carga de prueba se encuentra prevista en la ley, al establecerse que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso). Por lo que, así visto, se puede concluir que, el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil”⁸.*

La obligatoriedad de esta regla legal y jurisprudencial ha sido reconocida ampliamente y fue abiertamente incumplida por la Delegatura. Por ejemplo, este entendimiento de la regla imperativa de la carga de la prueba ha sido aplicado por el Tribunal Superior de Bogotá DC, con auto de 12 de marzo de 2020, dictado por la Dra. Liana Aida Lizarazo Vaca⁹, Magistrada Ponente en este caso, quien recordó que **las pruebas de oficio no pueden ser utilizadas por el Juez para remediar la negligencia de las partes.**

En esa ocasión, el Tribunal¹⁰ señaló que la facultad del fallador de decretar pruebas de oficio *“no es absoluto y, mucho menos, libera a las partes de “actuar diligentemente en la demostración del supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”¹¹, así como también se ha reconocido que el juez al momento de adelantar su actividad oficiosa, debe cuidarse de “no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes”¹².* Añadiendo que:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2018.

⁸ Ídem.

⁹ Proferido en el proceso No. 11001310302520170049701.

¹⁰ La tesis del Tribunal encuentra fundamento adicional de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de agosto de 2012. M.P. Margarita Cabello Blanco, en la que se señaló que: *“En esa dirección, al juez de segunda instancia no puede atribuírsele desatino alguno por razón de la supuesta ausencia o falta del ejercicio de sus poderes o facultades oficiosas en materia de pruebas; para el fallador, itérase, no fue ajeno el tema de que se trata; lisa y llanamente, consideró que la actitud asumida por la parte actora no habilitaba la aplicación de las normas atrás referidas; en otras palabras, concluyó que hacer uso oficioso del decreto de pruebas era convalidar la desidia o negligencia del actor, además de relevarlo de la asunción de las cargas procesales previstas en la ley, que, por igual, devienen de obligatorio cumplimiento (art. 6 C. de P. C.).”*

¹¹ Cita a la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de diciembre de 2018. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

¹² Cita a la Corte Constitucional. Sentencia SU-768 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“(…) cuando han sido las falencias probatorias de las partes las que han generado la ausencia de los elementos de juicio que servirían para darle certeza a sus alegaciones, no resulta admisible requerir al juez para que supla su actuar negligente, pues el deber de decretar pruebas de oficio “no implica per sé suplir las cargas desatendidas por los extremos procesales”¹³”.

En la decisión proferida por la Magistrada Ponente Dra. Liana Aida Lizarazo Vaca, el Tribunal citó a la Corte Suprema de Justicia. Dicha Corporación recordó que: *“no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, cuando menosprecia su compromiso procesal en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador”¹⁴*, tal y como lo reiteró el Dr. Aroldo Wilson Quiroz en la sentencia SC10291-2017.

En virtud del precedente desarrollado en la sentencia SC10291-2017, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

- A cada una de las partes a quienes les incumbe *“(…) impulsar con su comportamiento procesal las bases sobre las cuales se haría posible la condena por ella solicitada al pago de frutos y perjuicios lo mismo que el de su quantum (…)”*
- *“(…) la atribución para decretar pruebas de oficio no es ilimitada o absoluta, ni puede servir de pábulo para suplir la falta de diligencia de las partes, pues «de otra forma, se desdibujaría el equilibrio judicial que gobierna a los litigios y que impone 'respetar las cargas probatorias procesales que la normatividad vigente ha reservado para cada uno de los sujetos (…)’”*
- Si las partes no cumplen con su carga probatoria habría *“(…) absoluta orfandad demostrativa [que] impide hacer interactuar los elementos de cada uno de los principios dispositivo e inquisitivo, pues en tal caso no habría lugar a formar conciencia en procura de adquirir el grado de convicción necesario para sentenciar (…)”*.

¹³ Cita a la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de septiembre de 2019. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

¹⁴ Cita a la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de octubre de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Aplicando ese precedente, la Corte Suprema de Justicia ha sentenciado que es deber del accionante cumplir con la **“carga de probar en qué consistieron los detrimentos ocasionados y su cuantía”**¹⁵, incluyendo la carga de demostrar los perjuicios demandados¹⁶:

“(...) es necesario advertir que en muchos casos también le es aplicable el nuevo concepto del deber-obligación de todas las partes de aportación de las pruebas.”

“(...) Como el daño patrimonial indemnizable es solamente el cierto, su reconocimiento exige la plena comprobación de su causación y de su extensión económica (quantum), incluso, tratándose del lucro cesante futuro. (...) forzoso resulta colegir que el accionante no acreditó el perjuicio patrimonial al que aspiró y que, por ende, en ningún desacierto incurrió el juzgador de primer grado, cuando denegó el reconocimiento del mismo, precisamente, por falta de demostración”.

Por lo tanto, como lo ha establecido la jurisdicción civil, **la Delegatura no podía decretar una prueba pericial de oficio en favor de Carbosan para suplir la negligencia de esa parte cuando desatendió la carga de demostrar los perjuicios y el quantum perseguido con la demanda.** Mucho menos cuando la decisión con la que decretó la prueba estaba precedida de una falsa motivación.

En este caso, **la Delegatura no tuvo en cuenta estos abundantes precedentes judiciales y de forma contraria a la ley decretó de oficio una prueba pericial de parte en favor de Carbosan, favoreciéndola a pesar de su negligencia,** cuando lo que le correspondía hacer era proferir la sentencia luego de escuchados los alegatos de conclusión y negar las pretensiones de la demanda.

Con esta conducta, **la Delegatura incurrió en un gravísimo defecto procedimental por incumplimiento del procedimiento aplicable y un desconocimiento completo del precedente al haber decretado con falsa motivación una prueba pericial en favor de Carbosan.** Con la decisión absolutamente sorpresiva e injusta de decretar un dictamen pericial en favor de Carbosan, la Delegatura vició de entrada de ilicitud la prueba decretada porque:

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3951-2018. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC21828-2017. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

- **Incurrió en falsa motivación** para justificar el decreto de una prueba de oficio en favor de Carbosan.
- **Ejerció ilegalmente las facultades oficiosas conferidas por la ley**, al premiar con una prueba de oficio la incuria y negligencia de Carbosan, bajo el manto de una supuesta “necesidad” de la prueba.
- **Incumplió el principio de imparcialidad** al asumir un rol activo separado de la regla de neutralidad que debe imperar en la justicia justo antes de dictar la sentencia.
- **Desconoció el principio imperativo de la carga de la prueba** al favorecer a Carbosan con el decreto de una prueba de oficio ante la evidente falta de idoneidad del señor Juan Carlos Quintero.
- **Alteró el equilibrio entre las partes** al permitirle a Carbosan aportar una prueba adicional luego de encontrarse concluido el debate probatorio, haber sido escuchados todos los testimonios y estando recogidas todas las pruebas documentales del proceso.
- **Rompió con el derecho de igualdad de armas**, al concederle una nueva posibilidad a Carbosan de aportar un dictamen pericial a pesar de su negligencia y mala fe en la presentación del “dictamen pericial” que había anunciado desde la demanda presentada en el año 2019.

Por todo lo anterior, podemos concluir que **la prueba pericial de daños y perjuicios** que fue decretada de oficio por la Delegatura en favor de Carbosan **adolece de ilicitud** desde su decreto mismo, **por haberse proferido mediando una decisión con falsa motivación y por haberse desconocido por completo la regulación aplicable para la obtención de pruebas periciales de oficio**. Esta ilicitud del decreto de la prueba se profundizó en su práctica, ya que el dictamen pericial se obtuvo en franca contradicción de las reglas imperativas que ordenan la obtención de una prueba pericial de oficio. Ninguna de las reglas de procedimiento que gobiernan la producción de esta prueba pericial de oficio fue cumplida por la Delegatura. Por lo tanto, estaba viciada de ilicitud y no debió tenerla

como prueba para dictar la sentencia y mucho menos para imponer ninguna condena al doctor Mauricio Suárez.

4.2.2. Ilícitud de la prueba pericial decretada de oficio por infracción del procedimiento aplicable para su práctica.

Como se expuso antes, el dictamen pericial de daños y perjuicios aportado por Carbosan no se decretó en debida forma, pues no se aplicó lo ordenado en los artículos 229, 230 y 231 del CGP. La Delegatura, al decidir intempestivamente decretar un dictamen pericial de “oficio”, no designó un perito independiente de Carbosan, no fijó un cuestionario y tampoco señaló sus honorarios como lo establece la ley. Además, tampoco cumplió con la práctica de la prueba de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Por tal motivo, dicho medio probatorio es completamente ilícito y no debió ser utilizado para imponer al doctor Mauricio Suárez ninguna condena.

Cuando se decreta un dictamen pericial de oficio la ley no permite que éste sea realizado por una de las partes y prevé precisas reglas para su obtención, práctica y contradicción. El artículo 229.2 del CGP señala que el Juez *“para designar el perito **deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad**”*. La existencia de ese deber legal pone de manifiesto la obligación de designar un perito independiente de las partes cada vez que se decreta un dictamen pericial de oficio por parte del juez. En este caso, la Delegatura no aplicó este mandato.

A su vez, el artículo 230 del CGP indica que el juez que decreta de oficio un dictamen pericial *“**determinará** el cuestionario que el perito debe absolver, **fijará** término para que rinda el dictamen y le **señalará** provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes”*. En este proceso, el Despacho tampoco determinó el cuestionario *“que el perito debe absolver”*. Y menos fijó sus honorarios y gastos, porque no designó a un perito independiente de las partes, sino que concedió esa oportunidad a Carbosan. Lo anterior indica que la prueba de oficio decretada por el Despacho desconoce las formas procesales señaladas en los artículos 229 y 230 del CGP, previstos para la obtención de dictámenes periciales decretados de oficio. Dichas reglas son normas de orden público que la Delegatura no cumplió, por ende, la producción de la prueba pericial se encuentra viciada por completo de ilicitud.

Estos defectos tienen una incidencia directa en la práctica y contradicción de la prueba pericial decretada de oficio, ya que la vuelve ilícita. Para las pruebas periciales decretadas de oficio, existe también norma imperativa que establece cómo debe hacerse su práctica y contradicción. Se trata del artículo 231 del CGP que establece lo siguiente:

“Rendido el dictamen permanecerá en la secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen.

Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia, salvo lo previsto en el parágrafo del artículo 228.”

Dicha norma establece el procedimiento que debe cumplirse para controvertir el dictamen pericial aportado por el perito designado por el juez, indicando que éste debe permanecer a disposición ***“de las partes”***. La misma norma condiciona la realización de la audiencia de contradicción al cumplimiento de un plazo, ***“la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen”***. Esto es relevante pues el plazo de 10 días difiere del de 3 días aplicable cuando un dictamen pericial es aportado por una de las partes. En este caso, el plazo previsto para controvertir una prueba pericial decretada de oficio es diferente al señalado para controvertir un dictamen aportado por una de las partes. Tanto así que la ley ordena que el perito, en el caso de la prueba pericial decretada de oficio, ***“siempre deberá asistir a la audiencia”*** en la que se realizará la contradicción del dictamen, a diferencia de lo que puede suceder con un dictamen pericial de parte. Sin embargo, **ninguno de estos mandatos fue aplicado por la Delegatura.**

Todas las exigencias de los artículos 229, 230 y 231 del CGP son obligatorias para el juez y las partes, pues **las normas procesales no pueden “ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley”** (Art. 13 del CGP). Lo anterior implica que la obtención, práctica y contradicción del dictamen pericial de oficio decretado por la Delegatura, radicado por CarboSan con el No. 2021-01-399396, es contrario a la ley.

En consecuencia, en este caso, la prueba pericial decretada de oficio por la Delegatura no cumplió con las reglas aplicables a la producción, práctica y contradicción de un

dictamen pericial de oficio (Art. 229, 230 y 231 del CGP), por cuanto omitió las formas establecidas para su práctica y contradicción. **De ahí que no podía ser tenido en cuenta para imponer ninguna condena al doctor Mauricio Suárez, al tratarse de un medio de prueba ilícito.** La Delegatura, al usarlo como prueba en su sentencia, incurrió en un defecto procedimental que debe ser remediado por el Tribunal revocando las condenas impuestas al doctor Mauricio Suárez.

4.2.3. El dictamen pericial de oficio aportado por Carbosan tampoco cumplió los requisitos mínimos contenidos en el artículo 226 del CGP.

Aunado a la manifiesta ilicitud del dictamen pericial de daños y perjuicios aportado por Carbosan, **este tampoco cumplió con los requisitos mínimos exigidos para ser tenido en cuenta como tal, porque no satisfizo las exigencias documentales y de contenido que debe cumplir un estudio de valuación para fines judiciales.**

El informe pericial aportado por Carbosan incumplió con requisitos formales que debe contener todo informe valuatorio, según las normas técnicas sectoriales y las normas de ética y conducta de la actividad valuatoria en Colombia. Tampoco cumplió con aportar la información completa mínima exigida por el artículo 226.10 del CGP. Por ende, dicho informe no cumplió con los elementos mínimos para ser considerado válidamente como un dictamen pericial.

La prueba pericial de daños y perjuicios aportada por Carbosan no tiene fuerza probatoria, pues carece de rigor y el perito que lo elaboró no es idóneo e incumplió con la regulación de la actividad de evaluador.

El dictamen pericial aportado por Carbosan no tiene fuerza probatoria. La actividad del perito de Carbosan no tuvo ningún rigor. Su dictamen es especulativo y carece de soportes que permita corroborar sus afirmaciones, lo que incumple el numeral 10 del artículo 226 del CGP. Estos motivos eran suficientes para que la Delegatura no lo tuviera en cuenta, pero decidió ignorarlos.

El perito declaró expresamente que no revisó la contabilidad de Carbosan para elaborar su examen y **tampoco tiene la condición de contador exigida para elaborar esta clase de dictámenes periciales conforme a lo señalado en el literal c), numeral 1 del artículo 13 de la ley 43 de 1990.**

Además, el perito de Carbosan infringió los deberes profesionales y éticos que regulan la actividad de los evaluadores, por haber incurrido en situaciones que la regulación prohíbe en el código de conducta del evaluador y haber incumplido las normas técnicas sectoriales exigibles en su actividad.

Todos estos defectos hacían que la prueba pericial aportada por Carbosan careciera por completo de mérito probatorio, por lo que la Delegatura cometió un grave defecto procedimental al haberlo tenido en cuenta como prueba para imponer una condena en contra del doctor Mauricio Suárez.

4.2.3.1. Actividad valuatoria en Colombia.

La actividad profesional de los evaluadores es reglada por la ley 1673 de 2013, que regula todo el marco normativo que debe acatar un evaluador en desarrollo de su actividad. La ley contempla deberes y obligaciones legales que son de obligatorio cumplimiento (Art. 14, 15, 16, 18 y 19). A su vez, exige que todo evaluador que desempeñe esta actividad en Colombia esté inscrito en el Registro Nacional de Evaluadores (RNA) y sanciona el ejercicio ilegal de la actividad (Art. 9).

La actividad valuatoria está sometida a inspección y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) (Art. 26). Existe un régimen disciplinario atribuido a las Entidades de Autorregulación en las cuales el evaluador se encuentre inscrito (Art. 25). Dicho régimen es aplicable obligatoriamente y no puede ser omitido unilateralmente por ningún profesional que desarrolle esta actividad.

Los dictámenes periciales de valuación exigen que el perito evaluador esté inscrito en la categoría correspondiente. En este caso, aplica la categoría de valuación de intangibles especiales. Tanto la actividad de valuación en general como el contenido de los informes de valuación son materia que está reglada conforme a las Normas Sectoriales de la Actividad de evaluador.

Como pasará a exponer, el perito de Carbosan no cumplió con la regulación de su actividad, tampoco satisfizo las exigencias mínimas del artículo 226 del CGP y cometió diversas infracciones a sus deberes profesionales como evaluador, todo lo cual traía consigo que dicho medio de prueba no tenía fuerza probatoria alguna para la Delegatura.

4.2.3.2. Ausencia de corroboración y falta de soportes del dictamen pericial (Art. 226.10 del CGP).

El perito de Carbosan no cumplió con el artículo 226.10 del CGP pues no aportó los soportes del estudio que supuestamente realizó.

De forma falaz, el perito de Carbosan quiso hacer valer como “soportes” de su dictamen los mismos que aportó, en su momento, el señor Juan Carlos Quintero en el dictamen pericial que fue excluido por la Delegatura. **En modo alguno, esos “soportes” pueden ser tenidos en cuenta ya que provienen de un dictamen pericial que fue excluido como prueba, por lo tanto, no podían ser tenidos en cuenta al ser ilícitos. Precisamente, la Delegatura al decidir decretar la prueba pericial de oficio había dispuesto antes “(...) anular todas las actuaciones relacionadas con la práctica y contradicción del dictamen pericial presentado por la parte demandante mediante comunicación radicada con el n.º 2020-01-595476 del 12 de noviembre de 2020 (...)”.** Sin embargo, el nuevo “perito” de Carbosan no tuvo en cuenta esto y, yendo en contra de toda lógica, usó los mismos soportes que había aportado una persona cuyo dictamen había sido anulado, sin emprender esfuerzo alguno en desarrollar su propio dictamen.

Adicionalmente, con su dictamen, el perito de Carbosan no aportó ningún soporte específico que sirviera de sustento para dar respuesta al “cuestionario” que el formuló ilícitamente el abogado de Carbosan. Recordemos que el cuestionario que respondió el perito no fue decretado por la Delegatura, sino que fue direccionado por Carbosan, lo cual constituye una grave infracción al debido proceso y profundiza la ilicitud de la prueba que hemos venido sustentando. Pero, no sólo el cuestionario es ilícito, como ya se dijo, sino que el perito, al resolverlo, **no aportó con su dictamen ningún soporte diferente a los del dictamen excluido de Quintero. Y tampoco aportó ni individualizó como anexo en cada uno de los interrogantes ningún documento específico.**

Precisamente, la falta de todos los anexos exigidos por la ley para los dictámenes periciales configura una infracción del numeral 10 del artículo 226 del CGP que establece, sin excepción, que:

“(...) El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen. (...)

La norma anterior impone que, como mínimo, se debe relacionar y adjuntar en el dictamen “***los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen***”. Esta obligación no fue cumplida por el perito de Carbosan. Tal situación implica que su dictamen no podía ser valorado como prueba pericial y mucho menos servir de sustento para proferir sentencia condenatoria. Por lo tanto, la Delegatura cometió un grave defecto procedimental al haber decidido valorar como dictamen pericial un documento que ni siquiera reunía lo requisitos mínimos exigidos en la ley.

Si lo anterior fuera poco, el perito de Carbosan tampoco desarrolló o desplegó actividad alguna de corroboración de la información que utilizó (no olvidemos que fue la misma que había sido excluida por la Delegatura antes del decreto de la prueba de oficio). **La omisión del deber de corroborar la información de forma independiente provocó que el perito cometiera graves errores en la resolución del “cuestionario” formulado por Carbosan.** Por ejemplo, en punto de la materia apelada por la parte demandada:

- **Proyecto Murray.** El perito no corroboró la información contable de Carbosan. En ningún momento consultó los soportes contables de la operación de Carbosan y CNR ni las actas donde aparecen las autorizaciones impartidas por la Junta Directiva de Carbosan en relación con el denominado Proyecto Murray. Tampoco consultó la información que fue objeto de deliberación por la Junta Directiva de Carbosan (matrices de riesgo, modelos financieros, evaluación de escenarios, aprobaciones, etc.), cuando era su deber haberlo hecho para desarrollar su ejercicio valuatorio. Si hubiera realizado dicho examen, el perito hubiera constatado que la Junta Directiva de Carbosan deliberó y fue suficientemente informada para la toma de decisiones del denominado Proyecto Murray y conscientemente e informada lo aprobó.

Asimismo, hubiera podido advertir la existencia de la denominada “apuesta” que hizo Carbosan consistente en asumir un diferencial tarifario de hasta 2 millones de dólares para mantener al cliente CNR. Si el perito hubiera corroborado la información contenida en las Actas de Junta Directiva de Carbosan durante todo el año 2016, sin dudar, habría establecido que los riesgos asumidos por

Carbosan se asumieron conscientemente por su Junta Directiva, en virtud de un negocio especialmente considerado por la importancia de CNR para Carbosan. Además, habría podido establecer que la “apuesta” que hizo Carbosan se limitó a un tope que luego se recuperó, razón por la cual no se produjo una pérdida generadora de un perjuicio, como temerariamente lo pretende Carbosan.

- **Pagos por compensación flexible.** El perito no revisó ni corroboró la contabilidad de Carbosan. Tampoco extrajo directamente de la contabilidad los rubros que supuestamente le sirvieron de base para su “estudio”. No consideró en su dictamen la existencia de un contrato de *back office* entre Carbosan y su controlante sociedad portuaria de Santa Marta, en virtud del cual el doctor Mauricio Suárez atendía la gerencia de Carbosan. Mucho menos constató que el doctor Mauricio Suárez percibía su salario y bonificaciones como alto ejecutivo del grupo empresarial mediante un sistema de compensación flexible, producto de su relación laboral y que este era aplicado en la organización del Grupo Empresarial del cual hace parte Carbosan. No existe, pues, soporte alguno ni confiabilidad y mucho menos corroboración de los “perjuicios” determinados por el perito, que incluso admitió en el proceso que lo único que hizo fue copiar y pegar el cuadro que había consignado el señor Quintero en el dictamen que fue excluido por el Despacho. Además, en el dictamen del perito de Carbosan no hay ningún soporte individual que acredite el supuesto perjuicio.

Todo lo anterior nos permite afirmar que el dictamen producido por Carbosan no tenía soportes ni corroboración alguna de los supuestos “perjuicios” reclamados. Es decir, es un informe incompleto que no cumple lo exigido en el artículo 226.10 del CGP. Por lo tanto, no tenía ningún valor probatorio para imponer condena alguna al doctor Mauricio Suárez.

Aunado a esto, hubo un importante defecto que cometió el perito de forma recurrente y fue omitir el examen de la contabilidad de Carbosan con sus soportes y registros detallados. Dicha omisión descartaba completamente la confiabilidad de sus métodos y “conclusiones”, y permitía cuestionar, también, la idoneidad del perito de Carbosan. Por lo tanto, la Delegatura no ha debido tener en cuenta su contenido y sus afirmaciones, por ser incompletas y carentes de sustento.

4.2.3.3. Importancia de la contabilidad de Carbosan y ausencia de idoneidad del perito por no tener la condición de contador público y no haberse apoyado en un profesional de la ciencia contable para elaborar el dictamen pericial.

La contabilidad del comerciante es plena prueba de los hechos económicos (Art. 264 del CGP). Como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, para establecer la existencia de unos perjuicios, tratándose de personas jurídicas o de comerciantes, la contabilidad debe ser consultada por los peritos que se encarguen de determinar la existencia de unos perjuicios y tasarlos.

En este caso, el perito de Carbosan afirmó que no tenía que consultar la contabilidad para realizar el dictamen valuatorio. Incluso admitió no haberse reunido con ninguna persona o funcionario de Carbosan diferente a uno de sus apoderados, el abogado Sergio Londoño y con el señor Juan Carlos Quintero, quien elaboró el dictamen que fue excluido por el Despacho y quien ni siquiera es perito evaluador inscrito. Esto significa que incumplió con el deber profesional como evaluador y perito de examinar la información contable de Carbosan y corroborar la información recibida mediante su confrontación con medios fiables y certeros e independientes, como son los registros y soportes contables de una empresa.

Este defecto implica que los perjuicios que determinó el perito carecen de certeza y no provienen de información que haya sido corroborada y confrontada por él mismo.

Tal comportamiento es censurado por la Corte Suprema de Justicia que ha señalado que **a nadie le es dable fabricar su propia prueba** como en este caso lo pretende hacer Carbosan al hacer pasar como un dictamen pericial independiente y técnico, un estudio sesgado, no corroborado, incompleto e inexacto, y sin soportes.

Precisamente, al restar valor a los dictámenes periciales practicados en el proceso No. 1999-00227-01, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reprochó que en los peritajes (al igual que en este caso):

“(…) no se identificaron los soportes que de manera concreta permitieron establecer «la pérdida en la producción en la industria arrocera desplegada por las demandantes» respecto de las anualidades o semestres comprendidos en el periodo durante el cual se reclamó la indemnización, puesto que en esa materia dijeron los expertos se habían

basado en la información suministrada por la administración de los predios de las actoras y de la finca Cauchitos (predio testigo) para realizar los comparativos sustento de las proyecciones expuestas en dichos trabajos. (...)

A pesar de que a este último trabajo se anexaron unos cuadros, en los que se relacionan, entre otros datos, los atinentes a «'lotes con baja contaminación', 'lotes severamente contaminados', 'lotes altamente contaminados' y 'lotes medianamente contaminados'», como también respecto de costos de los insumos agrícolas comprados y utilizados para el desarrollo de los cultivos en la hacienda La Palma, no obra evidencia acerca de quién los elaboró, para qué época y cómo se obtuvo la información en ellos vertida.

Ante dichas circunstancias, se determina que los soportes básicos de la señalada experticia, no prestan mérito probatorio, además porque de llegar a atribuirles valor demostrativo, se estaría permitiendo a la propia parte interesada en evidenciar el daño, construir la prueba, situación a todas luces improcedente en el régimen probatorio, «[...] por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba», según lo ha reiterado esta Corporación, entre otros, en fallo CSJ SC, 25 mar. 2009, rad. n.º 2002-00079-01.»

En el caso anterior, la Corte echó de menos el examen de la contabilidad, ya que esta era la que garantizaba ***“la confiabilidad de la información”***, la cual, insistimos, no consultó ni examinó el perito de Carbosan. Dijo la Corte en aquella ocasión que:

“(...) Cabe acotar, que jurídicamente muy distinta podría ser la interpretación del referido dictamen de haberse apoyado en la contabilidad de las actoras, aunque siempre y cuando tal sistema de cuentas se hubiere llevado de acuerdo con las prescripciones legales, porque en ese evento, legalmente se garantiza la confiabilidad en la información (...).”

La falta de corroboración de la información con fuentes confiables como la contabilidad descarta, de plano, la certeza del daño que supuestamente se reclama, ya que la ***certidumbre*** es requisito indispensable en un juicio de responsabilidad, cuya carga, en este caso, fue omitida completamente por Carbosan y el perito que elaboró el dictamen. Al respecto, tiene dicho la Corte que¹⁷:

¹⁷ Sentencia S-09-03-2012. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Dra. Ruth Marina Díaz.

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320). (...) para alcanzar eficacia probatoria el dictamen debe estar soportado en hechos veraces, sometidos a contradicción y acreditados adecuadamente, lo que para el caso examinado, esa situación no aconteció, porque se estructuró sobre especificaciones hipotéticas, ya que en las oportunidades procesales autorizadas, la interesada en la prueba no suministró información al respecto, es decir que no dio a conocer los puntos para su desarrollo; tampoco los medios de convicción revelan circunstancias acerca de esa realidad requerida y, más aún, al comentar la actora la finalidad de la compra de los mencionados derechos, no genera certeza de la ocurrencia del daño bajo los supuestos ideados por el experto, en razón a que no tenía un proyecto definido para ejecutar (...)

7.6. La trascendencia del equívoco la exterioriza la circunstancia de que la sentencia atacada pierde uno de los cimientos que jurídicamente la sostienen, como es el “daño”, el que al haber hallado satisfecho, junto con los demás presupuestos requeridos, le sirvió al Tribunal para declarar la responsabilidad civil peticionada, e imponer la condena que creyó procedente, o sea, que de no haber mediado el aludido error, otra hubiese sido la respuesta al litigio. (...)”

Por ejemplo, en casos en los que se pretende el reconocimiento de perjuicios intangibles como el “*Good Will*”, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que¹⁸:

“(...) Como todo perjuicio de ese carácter, su reconocimiento exige la prueba de su existencia y extensión; y, si en ese propósito, se utiliza el medio experto, es innegable, que la conclusión no puede estar sujeta a la discreción del perito, sino a la fundamentación del dictamen.

Para ello la Corporación ha identificado en el plano fáctico ciertas condiciones que contribuyen a la fiabilidad del instrumento técnico, sin los cuales no es posible validar las inferencias indicativas de la presencia de ese daño.

¹⁸ SC2500-2021. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Dr. Luis Armando Tolosa.

“Al respecto precisó. Es ostensible, por consiguiente, la ausencia de fundamentación de la experticia, tal como lo puso de relieve el Tribunal, pues los peritos, dejándose llevar por conjeturas y apreciaciones subjetivas, tasaron a su arbitrio el GOOD WILL del establecimiento comercial de la demandante, sin detenerse a cuantificar los aspectos ya señalados, para cuyo efecto debieron indagar, por ejemplo, si existían bienes incorporales, tales como los relativos a la propiedad industrial, procesos técnicos, etc., que incrementasen las utilidades; o si era óptima la posición del establecimiento en el mercado. Ni siquiera se alude en el peritaje a la calidad en la prestación del servicio, al buen trato dispensado al cliente, todo ello, por supuesto, debidamente sustentado, ni a las excelentes condiciones laborales que la empresa pudiera tener, ni a la confianza que, por razón de un loable desempeño gerencial, ella tuviese en el sector financiero.

“Pero, es más, no se establece en la peritación de qué manera sufrió menoscabo el aludido intangible por causa de la restitución del inmueble, ya que no se precisó si el establecimiento de la actora dejó de existir o si, por el contrario, siguió funcionando en otro local”

La pericia es huérfana de ese análisis. Lacónicamente refirió el tiempo de permanencia del establecimiento de comercio y expuso apreciaciones subjetivas sin ningún soporte. En definitiva, es insuficiente para establecer la existencia del perjuicio. (...)”

Tan importante es la corroboración de la contabilidad para la elaboración de esta clase de dictámenes periciales, que la ley, para efectos de completar la idoneidad del perito, ha señalado que esta clase de informes deberán ser elaborados por un contador público debidamente habilitado cuando se encarga de realizar actividades propias de la ciencia contable, como las definidas en la ley 43 de 1990, en su artículo 2:

“Para los efectos de esta ley se entienden por actividades relacionadas con la ciencia contable en general todas aquellas que implican organización, revisión y control de contabilidades, certificaciones y dictámenes sobre estados financieros, certificaciones que se expidan con fundamentos en los libros de contabilidad, revisoría fiscal prestación de servicios de auditoría, así como todas aquellas actividades conexas con la naturaleza de la función profesional del Contador Público, tales como: la asesoría tributaria, la asesoría gerencial, en aspectos contables y similares.”

Frente a estas actividades de la ciencia contable, el literal c), del numeral 1 del artículo 13 de la ley 43 de 1990 señala que se requiere tener la calidad de contador público para actuar como perito en controversias de carácter técnico-contable como este:

“Además de lo exigido por las leyes anteriores, se requiere tener la calidad de Contador Público en los siguientes casos:

1. Por razones del cargo.

(...)

c) Para actuar como perito en controversias de carácter técnico- contable, especialmente en diligencia sobre exhibición de libros, juicios de rendición de cuentas, avalúo de intangibles patrimoniales, y costo de empresas en marcha. (...)

En este proceso, aunque el perito de Carbosan acreditó su condición de evaluador inscrito, lo cierto es que él no es un contador público, por ende, no completó la idoneidad requerida para realizar un dictamen pericial de valuación de daños y perjuicios que requería del examen de la contabilidad de Carbosan, tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia. En eventos así, lo que ha debido obligatoriamente haber hecho el perito, al no ser un contador profesional, era apoyarse en un profesional como este para realizar el examen de la contabilidad y de los registros y soportes contables de Carbosan, como paso previo e indispensable para elaborar el dictamen y acreditar de forma completa la idoneidad requerida. Sin embargo, no lo hizo.

Ante la flagrante omisión del perito que despreció y restó importancia a la contabilidad para elaborar el dictamen pericial de Carbosan, éste carece de idoneidad y sustento técnico al no haber sido elaborado directamente o con apoyo de un contador público, como lo prevé el literal c), del numeral 1 del artículo 13 de la ley 43 de 1990.

4.2.3.4. Infracción de las normas sectoriales de la actividad de evaluador e incumplimiento del Código de Ética.

Además de no cumplir con la idoneidad requerida para rendir el dictamen pericial, el perito de Carbosan también incumplió la regulación exigida para la actividad de evaluadores. No tuvo en cuenta el contenido mínimo que las normas sectoriales de la

actividad de evaluadores exige a todos los informes de valuación, y, además, incumplió el Código de Conducta que rige su actividad.

En lo que concierne a las normas sectoriales de la actividad de evaluadores, el perito incumplió los siguientes mandatos que le son aplicables a su actividad:

a) Norma Técnica Sectorial (NTS) S 03. Contenido de informes de valuación.

La NTS S 03 regula el contenido mínimo que debe incluirse en todo informe de valuación, con independencia de su tipo o clase. Así lo establece el numeral 2.1. que señala que *“los requisitos del informe a que alude esta NTS se aplican a toda clase de informes de Valuación”*. La NTS S 03 señala que los informes de valuación **“deberán”** contener la información descrita en el numeral 7.1. El perito de Carbosan no aplicó la NTS S 03 ni ninguna otra que regula su actividad. En especial, el perito de Carbosan omitió incluir en su dictamen pericial el siguiente contenido mínimo:

(...) “7.1.1. Exponer de forma clara y precisa los resultados de la valuación de forma que no conduzcan a confusión.

7.1.4. Identificar y describir:

7.1.4.1. Los derechos de propiedad o intereses que han de valorarse.

7.1.4.2. Las características físicas y jurídicas del bien y,

7.1.4.3. Las clases de bienes incluidas en la valoración distintas de la categoría principal de cada bien.

7.1.6. Especificar todas las hipótesis y condiciones restrictivas de las que depende el valor de la valuación;

7.1.7. Identificar hipótesis especiales, inusuales o extraordinarias e incluir una predicción de cuan probable resulta que dichas hipótesis ocurran;

7.1.9. Contener una cláusula que específicamente prohíba la publicación del informe en todo o en parte, o cualquier referencia al mismo, o a las cifras de valuación contenidas en él, o los nombres y afiliación profesional de los evaluadores, sin el consentimiento escrito del evaluador;

7.1.10. Incluir una declaración de cumplimiento en la que se indique bajo que normas técnicas se ha desarrollado la valuación, manifestando cualquier excepción a los requisitos de dichas Normas y, justificando tal excepción según establece la NTS S 04; La declaración de cumplimiento deberá confirmar que:

Las descripciones de hechos presentadas en el informe son correctas hasta donde el valuador alcanza a conocer;
Los análisis y resultados solamente se ven restringidos por las hipótesis y condiciones restrictivas que se describen en el informe;
El valuador no tiene intereses (y de haberlos, estarán especificados) en el bien objeto de estudio;
Los honorarios del valuador dependen o no de aspectos del informe;
La valuación se llevó a cabo conforme a un código de ética y normas de conducta;
El valuador ha cumplido los requisitos de formación de su profesión;
El valuador tiene experiencia en el mercado local y la tipología de bienes que se están valorando;
El valuador ha realizado (o no) una visita o verificación personal al bien objeto de valuación, y
Nadie, con excepción de las personas especificadas en el informe, ha proporcionado asistencia profesional en la preparación del informe; (...)"

Aunado a lo anterior, el perito incumplió las disposiciones sobre excepciones, porque no aplicó lo señalado en el numeral 10.1 y 10.3 que prohíbe lo siguiente:

“10.1. No se permite excepción alguna a los requisitos que el informe de valuación exponga claramente y con precisión los resultados de la valuación y ponga de manifiesto con toda claridad cualquiera de las hipótesis y condiciones restrictivas que afecten a la valuación y al valor de valuación.

10.3. Cualquiera que sean las circunstancias que lleven a no informar sobre el valor de mercado, el avaluador debe indicar claramente que la valuación sobre la que se informa es distinta al valor de mercado. (...)"

En este caso, el perito en su dictamen no consideró ninguna hipótesis distinta al juicio preestablecido con el cual asumía la existencia de unos perjuicios que debían ser tasados conforme a la demanda de Carbosan, siguiendo juiciosamente lo que ya había “juizado” el señor Juan Carlos Quintero en el dictamen pericial que excluyó el Despacho. Es decir, el perito avaluador de Carbosan actuó sin que se hubiera informado y siquiera considerado *“las hipótesis y condiciones restrictivas que afectan a la valuación y al valor de valuación”*, como lo ordena la NTS S 03.

Por tanto, la infracción de la NTS S 03 implica que el informe de valuación no tuvo en cuenta los fundamentos técnicos que rigen el contenido mínimo que debe tener un informe de valuación, lo que implica que carece de rigor y credibilidad alguna.

Además de haberse apartado del contenido mínimo que debe contener un informe de valuación, desconociendo la técnica que rige la actividad de evaluador, el perito de Carbosan también cometió graves infracciones a los postulados éticos que rigen su actividad, al haber realizado un dictamen pericial utilizando como base la información no corroborada del dictamen pericial que había sido excluido por la Delegatura. Esto resulta inconcebible, mucho más cuando el mismo perito admitió que el único contacto que tuvo con alguien de Carbosan fue con el señor Juan Carlos Quintero, quien, sin ser perito, ni evaluador, increíblemente, resultó siendo el *“asesor financiero”* de Carbosan. Este comportamiento, irregular, implica que el perito de Carbosan incumplió con sus deberes profesionales, rompió gravemente con su deber de independencia e incurrió en conflicto de interés por infracción de las siguientes normas:

b) Norma Técnica Sectorial (NTS) S 04. Código de Conducta del Valuador.

De manera grosera el perito de Carbosan infringió gravemente normas éticas elementales que rigen la actividad de evaluador; regulación que es *“aplicable y extensiva a los evaluadores e incluye los actos de todas aquellas personas que asistan al evaluador en el desarrollo del encargo de valuación”*. En especial, incumplió las siguientes disposiciones:

“6.1. INTEGRIDAD

6.1.1 Un evaluador no debe actuar de forma engañosa o fraudulenta.

6.1.2 Un evaluador no debe elaborar o dar a conocer un informe a sabiendas de que contiene opiniones y análisis falsos, imprecisos o parciales.

6.1.3 Un evaluador no debe apoyar o participar en un trabajo de valuación en el cual otros evaluadores actuando de manera razonable no considerarían justificada su actuación.

6.1.4 Un evaluador debe actuar conforme a la ley y reglamentos del país donde ejerce, o donde se lleva a cabo la valuación encargada.

(...)”

Frente a la situación presentada con el señor Juan Carlos Quintero, quien hoy curiosamente resultó supuestamente siendo un *“asesor financiero”* de Carbosan, haber

elaborado el dictamen pericial usando la información excluida del informe que presentó aquél, es una conducta que constituye una infracción de las siguientes normas de conducta en materia de conflicto de interés:

“6.2 CONFLICTO DE INTERESES

6.2.2 Un valuador debe tomar todas las precauciones razonables para asegurarse de que no surja ningún conflicto profesional entre los intereses de sus clientes y de los de otros clientes, del valuador, de su empresa, parientes, amigos o asociados. Los conflictos potenciales deben comunicarse por escrito antes de aceptar el encargo. Si el valuador únicamente tiene conocimiento del conflicto con posterioridad a la aceptación, lo deberá comunicar inmediatamente. Si tuviera conocimiento después de haber realizado la valuación, el conflicto deberá comunicarse dentro de un período de tiempo razonable”.

Del mismo modo, la imparcialidad del perito de Carbosan no existió al haber partido de “*opiniones y condiciones prejuzgadas*” sin obtener la confirmación de la información de una “*fuerza independiente*”, y así lo debió concluir la Delegatura en la sentencia. Esta cuestión que, a la luz de la regulación, no fue advertida por la Delegatura, comporta una infracción grave a las siguientes disposiciones éticas:

“6.4 IMPARCIALIDAD

6.4.1 Un valuador debe llevar a cabo el encargo en la más estricta independencia, objetividad e imparcialidad, y libre de intereses personales.

6.4.2 Un valuador no debe aceptar un encargo que implique elaborar informes con opiniones y conclusiones prejuzgadas.

6.4.3 El valuador no debe basarse en información fundamental proporcionada por un cliente o por alguna otra parte, sin obtener la confirmación necesaria de una fuente independiente, a menos que la naturaleza y el grado en que se base se establezca como condición restrictiva.

6.4.4 El valuador no debe aceptar un encargo de realizar informes con condiciones hipotéticas condicionales que difícilmente podrían cumplirse en un período de tiempo razonable.

6.4.5 Las condiciones hipotéticas que sean razonablemente posibles pueden incluirse en el informe, siempre y cuando se acompañen de ciertas explicaciones sobre las posibilidades de que las hipótesis se hagan realidad y sobre la consideración de valor

que refleje la situación real predominante, por ejemplo, una situación en la que el cliente quiere saber cuál será el valor de un terreno que requiere un proceso de desintoxicación.

6.4.6 El valuador no debe utilizar ni basarse en conclusiones infundadas y prejuzgadas, ni deberá elaborar informes cuyas conclusiones establezcan que, en su opinión, tal prejuicio sea necesario para mantener o maximizar el valor.”

Como lo expresamos anteriormente, el hecho de que el perito de Carbosan no tuviera la condición de contador público, comporta también una infracción del código de conducta de la actividad de evaluador, al haber elaborado un encargo del cual carece de competencia y aptitud profesional en la materia técnica valuatoria específica:

“7. COMPETENCIA.

El valuador debe tener el conocimiento, la habilidad y la experiencia suficientes para cumplir con el encargo de manera eficiente según sea el estándar profesional aceptable. Sólo aquellos valuadores que cumplan con los siguientes requisitos deberán llevar a cabo encargos

7.1 PERFIL DEL VALUADOR PROFESIONAL

El valuador debe ser una persona de buena reputación que:

7.1.1 Tenga el conocimiento necesario para el ejercicio de la actividad y esté en permanente actualización de los mismos.

7.1.2 Tenga la experiencia adecuada en la especialidad y sea capaz de valorar el bien de acuerdo con sus características.

7.1.3 Conozca, entienda y pueda emplear correctamente los métodos y técnicas establecidas que sean necesarias para realizar una valuación que goce de credibilidad.

7.1.5 Cumpla todos los requisitos de esta NTS”.

El perito de Carbosan tampoco actuó tampoco de forma diligente ni independiente, lo que implica la infracción de las siguientes normas de conducta:

7.4.4 Un valuador debe realizar las consultas e investigaciones de forma diligente para asegurarse que los datos de análisis empleados en la valuación son correctos y que sirven como base de la valuación.

7.4.5 Un valuador debe elaborar un expediente de trabajo para cada encargo y que, al término de éste, contenga una copia fiel en papel o en formato electrónico (contando siempre con una copia de seguridad), de todos los informes, correspondencia y escritos,

además de las notas en las que el valuador se basó para dar su opinión a través de consultas, de comparación objetiva, deducciones y cálculos.

7.4.6 El archivo del expediente de trabajo para cada encargo, deberá conservarse durante el tiempo que establezca la ley correspondiente, que en ningún caso será inferior a cinco años tras haber terminado dicho encargo.

8. INDEPENDENCIA

Los valuadores a quienes se encargue valuaciones bajo las N TS en materia de valuación, deben cumplir con los requisitos de imparcialidad, de objetividad profesional y revelación de información que establece esta NTS. De forma que estos valuadores, en principio, cumplirían los requisitos de independencia que pueden exigirse en la mayor parte de encargos de valuación.

Del mismo modo, como se indicó anteriormente, no haber cumplido la NTS S 03 que regulaba el contenido mínimo del informe de valuación es también una infracción del código de conducta del evaluador prevista en el numeral 10:

“(...) 10. ELABORACIÓN DE INFORMES DE VALUACIÓN

Las valuaciones encargadas pueden referirse a uno o más bienes. El estilo del informe de valuación debe adaptarse a la naturaleza del encargo y a las necesidades del cliente, y a su vez debe cumplir unos requisitos mínimos de contenido los cuales se encuentran establecidos en la NTS S 03.

El grado de detalle que deberá tener el informe dependerá del uso que se le dé a la valuación y de la complejidad del bien. Cuando se trate de un solo bien o de un bien complejo, podría resultar más apropiado que el informe detallara la información utilizada como base de la valuación y que se establezca el razonamiento empleado para llegar a las conclusiones. Cuando se prepara un informe sobre una cartera de bienes para su uso en auditoría, el nivel de información detallada que se requiere para cada uno de los bienes de la cartera puede ser menos exhaustivo”.

El incumplimiento de la regulación anteriormente descrita, además de comprometer la responsabilidad disciplinaria del perito como evaluador, deja sin ninguna credibilidad el dictamen pericial aportado por Carbosan, al haberse producido sin el más mínimo decoro y con total desprecio al Código de Conducta que rige la actividad de evaluador,

al haberse apoyado íntegramente en un “dictamen pericial” que había sido excluido por la Delegatura, por la falta de idoneidad de la persona que lo elaboró.

4.2.3.5. Infracción a la ley por anatocismo.

Por último, es indudable que el perito de Carbosan incumplió las normas éticas de la actividad de evaluador; desconoció sus normas técnicas; omitió cumplir con las exigencias del artículo 226.10 del CGP; y, además, infringió la ley al haber aplicado como método de indexación, la fórmula de interés compuesto, capitalizando intereses sobre intereses como si se tratara de una fórmula de indexación.

Con la aplicación de ese método de indexación, el perito de Carbosan cometió anatocismo y multiplicó de forma artificial y abusiva una supuesta tasación de perjuicios, sin tener soporte y sustento alguno. Este error debió conducir a la Delegatura a no tener en cuenta el dictamen pericial por su falta de rigor y acierto.

Precisamente, en materia civil, el artículo 2235 del Código Civil prohíbe tajantemente el anatocismo (*“Se prohíbe estipular intereses de intereses”*). A su vez, el artículo 866 del Código de Comercio sólo permite el cobro de intereses sobre intereses en hipótesis restrictivas que en ningún caso aplican a procesos de responsabilidad civil como este:

“Los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos.”

Acá, no estamos en el supuesto de obligaciones vencidas, ni hay un “acuerdo” posterior al vencimiento, y mucho menos están “debidos” intereses con un año de anterioridad. Por lo que era absurdo “indexar” unos supuestos perjuicios cuya existencia ha sido refutada en el proceso, usando un método de indexación que conlleva la infracción a la ley por cometer anatocismo, como erróneamente y de forma inconcebible lo hizo el perito de Carbosan. Esto no fue tenido en cuenta por la Delegatura, cuando ha debido servir de motivo adicional para no tener en cuenta tan impreciso dictamen pericial.

El yerro cometido por el perito es tan desafiante que, de forma insostenible, afirmó que los perjuicios que “tasó” podían ser indexados de esta forma, sin reparar en que ello está expresamente prohibido por la ley.

Por lo tanto, no cabe duda de que la Delegatura cometió un grave error al haber apoyado su sentencia en un dictamen pericial de daños y perjuicios incompleto y carente de rigor y ética profesional.

4.2.3.6. Conclusiones.

El dictamen pericial de daños y perjuicios de Carbosan no tenía ninguna fuerza probatoria y así debió declararlo la Delegatura. El perito de Carbosan incumplió la ley; ignoró la técnica y las normas que rigen su actividad; carece de idoneidad personal y competencia para haber elaborado el dictamen pericial y no se apoyó en un profesional idóneo para realizarlo; no corroboró información por fuentes independientes; infringió el código de conducta del evaluador y cometió anatocismo. Sencillamente, el informe pericial no es una prueba pericial aceptable y debió ser desestimado. Precisamente, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia¹⁹:

“(…) Recuérdese, porque viene al caso, que de antaño la Corte tiene dicho que el dictamen pericial, como medio de prueba, es susceptible de ser valorado, pues aun cuando se trata de una prueba técnica no es de obligatoria aceptación para el funcionario judicial. Por el contrario, este elemento de convicción es de libre apreciación para él, quien puede argumentar por qué no le merece la suficiente credibilidad al adolecer de deficiencias en sus fundamentaciones o de lógica en sus conclusiones. (CSJ SC de 29 abr. 1942, 11 dic. 1945, 3 sep. 1954, 17 jun. 1970, 15 dic. 1973, entre otras).

Entre los requisitos para la eficacia probatoria del dictamen pericial, se encuentran: a) que sea un medio conducente respecto del hecho por probar; b) que el perito sea competente para el desempeño de su encargo; c) que no exista motivo serio para dudar de su imparcialidad o sinceridad; d) que esté debidamente fundamentado; e) que sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos; y f) que del trabajo se haya dado traslado a las partes; correspondiendo al juez el análisis de tales requisitos para establecer la eficacia probatoria del dictamen.

La prueba pericial, por ende, no es camisa de fuerza para el juez, sino medio probatorio que, a pesar de tener carácter especial por su calificación técnica, no impone a tal

¹⁹ SC3689-2021. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

funcionario la obligación de acogerlo, puesto que, al igual que los demás materiales de convicción, está sometido a las reglas de la sana crítica (art. 176 CGP).

Con otras palabras, al valorar la experticia debe tenerse en cuenta la firmeza, precisión, claridad, exhaustividad y calidad de sus fundamentos (art. 232 CGP), lo cual, para el preciso caso de autos, dejaba al descubierto que la pericia practicada en segunda instancia no revestía la suficiente fundamentación, como quiera que, en últimas, el lucro cesante establecido por el auxiliar de la justicia que la rindió fue producto de un cálculo antojadizo, según ya se anotó.

En consecuencia, era notoria la inconsistencia de tal dictamen, toda vez que no tuvo la debida fundamentación que lo dotara de eficacia; de tal suerte, que su desestimación se imponía.”

En este caso, al dictamen pericial de Carbosan no debió dársele crédito alguno para apoyar una condena como lo hizo equivocadamente la Delegatura, ya que careció de total “solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos” (Artículo 232 del CGP). Por lo tanto, la demanda debió ser desestimada, pues “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso).* Por lo que, así visto, se puede concluir que, *el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil*²⁰”.

Como consecuencia de lo anterior, **solicito** al Tribunal **revocar** la decisión adoptada por la Delegatura de imponer una condena parcial en contra del demandado, **por haberse apoyado indebidamente la condena en un dictamen pericial de daños y perjuicios ilícito, incompleto y carente de rigor y sustento.**

4.3. Defecto procedimental absoluto por infracción de la regla de congruencia (Art. 281 del CGP), ya que la sentencia proferida es *cttra petita*.

Como se indicó al formular el reparo, la sentencia principal y complementaria son decisiones *citra petita*. Esto significa que la Delegatura cometió un defecto procedimental absoluto por infringir el principio de congruencia (Art. 281 del CGP), al no haber

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2018.

resuelto expresamente las excepciones de mérito planteadas por la demandada. **El Despacho no resolvió de fondo las excepciones de mérito que se oponían a las condenas impuestas, profiriendo una sentencia en contra del doctor Mauricio Suárez sin haber resuelto sus medios de defensa cuando ha debido hacerlo obligatoriamente.** La infracción del principio de congruencia es grave, pues atenta directamente contra el derecho al debido proceso y produce un defecto procesal susceptible de alegarse incluso en casación.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que es deber del juez abordar la resolución de las excepciones al momento de proferir sentencia. Veamos:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido "y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugerión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen" ²¹

En estos eventos, no abordar la resolución de excepciones como lo ordena la ley, según lo dicho por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se produce una

²¹ (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830). Sentencia de 11 de junio de 2001. Magistrado Ponente Doctor Manuel Ardila Velásquez.

afectación del principio de congruencia se configura la causal de casación del numeral 3 del artículo 336 del CGP. Esta causal aparece por: “(...) 3. **No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio** (...)”. Conforme a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, esto ocurre, por ejemplo, cuando se profiere un fallo que resulta *extra petita*, *ultra petita* o *citra petita*. Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“(...) de presentarse esa irregularidad en la decisión de segundo grado, ha de ponerse de manifiesto a través de la causal contemplada en el numeral 3º ídem, la cual, se refiere a los casos en que: «el juzgador decide el caso por fuera de las pretensiones o excepciones probadas en el caso (extra petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (citra petita). También se configura cuando la sentencia no guarda correlación con las ‘afirmaciones formuladas por las partes’, puesto que es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas. Y se ha reconocido, asimismo, que la incongruencia como causal de casación se da en los eventos en los que se presenta ‘una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso’». (AC280-2021, 8 Feb, Rad. 2013-00031-02).”²²

Esta es, entonces, una causal que invalida la sentencia por infracción al debido proceso. En nuestro caso, el Despacho dejó de resolver las excepciones de mérito que se oponían a la condena impuesta, cuando ha debido resolverlas expresamente. Por ejemplo, en relación con la denominada “*apropiación indebida de recursos sociales*”, se plantearon como excepciones de mérito las siguientes:

- “*Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva frente a la supuesta apropiación de recursos del Dr. Suárez mediante el sistema de Compensación Flexible*” (Numeral 4.1. de la contestación a demanda).
- “*Inexistencia de infracciones imputables al Dr. Suárez relacionadas con la apropiación de recursos sociales mediante el sistema de Compensación Flexible*” (Numeral 4.2.2. de la contestación a demanda).

²² Auto No. AC5102-2021. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Magistrada Ponente, doctora Hilda González Neira.

- “*Infracción de Carbosan del principio prohibitivo venire contra factum proprium non valet*” (Numeral 4.3. de la contestación a demanda).
- “*Prescripción y caducidad de los derechos formulados con la demanda*” (Numeral 4.5 de la contestación a demanda).

Ninguno de los anteriores medios defensivos contó con un pronunciamiento concreto dentro de la parte motiva y resolutive de la sentencia, salvo el pronunciamiento relativo el reconocimiento de la excepción de mérito de prescripción extintiva, que fue acogida parcialmente en la sentencia. Es decir, no hubo pronunciamiento sobre 3 de los 4 medios de defensa planteados en la contestación a demanda.

Por su parte, en contra de la denominada “*extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR*” se plantearon como excepciones de mérito las siguientes:

- “*Legalidad de las actuaciones del Dr. Mauricio Suárez como exadministrador de Carbosan y conformidad con la regla de buen juicio empresarial*” (Numeral 4.2. de la contestación a demanda).
- “*Inexistencia de infracciones imputables al Dr. Suárez relacionadas con la implementación de ajustes tarifarios en el contexto del contrato entre Carbosan Ltda. y CNR SAS*” (Numeral 4.2.3. de la contestación a demanda).
- “*Infracción de Carbosan del principio prohibitivo venire contra factum proprium non valet*” (Numeral 4.3. de la contestación a demanda).

Al igual que con las primeras, tampoco hubo pronunciamiento del Despacho en relación con estas últimas excepciones de mérito. En este caso, las 3 excepciones de mérito no fueron resueltas de forma expresa, lo que evidencia que la sentencia es *citra petita*.

Aunque se solicitó la aclaración y adición de la sentencia principal, ninguno de estos medios de defensa fue resuelto por el Despacho en la sentencia complementaria. En la sentencia principal y en la complementaria, el Despacho no hizo un pronunciamiento expreso en la parte considerativa sobre las excepciones formuladas que se oponían a las pretensiones de la demanda. Tampoco se incluyó una resolución concreta de las excepciones de mérito en la parte resolutive de la sentencia principal y su adición fue

negada en la complementaria. Es decir, no se procedió a “*estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen*” la acción, cuando la Delegatura ha debido hacerlo.

Esta omisión del Despacho constituye un grave defecto procedimental por infracción del principio de congruencia. De tal forma, como parte de la resolución del recurso de apelación, deberá cumplirse lo indicado en el artículo 287 de CGP, el cual contempla que “(...) *[e]l juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria. (...)*”. Al haberse apelado la sentencia, la afectación del principio de congruencia debe ser un aspecto central que deberá abordar y resolver el Tribunal en el trámite de recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 287 del CGP y los reparos formulados con la apelación, resolviendo de fondo las excepciones de mérito formuladas en la contestación a la demanda, las cuales se oponen a las condenas impuestas injustamente al doctor Mauricio Suárez.

Por lo tanto, solicito comedidamente al Tribunal remediar este defecto *citra petita* y complementar la sentencia decidiendo sobre todos los medios exceptivos planteados por la parte demandada. De lo contrario, estaríamos frente a un vicio que afecta la sentencia y habilita acudir ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede extraordinaria de casación por afectación directa de la regla de congruencia (Art. 287 del CGP).

4.4. Defecto sustantivo por omisión de las excepciones de mérito que refutaban la supuesta “*utilización ilegítima del esquema de compensación flexible*”.

Como se expresó al formular el reparo, en este caso hubo un defecto sustantivo por omisión de la aplicación de los fundamentos jurídicos de las excepciones de mérito formuladas²³, las cuales refutaban la demanda y se oponían a la condena impuesta en la sentencia al doctor Mauricio Suárez. En lo que concierne a la supuesta “*utilización ilegítima del esquema de compensación flexible*”, al no haberse resuelto las excepciones de mérito propuestas en la contestación a demanda y los alegatos de conclusión, el Despacho cometió un defecto sustantivo.

²³ Corte Constitucional. Sentencia SU-453 de 2019: El defecto sustantivo se produce cuando “(...) *[l]a autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica (...)*”

En primer lugar, con la excepción de mérito de *“Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva frente a la supuesta apropiación de recursos del Dr. Suárez mediante el sistema de Compensación Flexible”*, se planteó que Carbosan carece de legitimación en la causa para reclamar la supuesta *“utilización ilegítima del esquema de compensación flexible”*. Esto conllevaba la imposibilidad de demandar la devolución de ninguna suma de dinero en tanto que los pagos percibidos se producían en virtud del esquema laboral de Mauricio Suárez y la forma cómo se aplicaba al interior de la organización. Al no haber sido resuelta esta excepción, la sentencia adolece de uno de los presupuestos base como es la legitimación en la causa por activa, la cual debió verificarse al momento de dictar sentencia. De haberse resuelto la excepción formulada, las pretensiones de Carbosan sobre este aspecto habrían sido desestimadas, ya que la legitimación en la causa es un presupuesto formal y material que, de no acreditarse, trunca el ejercicio del derecho de acción, en este caso, de quien demanda.

El mismo defecto sustantivo se produjo por la falta de resolución de las excepciones de mérito de *“Inexistencia de infracciones imputables al Dr. Suárez relacionadas con la apropiación de recursos sociales mediante el sistema de Compensación Flexible”* e *“Infracción de Carbosan del principio prohibitivo venire contra factum proprium non valet”*. Con estas excepciones se cuestionaron los hechos de la demanda y la conducta de Carbosan, siguiendo las reglas en materia del principio de buena fe y la teoría de los actos propios. Si la Delegatura hubiera examinado estas excepciones hubiera podido concluir que los pagos efectuados por Carbosan guardan armonía con la conducta previa y pacífica que esa sociedad y la organización del grupo empresarial comandado por la Sociedad Portuaria de Santa Marta aplicaba para compensar a sus altos directivos.

Con base en esto, se alegó la aplicación del principio prohibitivo *venire contra factum proprium non valet* que excluía la posibilidad de imponer al doctor Mauricio Suárez condena alguna sobre dineros válidamente percibidos, los cuales eran fiscalizados por la misma Carbosan y los entes corporativos de su controlante. Con dicha excepción se refutaban las pretensiones de la demanda, pues las sumas percibidas por el doctor Mauricio Suárez fueron recibidas conforme al sistema de compensación derivado de su vínculo laboral, que le era aplicable dentro de la estructura empresarial de la que es parte Carbosan con su sociedad matriz, la Sociedad Portuaria de Santa Marta. Sin embargo, dicho medio de defensa no fue examinado de forma concreta por el Despacho, lo que

produjo que la sentencia fuera *citra petita* y desconociera la defensa del demandado que se oponía a la pretensión de Carbosan.

Los argumentos de defensa planteados con las excepciones de mérito fueron ignorados por el Despacho, quien guardó silencio frente a ellos a pesar de que eran determinantes para la resolución de este cargo. El Despacho estaba en el deber legal de emitir un pronunciamiento concreto, pero no lo hizo. Por eso, de haberse pronunciado sobre las excepciones de mérito formuladas, hubiera denegado las pretensiones de la demanda, ya que estas se dirigían a cuestionar, concretamente, aspectos esenciales de la pretensión, como era la falta de legitimación en la causa o la aplicación de la doctrina de los actos propios para no condenar al demandado.

Precisamente, en torno a esto último, **la jurisprudencia ha establecido que la doctrina de los actos propios es una expresión del principio de buena fe que debe gobernar todos los comportamientos sociales**. Como lo ha establecido la jurisprudencia:

“(...) [e]n virtud de la buena fe objetiva existe el deber de comportarse en forma coherente, de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros en el sentido de que dicho comportamiento se mantendrá –expectativa legítima-, deber cuyo incumplimiento o desatención puede dar origen a consecuencias de diversa naturaleza, tales como la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio, o, en su caso, la reparación de los daños causados por la infracción del deber jurídico en esos términos asumido y por la vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada (...)”²⁴

En este caso se cumplían todos los elementos requeridos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, los cuales no fueron tenidos en cuenta y ni siquiera fueron examinados por la Delegatura.

De un lado, existieron *“conductas anteriores relevantes y eficaces”* entre la Sociedad Portuaria de Santa Marta, Carbosan y el doctor Mauricio Suárez y otros altos directores de la Compañía, tendientes aplicar desde el año 2002 un esquema de compensación

²⁴ Sentencia SC5288-2021, cita la sentencia CSJ SC10326-2014 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

flexible en la organización, para efectos de planeación y eficiencia tributaria. Estas conductas concluyeron positivamente en pagos a los funcionarios de la organización por medio de la presentación de cuentas de cobro o facturas de terceros; sistema que estaba implementado incluso desde antes de ingresar el doctor Mauricio Suárez a la Compañía. Este sistema de compensación contaba con los controles corporativos existentes en la organización, por lo tanto, su fiscalización era avalada por distintos órganos de control como la auditoría interna o el área financiera y contable de la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan.

Con esta conducta desplegada al interior de la organización se tuvo una “*expectativa legítima*” de estar percibiendo en debida forma los pagos realizados al doctor Mauricio Suárez Ramírez. Para el doctor Mauricio Suárez era legítimo tener la expectativa de la correcta aplicación de los pagos, cuando la organización por completo tenía control sobre la aplicación del esquema de compensación flexible.

Cómo pudo establecer el perito José Guevara, el sistema de compensación flexible era objeto de auditoría corporativa por parte del auditor de la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan. Del mismo modo, el control y seguimiento del sistema de compensación flexible hacía parte de la actividad desarrollada por el área de gestión humana y era de conocimiento de la administración y de la revisoría fiscal, tal y como se pudo establecer con los cuadros de control que llevaban los encargados de efectuar seguimiento al sistema de compensación que hacen parte de los anexos del dictamen pericial. Lo anterior fue reafirmado por la doctora Luisa Aaron y el señor Ernesto Forero en su testimonio, quien afirmó que el sistema de compensación flexible “*pasaba por tres departamentos: financiera, gestión humana y control interno*”²⁵.

Por lo tanto, con la demanda interpuesta por Carbosan, esta no cumplió con esta “*expectativa legítima*” al reclamar indebidamente los pagos que se le realizaron al doctor Mauricio Suárez dentro del esquema de compensación flexible. Con dicha conducta contraria a los actos previos y pacíficos de Carbosan, se generó “*la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión*” de resarcimiento de daños y perjuicios, pues estos no se produjeron, es decir: **la solución del caso era la negación de una condena.**

²⁵ Audiencia del 10 de febrero de 2021. (05:08:50).

En otras palabras, la aplicación de la teoría de los actos propios producía una imposibilidad de condenar al doctor Mauricio Suárez para que reintegre las sumas percibidas válidamente dentro de su esquema remuneratorio, por la “***vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada***”.

En consecuencia, aplicando la teoría de los actos propios, es falso que haya habido apropiación de recursos sociales del doctor Mauricio Suárez como lo determinó la Delegatura. Como se indicó, en virtud del sistema de compensación flexible adoptado de la Sociedad Portuaria de Santa Marta, empleador del doctor Mauricio Suárez y controlante de Carbosan, este percibía parte de su salario y bonificaciones por vía de la presentación de cuentas de cobro y facturas por cuentas de terceros, contándose para ello con múltiples controles corporativos al interior de la organización.

Ninguno de los controles de la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan dieron como resultado alguna clase de apropiación indebida de recursos. Todo lo contrario. Según pudo establecer el perito José Guevara, no hubo decisiones del área de auditoría que cuestionara la ejecución del sistema de compensación flexible en Sociedad Portuaria de Santa Marta o Carbosan y, mucho menos, encontró evidencia que indicara una apropiación de recursos por parte del doctor Mauricio Suárez a través de ese sistema. Esto desvirtúa lo señalado por la Delegatura, ya que los pagos realizados no estaban prohibidos en Carbosan: por el contrario, se realizaban contando con todos los controles corporativos del grupo empresarial de Sociedad Portuaria de Santa Marta.

En realidad, los recursos que fueron debidamente devengados durante la vinculación del doctor Mauricio Suarez con las compañías correspondían a su salario y bonificaciones legales, debido a que se trataba de un sistema de desalarización, creándose así la “***expectativa legítima***” que justifica la aplicación de la teoría de los actos propios.

Debemos recordar que, conforme al artículo 264 del CGP “*al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros*”. Por tanto, las alegaciones con las que Carbosan cuestionó los pagos efectuados y alegó la supuesta apropiación de recursos sociales desconoce que no existe prueba que demuestre alguna clase de reparo o cuestionamiento a la aplicación del sistema de compensación flexible. Precisamente, los libros sociales apuntan a la aceptación de todas las operaciones, ya que existen registros contables del esquema de compensación flexible, cuadros de seguimiento y soportes, tal y como lo pudo establecer el perito José Guevara en su dictamen.

De tal forma, las pruebas demuestran que la conducta de Carbosan dentro de la estructura de la Sociedad Portuaria de Santa Marta era la de aplicar en sus órganos corporativos el esquema de compensación flexible con el cual percibió parte de su remuneración el doctor Mauricio Suárez. Esto puede constatare con los cuadros de control y seguimiento que Carbosan y la Sociedad Portuaria de Santa Marta entregaron al perito José Guevara, los cuales están como anexos de su dictamen.

Por último, debemos reiterar que no es posible apoyarse de ningún modo en lo consignado en los denominados “*informes*” de “Kroll”, por los motivos indicados en el primer reparo. Como se mencionó antes, la Delegatura omitió decir que dicho informe como él mismo lo señala no tiene valor probatorio, por cuanto no constituye concepto contable, legal o financiero y las afirmaciones que allí están consignadas “*no fueron corroboradas*”.

Por lo tanto, no existe medio de prueba con el que la demandante demuestre sus alegaciones. Es decir, Carbosan no probó su dicho y por el contrario este fue refutado. Todas las afirmaciones sobre la supuesta apropiación de recursos son falsas y meras elucubraciones carentes de prueba que en nada refutan una verdad probada que debió reconocer la Delegatura, pero no lo hizo: que en la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan existía un sistema de compensación flexible y que, en virtud de él, no hubo reparo alguno al doctor Mauricio Suárez por la supuesta apropiación de recursos sociales. **De ahí que no pueda admitirse, de ningún modo, que Carbosan desconozca sus propios actos y los de la organización misma de la que hacía parte, para reclamar el reembolso de dineros percibidos correctamente por el doctor Mauricio Suárez.**

4.5. Defecto factico positivo por la apreciación de pruebas ilícitas en la resolución de la supuesta “*utilización ilegítima del esquema de compensación flexible*”.

El Despacho cometió un defecto factico al haber apoyado su sentencia en medios de prueba ilícitos²⁶. En la sentencia, el Despacho concluyó que: “(...) *[d]e conformidad con*

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-062 de 2018: “(...) **el defecto fáctico tiene una dimensión negativa y otra positiva. La dimensión negativa se configura cuando el juez (i) niega una prueba; (ii) no se valora una prueba o se valora de manera arbitraria, irracional o caprichosa u (iii) omite por completo la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados o determinante en el desenlace del proceso. La dimensión positiva se configura, en cambio, (i) cuando el juez admite pruebas que no ha debido admitir ni valorar, por ejemplo, por tratarse de pruebas ilícitas o (ii) cuando el juez decide conforme**

el dictamen pericial aportado por la parte demandante, los perjuicios asociados a la utilización ilegítima del esquema de compensación flexible son equivalentes a \$394.448.271 (...). Sobre esta premisa examinó la prescripción de los daños. No obstante, al haber utilizado como base de su decisión un dictamen pericial que adolece de ilicitud, la resolución de la supuesta “*utilización ilegítima del esquema de compensación flexible*” constituye un defecto factico.

Como se expresó en el segundo reparo, el dictamen pericial aportado por Carbosan es ilícito desde su decreto por estar precedido de falsa motivación. Además, su práctica se realizó con desconocimiento de normas imperativas. Tanto uno como otro aspecto conducen a la ilicitud de la prueba de daños y perjuicios aportada por Carbosan, por ende, esta no podía ser tenida como base de la sentencia para imponer una condena. Además, como se explicó al desarrollar dicho reparo, el dictamen aportado por Carbosan carece de los soportes necesarios para afincar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez, pues únicamente se apoyó en los soportes excluidos del dictamen inicial aportado por Carbosan.

Todo esto significa que dicha prueba pericial decretada de oficio por la Delegatura no podía servir de base para imponer ninguna condena. En casos como este, la jurisprudencia enseña que el defecto factico positivo se produce “*(...) (i) cuando el juez admite pruebas que no ha debido admitir ni valorar, por ejemplo, por tratarse de pruebas ilícitas (...)*”²⁷, tal y como ocurrió en este caso. Por lo tanto, la demanda debió ser desestimada, pues “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso). Por lo que, así visto, se puede concluir que, el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil*”²⁸.

Como consecuencia de lo anterior, **solicito** al Tribunal **revocar** la decisión adoptada por la Delegatura de imponer una condena parcial en contra del demandado, por haberse apoyado indebidamente la condena en un dictamen pericial de daños y perjuicios ilícito, incompleto y carente de rigor y sustento.

a elementos probatorios que, por disposición de la ley, no conducen a demostrar el hecho sobre el cual se fundamenta la decisión. (...)”

²⁷ Ídem.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2018.

4.6. Defecto factico negativo por omisión de valoración y desconocimiento de pruebas de refutación en la resolución de la supuesta *“utilización ilegítima del esquema de compensación flexible”*.

Como se indicó al formular el reparo concreto, la sentencia adolece también de un defecto factico negativo por falta de valoración de los medios de prueba que refutaban las pretensiones de la demanda acerca de la supuesta *“utilización ilegítima del esquema de compensación flexible”*. La Delegatura no valoró que conforme al sistema de compensación flexible adoptado por Sociedad Portuaria de Santa Marta, aplicable en Carbosan por el contrato de *back office*, el doctor Mauricio Suárez percibía parte de su salario y bonificaciones por vía de la presentación de cuentas de cobro y facturas por cuentas de terceros, aspectos sobre los cuales versó el dictamen pericial del perito José Guevara. Con dicha omisión la Delegatura cometió un defecto factico al haber omitido *“(…) por completo la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados o determinante en el desenlace del proceso (…)”*.

Así, la Delegatura no valoró los hallazgos y conclusiones del perito José Guevara, quien en su dictamen pericial pudo establecer que el sistema de compensación flexible del que los altos ejecutivos del grupo empresarial de Sociedad Portuaria de Santa Marta hacían uso, como dijimos antes, consistía en la presentación de facturas o cuentas de terceros, todo lo cual era sujeto de los controles corporativos de la organización.

La Delegatura también pasó por alto la existencia de todos los controles corporativos que tuvieron estas operaciones, las cuales no tuvieron reparo alguno de parte de Carbosan o de la Sociedad Portuaria de Santa Marta, cuestión que tenía completa incidencia en la aplicación de la teoría de los actos propios que la Delegatura ignoró. Justamente, no hay evidencia alguna que demuestre la existencia de cuestionamientos por parte de los controles corporativos al interior de la organización. Por eso se entiende cómo la Delegatura simplemente ignoró que los presupuestos y los estados financieros de Carbosan siempre fueron aprobados por parte de la Junta Directiva sin ningún reparo al respecto. La Delegatura tampoco tuvo en cuenta que los órganos de control interno y externo como la revisoría fiscal, no dejaron o expresaron salvedades o cuestionamientos a los pagos que recibió el doctor Mauricio Suárez, correspondientes a su esquema salarial y de bonificaciones, y aun así decidió condenarlo, cuando ha debido, en su lugar, aplicar la teoría de los actos propios.

Según pudo establecer el perito José Guevara, cuyo dictamen no valoró la Delegatura, no se encontraron decisiones del área de auditoría, contabilidad o revisoría fiscal que cuestionara la ejecución del sistema de compensación flexible en la Sociedad Portuaria de Santa Marta o Carbosan. Por el contrario, esta era una actividad que estaba asignada a las áreas de auditoría y gestión humana, en las cuales no se encontró reporte negativo alguno frente al doctor Mauricio Suárez. Así lo demuestran los cuadros de control entregados al perito por la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan. El perito tampoco encontró alguna otra evidencia que sugiriera una apropiación indebida de recursos sociales por el doctor Mauricio Suárez a través de ese sistema, como equivocadamente lo decidió la Delegatura.

En consecuencia, este defecto negativo fue protuberante porque, de un lado, la Delegatura omitió valorar medios de prueba relacionados con las excepciones formuladas por el doctor Mauricio Suárez. Y del otro, de haber valorados el dictamen pericial elaborado por el perito José Guevara, así como los anexos de este, hubiera podido concluir que el reclamo formulado al doctor Mauricio Suárez no era viable, sino que lo que correspondía era aplicar la teoría de los actos propios y negar la demanda de Carbosan.

Como la decisión de la Delegatura de condenar civilmente al doctor Mauricio Suárez la adoptó sin haber valorado las pruebas que demostraban que los dineros percibidos eran justificados, se produjo un defecto factico negativo por omisión de valoración probatoria, al haberse omitido *“(...) por completo la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados o determinante en el desenlace del proceso (...)”*. En consecuencia, solicito al Tribunal revocar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez.

4.7. Defecto factico por incorrecta valoración probatoria en la resolución del cargo por la supuesta *“utilización ilegítima del esquema de compensación flexible”*.

Como se indicó con la formulación de los reparos, la Delegatura incurrió también en un defecto factico por falso raciocinio. En la sentencia, concluyó que el contrato de *back office* existente con Sociedad Portuaria de Santa Marta SA, excluía la posibilidad de aplicar en Carbosan el sistema de compensación flexible del que era beneficiario el doctor Mauricio Suárez. Tamaña conclusión es totalmente contraevidente y se opone a

lo que realmente demostraba esa prueba, con conjunto con las demás evidencias disponibles en el proceso.

La Delegatura expuso que “(...) *la presentación de facturas y/o comprobantes a instancia de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. resulta ser a todas luces ilegítima pues esta, según se estableció, únicamente tenía por obligación pagar una suma fija mensual a favor de SPSM S.A. por los servicios de administración integral (...)*”. No obstante, esa conclusión se opone a lo que demostraba realmente el contrato de *back office*.

En verdad, si se examina el contenido del contrato de *back office* que obra, entre otros, en los anexos del dictamen del perito José Guevara, este acreditaba a) que la actividad administrativa de Carbosan era prestada por medio del equipo corporativo de Sociedad Portuaria de Santa Marta SA y b) esto incluía la Gerencia. De tal forma, el contrato de *back office* no excluía la posibilidad de aplicar el esquema de compensación previsto. Esa conclusión no se desprende del contrato. Por el contrario, como se dijo antes, en aplicación de la teoría de los actos propios, al contemplarse que la actividad administrativa y de gerencia de Carbosan sería realizada por el *staff* corporativo de la Sociedad Portuaria de Santa Marta, como matriz de Carbosan, el sistema de compensación que pudiera aplicarse a estos directores permanecía vigente y así se aplicó sin que hubiera reparo o cuestionamiento alguno por ninguno de los controles al interior de la organización.

Aunque la Delegatura afirmó que el argumento de la teoría de los actos propios no fue acreditado, esto lo refutamos en los reparos anteriores, ya que lo cierto es que en la sentencia no fueron valorados los medios de prueba que acreditaban ese medio de defensa. En la sentencia no fueron ni siquiera tenidos en cuenta los medios de prueba que demostraban que, al interior de la organización de la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan, en virtud del contrato de *back office*, jamás existió ninguna clase de: a) reparo, b) cuestionamiento o c) salvedad frente a los pagos realizados al doctor Mauricio Suarez y a los demás funcionarios que prestaban su servicio a Carbosan, dentro de su esquema de compensación. Esto es así porque todos los pagos recibidos fueron válidos y estaban plenamente fiscalizados y justificados al interior de la organización. Por lo tanto, de haberse valorado en conjunto las pruebas disponibles, en particular, el contrato de *back office* con la conducta desplegada por Carbosan, se hubiera podido concluir la aplicación de la teoría de los actos propios.

Justamente, de haberse producido alguna irregularidad como equivocadamente lo afirmó Carbosan, ésta hubiera aportado evidencia de los auditores internos, directores de gestión humana o revisores fiscales que pusieran en evidencia reparos al pago de los recursos percibidos por el doctor Mauricio Suárez. No obstante, no existe ninguna evidencia proveniente de los órganos de control y fiscalización internos y externos de Carbosan que demuestre irregularidad alguna. Por el contrario, como se indicó antes, las pruebas disponibles en el expediente demuestran que la aplicación del sistema de compensación flexible dentro de la organización era algo habitual y de modo alguno resultaba extraño, extraordinario, irregular o injustificado para la organización, lo cual se veía reforzado por la existencia de un contrato de *back office*, en virtud del cual la Sociedad Portuaria de Santa Marta prestaba servicios de administración a Carbosan.

No es cierto entonces como lo afirmó la Delegatura que el contrato de *back office* y los estatutos de Carbosan no permitían aplicar el esquema de compensación flexible. Todo lo contrario. Los medios de prueba disponibles, en particular, el dictamen pericial del perito José Guevara y la prueba indiciaria de la inexistencia de ningún cuestionamiento al interior de la organización, lo que demuestra es que la conducta de Carbosan estaba dirigida a aplicar el esquema de compensación flexible sin reparo corporativo alguno. De no haber sido así, se habría levantado algún cuestionamiento a su aplicación en alguno de los más de 10 años que reclamó Carbosan y se habría aportado prueba de ello. Sin embargo, ningún reparo existió, porque no había cuestionamiento que hacer a un esquema de planeación y eficiencia tributaria aplicado dentro de la organización empresarial en Carbosan, entre otras cosas, en virtud del contrato de *back office*.

Como la decisión de la Delegatura de condenar civilmente al doctor Mauricio Suárez la adoptó sin haber valorado las pruebas que demostraban que los dineros percibidos eran justificados, se produjo un defecto factico negativo por omisión de valoración probatoria, porque se valoró de manera arbitraria, irracional o caprichosa la evidencia disponible. En consecuencia, solicito al Tribunal revocar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez.

4.8. Indebida motivación y tergiversación de la posición de la demandada en contra de la supuesta “extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.”.

Como se indicó al formular el reparo, la Delegatura cometió un grave defecto por **falsa motivación de la sentencia**, al tergiversar y retorcer la defensa de la demandada frente a la supuesta “*extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.*”. La posición de la demandada que fue consignada en la parte considerativa de la sentencia no concuerda, en lo absoluto, con las excepciones de mérito, los argumentos jurídicos, los medios de prueba y los alegatos de conclusión de la demandada. En pocas palabras: **la Delegatura se inventó una postura defensiva** que jamás fue alegada ni planteada como se afirma en la sentencia, quizás, para “justificar” una desorbitada condena.

Como se dijo al solicitar la aclaración y adición de la sentencia, erróneamente, se incluyó como defensa de la parte demandada lo siguiente (Pág. 14):

“(…) El demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones en relación a la supuesta extralimitación de funciones por cuenta de la implementación del “Proyecto Murray”. Como fundamento indicó, en primer lugar, que el análisis realizado en cuanto al límite estatutario de 100 SMLMV no tuvo en cuenta la tasa de cambio correspondiente a operaciones en moneda extranjera.

De otra parte, el señor Suárez Ramírez argumentó que la información presentada a la junta directiva de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. consistió en un acto de diligencia para mantener informado al mencionado órgano de administración y no para procurar la ratificación de la operación objeto de controversia.

En todo caso, manifestó que la información puesta a consideración de la junta directiva siempre fue completa, detallada y contenía una exposición de diferentes alternativas para su implementación, además, resaltó que la junta directiva de la compañía nunca se opuso o presentó reparo alguno a las exposiciones realizadas. (...)”.

Sin embargo, esa “**síntesis**” formulada por la Delegatura para “sustentar” su **sentencia no es cierta, es imprecisa e incompleta**. En la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión orales y escritos no se alegó lo que dice que se dijo frente “*la tasa de cambio correspondiente a operaciones en moneda extranjera*”. Tampoco es cierto que se hubiera alegado únicamente el cumplimiento del deber de información, cuando, en realidad, siempre se planteó y demostró que la Junta Directiva de Carbosan impartió las aprobaciones y ratificaciones requeridas, como aparece en Actas.

Además, en el proceso consta cómo se alegó que la Junta Directiva ratificó expresamente el diferencial tarifario de todas las fases del denominado “Proyecto Murray”, lo que fue conocido al interior de Carbosan como la *“apuesta”*. Se expuso como la Junta Directiva permanecía informada y deliberaba constantemente sobre el Proyecto: es por eso por lo que ratificó cada una de las fases de implementación y dio instrucciones precisas durante lo corrido del año 2016. De ahí que no se entiende por qué se indicó en la sentencia que la conducta del doctor Mauricio Suárez no buscaba *“procurar la ratificación de la operación objeto de controversia”*, cuando justamente ocurrió todo lo contrario: la ratificación del proyecto se procuró como debía hacerse y obtuvo el estudio y voto favorable por unanimidad de la Junta Directiva de Carbosan.

Realmente no se comprende de dónde extrajo la Delegatura lo afirmado en la sentencia como *“posición de la demandada”*. Tamaña tergiversación es grave y reprochable, pues con eso se alteró en un todo el razonamiento empleado y la valoración probatoria aplicada en la sentencia. De un lado, la Delegatura no se ocupó de verificar los verdaderos argumentos y medios de defensa alegados. Y del otro, examinó una posición diferente que no fue alegada jamás por la demandada como lo afirma la Delegatura.

Con esa conducta, se cometió una grave infracción del principio de congruencia. Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, este yerro, que constituye causal de casación, *“(…) se configura cuando la sentencia no guarda correlación con las ‘afirmaciones formuladas por las partes’, puesto que es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas. (…)*. Por ello, en la resolución de los reparos siguientes, el Tribunal deberá ocuparse de examinar lo que no hizo la Delegatura, que es denegar las pretensiones de la demanda por falta de completa razón jurídica.

4.9. Defecto sustantivo por omisión de las excepciones de mérito que refutaban la supuesta *“extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.”*.

En este caso, al igual que ocurrió con la condena por supuesta apropiación de recursos sociales se produjo también un defecto sustantivo por omisión de la aplicación de los fundamentos jurídicos de las excepciones de mérito que se oponían a la condena impuesta en la sentencia al doctor Mauricio Suárez por la supuesta *“extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.”*.

Al no haber resuelto las excepciones de mérito propuestas en la contestación a demanda y los alegatos de conclusión que se oponían a este cargo, la Delegatura cometió un defecto sustantivo. En especial, porque dejó de aplicar una regla sustantiva especial como la de la deferencia de la discrecionalidad empresarial, que exoneraba de responsabilidad al doctor Mauricio Suárez. Como lo expresó la Corte Constitucional en cita realizada antes, el defecto sustantivo se produce cuando ***“(...) [l]a autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contrarie los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica (...)”***. Este se configuró por el hecho de que la Delegatura realizó una interpretación contraria a ***“los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”***.

En este caso, los argumentos de defensa planteados con las excepciones de mérito fueron ignorados por la Delegatura, quien guardó un sospechoso silencio frente a la aplicación de la regla, a pesar de que era determinante para la resolución de este cargo y exoneración del doctor Mauricio Suárez. La Delegatura ha debido emitir un pronunciamiento concreto, pero no lo hizo. Por ello, en la resolución de los reparos siguientes, el Tribunal deberá ocuparse de examinar lo que no hizo la Delegatura, que es denegar las pretensiones de la demanda por falta de completa razón jurídica, es especial, porque ha debido aplicar en la resolución de este cargo la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial (*bussiness judgement rule*).

4.10. Defecto sustantivo por inaplicación de la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial (*bussiness judgement rule*).

Como se alegó desde la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, las aprobaciones impartidas al “Proyecto Murray”, incluyendo la decisión de realizar ajustes tarifarios por los cuales incomprensiblemente la Delegatura impuso una desorbitada condena al doctor Mauricio Suárez, son decisiones de negocios protegidas por la **regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial o *bussiness judgement rule***, al haber sido adoptadas válidamente por la Junta Directiva de Carbosan.

La Delegatura cometió un defecto sustantivo al no haber aplicado esta regla que implicaba la absolución del doctor Mauricio Suárez, por una decisión de negocios avalada por la Junta Directiva de Carbosan.

4.10.1. Aspectos generales de la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial aplicables a este caso.

Como se alegó en el curso del proceso, esta regla “(...) contiene una presunción en el sentido de que en toda decisión de negocios adoptada por un administrador, se cumplieron los deberes fiduciarios o de confianza. ***Siempre que dicha presunción no se logre rebatir, los jueces no podrán cuestionar tales decisiones y, por tanto, los administradores no podrán ser declarados civilmente responsables (...)***”. Con esta regla se protegen las decisiones de negocios que han sido debidamente informadas y adoptadas en debida forma dentro de un proceso deliberatorio, como ocurrió en este caso. Con la aplicación de esta regla se exonera de responsabilidad a los administradores que hayan intervenido en la toma de esas decisiones de negocios.

A su vez, como lo ha señalado la doctrina más especializada: “(...) Los administradores deben actuar de acuerdo con el deber de cuidado; sin embargo, la business judgment rule presume que sus decisiones de negocios cumplen con dicha exigencia o estándar. Usualmente, a menos que el administrador haya actuado fraudulentamente, con culpa grave, o contrariando la ley o el deber de lealtad, no será responsable por incumplimientos al deber de cuidado. ***Así las cosas, en muy pocos casos los administradores son declarados civilmente responsables por contrariar dicho deber. (...)***”²⁹

También, relacionado con la regla de deferencia, sobre el deber de gestión, se ha expresado que “***la obligación de gestionar la empresa es de medio y no de resultado, de manera que el administrador no está obligado a conseguir resultados exitosos para la empresa. En su labor de gestión, el administrador deberá emplear el debido cuidado y diligencia, acudiendo a todos los medios lícitos que se encuentren a su alcance para la consecución del objeto social.***”³⁰

Frente a la información necesaria para la toma de decisiones, se debe tener en consideración el entorno de negocios que desarrolla una sociedad. Es decir, cada entorno determina el nivel de información: “***Dado que por naturaleza la información disponible para la toma de decisiones es incompleta y que la falta de certeza es una característica propia de las decisiones empresariales, para que los administradores actúen diligentemente no se les puede exigir que obtengan toda la información imaginable, a cualquier***

²⁹ Cita a Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Proceso No:2015-800-195, Sentencia 2 de mayo de 2017. (Pág. 50). Extraído de: “Deberes y Responsabilidad de los Administradores Sociales”. Felipe Suescún de Roa. Tirant lo blanch. 2021.

³⁰ Ídem.

costo, sino de hacer lo posible, sin erogaciones excesivas, por informarse adecuadamente, con la información razonablemente disponible, antes de tomar una decisión de negocios.”³¹ Por eso, para la aplicación de la regla, “no cabe postular, en todo caso, la existencia de un deber de obtención exclusivo de las informaciones imaginables”³².

De tal manera, en virtud de la BJR, los jueces no pueden enjuiciar las decisiones empresariales sino *“determinar si un administrador actuó de manera diligente y prudente, se debe examinar el proceso, es decir, cómo se llevó a cabo la toma de decisión. Se deberá analizar si el proceso que se adelantó para adoptar la decisión fue racional y si de buena fe se buscó proteger los intereses de la compañía”³³*. En conclusión, para aplicar la regla:

“Lo que importará será si la decisión fue tomada de buena fe, además de la racionalidad del proceso adelantado para llegar a ella. Es decir, lo importante será el proceso mediante el cual se llegó a la decisión, y no el resultado final de la misma”³⁴.

Finalmente, según la BJR la ratificación de un acto o negocio mientras sea informada, no haya sido provocada mediante coacción, sea realizada por parte de asociados desinteresados, no contraríen normas de orden público, ni exceda las competencias de la sociedad, será válida y estará protegida del escrutinio judicial en virtud de la BJR. Como lo ha indicado la doctrina más especializada:

“De cumplir la ratificación con las mencionadas exigencias, el juez debe concluir que los asociados comprendieron plenamente el negocio, que, en lo que a ellos respecta, están satisfechos con él y que no esperan que “el juez intervenga para salvarlos de ellos mismos.”³⁵

Como se verá, de haberse aplicado la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial como se planteó en la contestación a demanda y en los alegatos de conclusión, el doctor Mauricio Suárez no hubiera sido condenado de ninguna manera. **Con base en dicha regla, no era posible responsabilizar civilmente al doctor Mauricio**

³¹ Ídem. (Pág. 61)

³² Ídem. Holguer Fleischer, LL. M., “La business judgment rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho”. RDM, núm. 246, octubre-diciembre 2002, p.1743.” (Pág. 67)

³³ Ídem. Cita a Brehm v. Eisner, 746 A. 2d 264 (Del. 2000). (...) Greater Se. Cmty. Hosp., 353 B.R. at 339, quoted in Mann, 483 F. Supp. 2d at 915-16. (Pág. 75)

³⁴ Ídem. Cita a In re Caremark Int’l Inc. Derivative Litig., 698 A.2d 959, 967 (Del. Ch. 1996). (...) Walton v. Houlihan, Lokey, Howard & Zukin (In re United Artist Theatre Co.), 315 F.3d 217, 232 (3d Cir. 2003). (Pág. 76)

³⁵ Ídem. Cita a Rosser v. New Valley Corp., 2000 Del. Ch. LEXIS 115, at *25, 2000 WL 1206677, at *7. (Pág. 134)

Suárez por haber adoptado Carbosan una decisión de negocios en el denominado “Proyecto Murray”, cuando las determinaciones que se impartieron sobre el Proyecto, incluyendo los ajustes tarifarios, fueron decisiones debidamente informadas y ratificadas por unanimidad por la Junta Directiva de Carbosan. Como se citó antes, el juez no debe intervenir, pues *“de cumplir la ratificación con las mencionadas exigencias, el juez debe concluir que los asociados comprendieron plenamente el negocio, que, en lo que a ellos respecta, están satisfechos con él y que no esperan que “el juez intervenga para salvarlos de ellos mismos”.*

A diferencia de lo que señaló la sentencia, que desvirtuó por completo la defensa del doctor Mauricio Suárez, realmente, el denominado “Proyecto Murray” fue una decisión de negocios adoptada por Carbosan protegida por la regla de deferencia empresarial.

4.10.2. Aplicación de la regla de deferencia en relación con las decisiones del Proyecto Murray.

La Delegatura no tuvo en cuenta que la Junta Directiva de Carbosan, al decidir ratificar y aprobar un ajuste tarifario, tomó una decisión de negocios que se conoció en la empresa como la **“apuesta”** en el “Proyecto Murray”. Tampoco tuvo en cuenta el Despacho que, por decisión de la misma Junta Directiva, esa “apuesta” tuvo un alcance limitado y los términos y condiciones del proyecto, incluyendo sus ajustes tarifarios, fueron aprobados y ratificados por la Junta Directiva. Todo esto indica que no hubo daño o perjuicio que afectara a Carbosan, por las decisiones de negocios aprobadas por la Junta Directiva en el marco del “Proyecto Murray”.

Con base en las actas de la Junta Directiva de Carbosan y gracias a los testimonios rendidos por los doctores Ernesto Forero, José Ignacio Díaz Granados, Verónica Zúñiga y Luisa Aaron³⁶, se demostró que la Junta Directiva de Carbosan fue debidamente informada, deliberó e impartió las autorizaciones y ratificaciones correspondientes en relación con el denominado Proyecto Murray. Por lo tanto, la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez carece de todo asidero.

4.10.2.1. Importancia del cliente CNR/Murray para Carbosan.

³⁶ En las declaraciones rendidas en las audiencias de 10 de febrero de 2021 y 10 de marzo de 2021.

En primer lugar, se demostró la importancia del cliente CNR/Murray para la operación de Carbosan, de ahí que el proyecto tenía un importante interés para la sociedad. Son coincidentes en este punto los testimonios de Verónica Zúñiga, Luisa Aaron, Ernesto Forero y José Ignacio Díaz Granados.

Sobre el particular cabe destacar que desde el mes de agosto del año 2015, tal como consta en el Acta No. 193, la Junta Directiva fue debidamente informada por el doctor Mauricio Suarez de los acercamientos comerciales que se estaban realizando con Murray como sociedad controlante de CNR, siendo “... *Murray Energy Corp. (...) la mayor compañía privada de carbón en los Estados Unidos, con una producción de 65 millones de toneladas de carbón bituminoso de alta calidad al año*”, sobre lo cual no hubo objeción alguna de parte de la Junta Directiva.

Frente a la importancia del cliente y el “Proyecto Murray”, **Verónica Zúñiga destacó** que las condiciones de la operación: “*Era un contrato take or pay a un plazo de 10 años.*” (...) “*Era un proyecto bastante atractivo para la empresa como tal tener firmadas dos millones de toneladas take or pay*”. Por su parte, **la vicepresidente financiera, Luisa Aaron explicó** que Carbosan requería de un volumen importante para seguir operando y CNR/Murray tenía ese volumen. A su vez, resaltó que Carbosan es una compañía de volumen, pues sus costos fijos son altos, ya que hay que tener una estructura disponible en la configuración de los patios. En la medida que hubiera volumen se podían prestar mejor los servicios con los clientes. “*Se hacía, se utilizaba mucho el tema de la economía de escala*”, concluyó.

En el mismo sentido, **el doctor Ernesto Forero expresó** que para Murray el proyecto resultaba interesante por la reducción de la tarifa y para Carbosan garantizaba un cliente por el volumen de carga que eso representaba a diez años. Sobre el número de ocasiones en que las que el Proyecto fue debatido por la Junta Directiva, indicó que: “*No recuerdo cuántas veces, pero fue un proyecto que debatió bastante la Junta porque era muy importante para la Compañía, pues representaba de 30 a 35 millones de toneladas hacia el futuro*”.

Del mismo modo, **el doctor José Ignacio Díaz Granados, director de Carbosan**, fue bastante diciente con su testimonio, al afirmar en su declaración que “*Había un riesgo grande para Carbosan en la pérdida posible de ese cliente que era, como dije, estratégico para nosotros y financieramente muy importante*”.

El testimonio de la doctora Verónica Zúñiga y los doctores José Ignacio Díaz Granados y Ernesto Forero se corroboran con las Actas de Junta Directiva en las que se discutió, con suma profundidad, el proyecto Murray y la relevancia de un cliente como CNR para el futuro de Carbosan como empresa.

Al respecto, en el Acta No. 195 de enero de 2016, se dejó constancia de lo siguiente “(...) *Informó [Mauricio Suarez] que fue convocado a una reunión en las oficinas de Murray para el pasado 15 de diciembre de 2015 (...) en la que presentó el esquema operativo, así como las tarifas que podría aplicar para dicho esquema. Informó que el señor Murray, quien atendió personalmente la reunión, le gustó mucho el esquema y solicitó suscribir un memorando de entendimiento con las bases del negocio sin perjuicio de las autorizaciones a las que hubiera lugar. (...) El Presidente expresó que este es un Proyecto muy importante para Carbosán, ya que si el mismo no se logra concretar, estaría en entredicho la continuidad de la empresa, ya que quedaría operando únicamente el 1,0 MTA*” y allí mismo la Junta Directiva decide respecto al “Proyecto Murray” decidió “(...) *Autorizar a la administración para continuar con las negociaciones, la estructuración y análisis del proyecto, para lo cual designó una comisión que acompañará a la administración en el análisis del mismo, conformada por los doctores Javier Morelli y José Ignacio Díaz Granados (...)*”.

Lo anterior indica que, para la época de los hechos, años 2015 y 2016, tal y como lo refieren los testigos, CNR era un cliente estratégico de Carbosan, y la necesidad de retenerlo en vista de la posibilidad de que abandonara el puerto resultaba siendo algo crucial. **Es decir, había una causa comercial poderosa que motivaba la estructuración del “Proyecto Murray”, lo cual también confirmó el perito José María del Castillo.**

Lo anterior se constata con el Acta No. 197 de marzo de 2016 de la Junta Directiva donde se informó que para el año 2015, CNR movilizó “2.475.000” toneladas de carbón, convirtiéndose en el cliente más importante y valioso de Carbosan. En esa ocasión se advierte, de parte del doctor Mauricio Suarez sobre “... *la importancia de reaccionar ante las indicaciones de mercado las cuales fueron explicadas, y establecer unas tarifas competitivas. Manifestó que en consideración a que el Proyecto Murray sigue en estructuración, no considera prudente incluir dentro de los escenarios tarifas distintas a las que hasta ahora la Junta Directiva ha aprobado*”. De igual forma en el Acta No. 198 de marzo de 2016, se deja constancia que el doctor Mauricio Suarez “... *resaltó que ve en riesgo importante de perder a CNR como cliente, lo cual sería sumamente gravoso para Carbosan. El Presidente resaltó la importancia de presentar alternativas a Murray, con el propósito de mantener el cliente*”.

Con base en lo anterior, es claro que había un poderoso interés de Carbosan en mantener relaciones con CNR/Murray, por su importancia estratégica como cliente y así consta en Actas, en las cuales la Junta Directiva de Carbosan y sus Directores se ocuparon de deliberar ampliamente los pormenores del Proyecto e impartir las autorizaciones y ratificaciones requeridas.

4.10.2.2. La información suministrada a la Junta Directiva para la toma de decisiones fue suficiente y razonable e incluyó los riesgos de no realización del proyecto.

Asimismo, aunque la Delegatura ni siquiera lo examinó en la sentencia, quedó demostrado que la información suministrada a la Junta Directiva fue completa y suficiente y se entregó de acuerdo con las instrucciones y requerimientos que hacían los integrantes de la Junta Directiva. Se demostró que a la Junta Directiva se le presentaron diversos escenarios y matrices de riesgos que fueron tenidos en cuenta para la toma de decisiones. Riesgos tales como la imposibilidad de no llevar adelante el proyecto fueron descritos y considerados por la Junta Directiva en sus decisiones.

Así lo expresó la gerente financiera, Verónica Zúñiga de forma recurrente en su testimonio. Dijo que: *“Uy se evaluaron muchos riesgos. A la Junta se le presentó una matriz de riesgo. Entre los cuales estaba no conseguir los permisos y que no saliera el negocio.”* Al ser preguntada si la posibilidad de no obtener los permisos fue un riesgo presentado a la Junta Directiva, indicó que: *“Sí, la matriz de riesgo fue unos de los riesgos que se estaba incluyendo ahí.”*

Esto coincide con lo consignado en el Acta No. 195 en la cual se observa la deliberación inicial que se hizo frente al análisis de riesgos que concluyó con la siguiente decisión:

Luego de deliberar en relación con el Proyecto, la Junta Directiva por unanimidad resolvió:

1. Realizar un análisis integral de todos los riesgos asociados al Proyecto Murray para cada una de las etapas, así como de las medidas para mitigar tales riesgos, buscando llevar a cero la exposición al riesgo por parte de Carbosán;
2. Realizar la valoración del Proyecto, teniendo en cuenta las variables anteriores y simulando escenarios bajo, medio y bueno, así como la presentación de usos, fuentes, garantías, etc.
3. Para la contratación del transporte marítimo, debería realizarse una invitación en la que se inviten varias empresas interesadas (Impala, por ejemplo).
4. Plantear la posibilidad hacia el futuro de que el acuerdo permita aprovechar las situaciones de mejoría de las condiciones de los precios del carbón.
5. Autorizar a la administración para continuar con las negociaciones, la estructuración y análisis del Proyecto, para lo cual desingó una comisión que acompañará a la

Lo cual se profundizó en las Juntas posteriores, en las cuales se examinó la matriz de riesgos y se impartieron decisiones frente a asumir un diferencial tarifario. Por ejemplo, en el Acta No. 198 la Junta decidió por unanimidad:

Luego de deliberar en relación con lo anterior, la Junta Directiva por unanimidad autorizó al Presidente para proponer la alternativa consistente en que Murray realice el pago de USD \$7,45 por tonelada desde abril hasta que la operación marítima entre en funcionamiento, y una vez esto ocurra, Carbosán devolvería tal diferencia mediante un valor por tonelada a definir.

Al respecto, la Junta permaneció informada de los avances de las reuniones con Murray, para poder tomar decisiones sobre el Proyecto: Así se evidencia en el Acta No. 199:

b) Informe de reuniones con CNR

A continuación, el Presidente presentó a la Junta Directiva el antecedente de las conversaciones sostenidas con Murray/CNR:

El doctor Mauricio Suarez resaltó que las conversaciones se han adelantado con Jim Turner, Vicepresidente de Murray y Juan Carlos Gómez, Presidente de CNR. Informó que luego de

que Carbosán enviara su propuesta a Murray/CNR, en la cual la tarifa se mantendría en USD \$7,45 con la posibilidad de que Carbosán hiciera una devolución posterior una vez iniciara la operación marítima, el día 29 de marzo de 2016 en las horas de la tarde Jim Turner expresó que el Sr. Murray no había aceptado la propuesta de Carbosán, y pidió que se confirmara si Carbosán está dispuesto a mantener los términos del Memorando. El Presidente informó que el señor Turner le había expresado que a raíz de la manifestación de Carbosán de no aceptar las tarifas para la Fase II, había activado la estructuración de las alternativas que permitieran a CNR exportar su carbón. El Presidente expresó que las alternativas podrían ser que exporten su carbón a través de Drummond o Puerto Nuevo, y resaltó que este último pudiera tener interés en prestarle servicios a CNR en razón a las investigaciones que recientemente inició la Superintendencia de Industria y Comercio, en las cuales sostiene que Puerto Nuevo no cumple con su naturaleza de puerto de servicio público.

En consideración con lo anterior, el Presidente expresó que se ha preparado un análisis desde el punto de vista financiero y de negocio, mediante el cual se analice bajo qué circunstancia podría Carbosán mantener las tarifas para la Fase II, y de esa manera mantener a CNR como cliente, lo cual es fundamental para el futuro de Carbosán.

En la misma sesión se expuso lo que se denominó la ruta crítica del Proyecto y la matriz de riesgos. Sobre este aspecto, el doctor Ernesto Forero, vicepresidente jurídico de la época, también llamó la atención de la importancia de los riesgos ambientales del proyecto y destacó que este fue un asunto de gran importancia de la Junta Directiva para la toma de sus decisiones. Frente a los riesgos ambientales del proyecto que fueron informados a la Junta indicó que: ***“No era un tema fácil. Estaba identificado como riesgo que no dieran los permisos. Claro”***. Tanto así que se contrataron expertos para abordar este aspecto del proyecto ***“porque era un tema que era un riesgo, y entonces trataba que se hiciera con los más competentes”***. Así quedo consignado en el Acta No. 199:

A continuación, La VP Financiera Luisa Aarón presentó la matriz de riesgo del lapso entre Fase I y Fase II:

MATRIZ DE RIESGOS FASE I Y II					
RIESGOS	SITUACIONES	PROBABILIDAD DE OCURRENCIA	SEVERIDAD O IMPACTO/COSTO	FORMA MITIGACIÓN	ESTADO FRENTE AL ACUERDO FIRMADO
No tener volumen a Largo Plazo	sostenibilidad del carbón en el largo plazo	ALTA	USD 20.233.568,00	Firma contrato CNR por 10 años y renovable hasta 2033	Pendiente
Incumplimiento de Pago	Facturas Anual	BAJA	USD 1.611.000,00	Seguro de cartera - Firma del contrato	Pendiente
	ToP Anual	BAJA	USD 9.460.000,00	Seguro de cartera - Firma del contrato	Pendiente
	Parte No Amortizada Inversión	MEDIA	USD 6.000.000,00	Garantía Corporativa	Pendiente
	Diferencial Tarifa	MEDIA	USD 1.795.500,00	Garantía Real	Pendiente
Reducción de margen operacional, ingresos o no cubrir costos	Volumenes menores a los proyectados	MEDIA	Afectación margen	Contrato	firmado
	Variaciones del peso frente al dólar	ALTA	TRM piso de tarifa \$3100	Hacer coberturas cambiarias en el contrato y manejo de costos	Pendiente
Permisos	No Consecución	ALTA	USD 7.795.500,00	No es posible	firmado
	Continuando operación aplican tarifas pactadas por fases	MEDIA	USD 1.987.020,00	Regulación Contractual	firmado
	Suspensión de la Operación	MEDIA	USD 1.074.000,00	Regulación Contractual	regulación legal
	Diferencial Tarifa	MEDIA	USD 1.795.500,00	Limitación Contractual	firmado

Luego de la amplia deliberación que se dio, la Junta Directiva por unanimidad aprobó los ajustes tarifarios del “Proyecto Murray” con un tope máximo de 2 millones de dólares así:

Concluido lo anterior, luego de deliberar en relación con la presentación, la Junta Directiva por unanimidad resolvió:

1. Aprobar las tarifas para las Fases 2 y 3 del Proyecto Murray, de acuerdo con los términos del MOU suscrito en el mes de diciembre de 2015, sujeto que se acepten las modificaciones al mismo discutidas en la presente reunión y que se explican a continuación;
2. Autorizar al representante legal para proponer y suscribir el documento necesario mediante el cual se ajuste el MOU, en el sentido de incluir:
 - a. Dividir la responsabilidad de cada una de las partes (Carbosán y CNR) respecto de las actividades a su cargo para poner en funcionamiento la operación marítima en el mes de noviembre de 2016, así:
 - i. En caso de que por culpa de los permisos o actividades a cargo de Carbosán no se tenga en funcionamiento la operación marítima en el mes de noviembre, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tarioario entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación, con un límite máximo de USD \$2,0 millones.

- ii. En caso de que por culpa de los permisos o actividades a cargo de CNR o SPRC no se tenga en funcionamiento la operación marítima en el mes de noviembre, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tarioario entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación.
- iii. En caso de que por culpa de los permisos a cargo de Carbosán fueran negados, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tarioario entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación, con un límite máximo de USD \$2,0 millones.
- iv. En caso de que por culpa de los permisos a cargo de CNR fueran negados, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tarioario entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación.
- b. Proponer una cláusula que permita aumentar la tarifa ante incrementos del precio internacional del carbón.
- 3. Avanzar en la estructuración del contrato de colaboración con la Sociedad Portuaria de Santa Marta en la operación portuaria.

Todo esto coincide con lo que expresó el doctor José Ignacio Díaz Granados, quien, en su declaración, relató cómo fueron considerados por la Junta Directiva los distintos riesgos del proyecto. En primer lugar, indicó que: *“Las decisiones se hicieron tomando las precauciones debidas, con la intención de conservar un cliente que era importante y estratégico para la vida y la existencia de la sociedad”*. Al ser preguntado si la Junta tuvo en cuenta los riesgos del “Proyecto Murray”, respondió asertivamente que: *“Claro, por supuesto que analizábamos los riesgos de esto. De hecho, las discusiones sobre el proyecto Murray fueron muy amplias y muy profundas y muy largas” (...)* *“Por supuesto, en ese mapeo de riesgos, para cada decisión siempre la Junta Directiva tuvo en cuenta ese tipo de cosas”* Concluyendo que: *“En relación con el Proyecto Murray como lo he explicado anteriormente la junta tomó las decisiones que debiera tomar con las informaciones que le fueron puestas de presente y en aras de, digamos, conservar un cliente que era importante para Carbosán, porque era el cliente que mayor carga movilizaba y, por supuesto, mayores aportes hacía a las rentas de negocio de Carbosán. De suerte pues que durante todo el tiempo esto fue así”*. Esta cautela y previsión es evidente en el Acta No. 200 en la que la Junta siguió examinando paso a paso lo relacionado con el Proyecto. Es así como se presentó los presupuestos proyectados:

A continuación, la Vicepresidenta Financiera, Luisa Aarón, presentó a la Junta Directiva el impacto del acuerdo con Murray en el presupuesto. Recordó que actualmente se tiene aprobado un “presupuesto parcial”, ya que solo se aprobó el presupuesto hasta el mes de mayo. Aclaró que con el cierre de la negociación con Murray, el presupuesto tendría en consideración el contrato con CNR el resto del año. Explicó a continuación los supuestos del presupuesto inicial, y el revisado.

Como fruto de la deliberación de la sesión de Junta Directiva, esta impartió una nueva aprobación por unanimidad que consistió en lo siguiente:

El doctor Mauricio Suárez manifestó que el Proyecto Murray es un proyecto complejo, el cual se ha estructurado pensando en el mejor beneficio para la empresa, tratando de mitigar los riesgos y buscando sacar el mejor provecho dadas las condiciones actuales de mercado, lo cual ha sido presentado a la Junta Directiva en múltiples; sin embargo, expresó que observa que parecieran existir dudas de miembros de Junta Directiva con respecto a las bondades del Proyecto, por lo cual solicita a la Junta Directiva le indique si continúa o no estructurando y desarrollando el Proyecto, pues en este momento es posible tomar la decisión de no hacerlo sin incurrir en responsabilidades contractuales.

Luego de deliberar en relación con el Proyecto, los términos de la modificación y la fórmula de ajuste tarifario por incremento de precios al carbón, la Junta Directiva por unanimidad aprobó la modificación del Memorando de Entendimiento suscrito con Murray/CNR en los términos explicados, así como la fórmula de ajuste tarifario, con la observación de que se debía incluir una aclaración con respecto a la periodicidad en que la fórmula de ajuste aplicaría, para lo cual autorizó al Representante Legal para suscribir los documentos correspondientes.

Incluso, en dicha Acta vemos lo referido por el director Díaz Granados sobre el tope al diferencial tarifario que había aprobado la Junta Directiva por 2 millones de dólares:

El doctor José Ignacio Díaz Granados expresó que la limitante de los USD \$2,0 millones se discutió y aprobó en la reunión pasada, en la cual se analizaron los pro, los contras y los riesgos del Proyecto, luego de lo cual la Junta Directiva por unanimidad dio a la administración las atribuciones para plantear esta limitación, que es una forma de limitar los riesgos que se asume. Expresó que el Proyecto Murray se ha explicado extensamente y a fondo, y se han hecho evidentes los riesgos que tiene, los cuales están proponiendo ser administrados de manera responsable y completa, atendiendo las capacidades de captación de riesgo. Manifestó que considera indispensable empezar a estructurar la colaboración con la Sociedad Portuaria de Santa Marta para realizar la operación conjuntamente, lo cual incrementaría de manera importante los márgenes para Carbosán.

Dicho análisis continuó en las Actas No. 202 y 204, en los que la Junta Directiva se ocupó de evaluar el tope al diferencial tarifario que había sido aprobado.

Vemos entonces que consta en Actas lo referido por los testigos sobre las amplias deliberaciones en torno al Proyecto Murray. Todo esto acredita las decisiones de la Junta Directiva y demuestra que esta consideró y valoró los riesgos inherentes al “Proyecto Murray” y valoró los distintos escenarios que le fueron presentados para la aprobar sus

decisiones. Por lo tanto, es claro que la aplicación de la regla de deferencia empresarial excluía por completo la desorbitada condena que impuso la Delegatura en la sentencia.

4.10.2.3. La Junta Directiva de Carbosan tomo decisiones en forma metódica y no apresurada, con suficiente deliberación y análisis, e hizo una “apuesta” a desarrollar el Proyecto Murray.

Aunado a lo anterior, quedó demostrado también que la Junta Directiva aprobó el denominado “Proyecto Murray” por etapas, paso a paso. En ningún caso actuó de forma apresurada, descuidada o precipitada. Por el contrario, contrario a lo que afirmó Carbosan sobre la responsabilidad del doctor Mauricio Suárez en el proyecto, fue la Junta Directiva la que se tomó todo el tiempo necesario durante el año 2016 para abordar las particularidades del proyecto, ratificar y tomar decisiones, instruir a la administración, etc.

Así lo expresó el doctor José Ignacio Díaz Granados al señalar que: *“Se discutió la posibilidad de reducir el valor de la tarifa, que finalmente se dio, en aras de mantener el cliente y la carga. Se tomó esa decisión. Inclusive, se habló de adelantar ese desarrollo por fases”*. Relató que *“mientras se analizaban y se conseguían los permisos para poder hacer la movilización en barcazas íbamos a necesitar unos meses para dejar que los equipos técnicos estudiaran, analizaran y entendieran cómo era la situación y formularan una, digamos, una manera de poderlo implementar que fuera competitiva. Se convino un precio para esa época. Se dieron unos meses para hacer el estudio.”* (...) *“En la Junta consideramos que era mejor ir paso a paso”*. Concluyendo en su declaración que en relación con el “Proyecto Murray”:

“Creo que la Junta actuó con responsabilidad en ese sentido y esa fue una decisión que tomamos entre todos”.

Como consta en las Actas citadas anteriormente, todo lo expresado por los testigos indica que hubo una amplia deliberación en torno al proyecto y sus implicaciones económicas al interior de la Junta Directiva de Carbosan.

En el Acta No. 197 se recordó por parte de la Junta Directiva que la aprobación de las tarifas del memorando correspondía a la primera fase del “Proyecto Murray”, mientras continuaba su estructuración definitiva:

El Presidente expresó la importancia de reaccionar ante las indicaciones de mercado las cuales fueron explicadas, y establecer unas tarifas competitivas. Manifestó que en consideración a que el Proyecto Murray sigue en estructuración, no considera prudente incluir dentro de los escenarios tarifas distintas a las que hasta ahora la Junta Directiva ha aprobado. Dicho lo anterior, la Junta Directiva solicitó a la administración enviar una comunicación a CNR, en la que se le informe que hasta el momento la Junta Directiva de Carbosán ha aprobado únicamente la tarifa para la primera fase establecida en el MOU relacionada con el Proyecto Murray.

La deliberación y el estudio de la Junta Directiva fue tan abundante que Carbosán realizó una **“apuesta”** para mantener a CNR/Murray como cliente, realizando unos ajustes tarifarios temporales y limitados a los 2 millones de dólares. En virtud de la denominada **“apuesta”**, la Junta Directiva de Carbosán aprobó que la sociedad asumiera un diferencial tarifario de hasta 2 millones de dólares, los cuales serían tratados como una **“inversión”** para mantener el negocio. Los testigos indagados sobre esto y lo que consta en Actas demuestran la existencia de la denominada **“apuesta”** y como esta fue plenamente considerada y aprobada por la Junta Directiva de Carbosán.

Así, la gerente financiera Verónica Zúñiga relató que como la operación temprana tuvo buenos resultados, se motivó que en la segunda etapa se le bajara la tarifa al cliente y se hiciera lo que denominó una **“apuesta”**: (...) ***“La Junta siempre estuvimos como de acuerdo que se iba a incurrir en una inversión, por así decirlo (...) Se había puesto un piso.”*** (...). Expresó que en la operación temprana la (...) ***“tarifa bajaba”, era “un costo que no se le estaba trasladando al cliente”,*** pues era la **“apuesta”** que estaba haciendo la empresa a este proyecto. Como lo dijo en su declaración la testigo, la empresa puso un piso de **“pérdida”**, por así decirlo.

La doctora Zúñiga, fue recurrente en señalar la existencia de la apuesta y dijo que: ***“Era una “apuesta” para el futuro. Carbosán lo que quería era quedarse con esos 30 millones de toneladas”.*** incluso señaló que ***“La empresa conscientemente puso un piso”.***

Lo mismo refirió la doctora Luisa Aaron sobre la existencia de la denominada apuesta. Dijo que ***“El riesgo más importante era la “apuesta” que teníamos con el transporte marítimo. Había que hacer un trámite para obtener licencias. Era el punto crítico”.*** Explicó como del 2014 en adelante estaba bajando los volúmenes, por lo que se tenían que buscar con los clientes recuperar esos volúmenes de carbón. La estructura física sólo permitía

tener dos o tres clientes. Cerca del 40 % de los ingresos de SPSM era del carbón. Por eso explicó que *“Se le llamó la “apuesta” porque era un reto para Carbosan prestar el servicio con ese cliente (CNR). Era un servicio diferente al que estábamos acostumbrados a prestar. Tres millones de toneladas de Carbosan son muy beneficiosos para SPSM y Carbosan.*

“Por eso le decíamos la apuesta”, concluyó.

Sobre el contenido económico de la apuesta, la doctora Luisa Aaron indicó que este fue valorado: *“Sí, se valoró. Carbosan empezó a ver su PyG con una pérdida por la tarifa reducida, por lo que se limitó que no fuera superior a 2 millones de dólares. Después de 2 millones de dólares la tarifa debía volver a la estructura de costos de transporte terrestre”. ¿La Junta aprobó la apuesta? “Sí, llevábamos todo a la Junta Directiva” (...) “En la Junta había debates muy largos y muy amplios de todos los miembros de junta directiva donde medían todas las cosas que nosotros presentábamos” (...) Los miembros de la Junta eran activos en la toma de decisiones de Carbosan. “Personas conocedoras del sector, participaban, opinaban y a veces decían que no a las cosas, también”.*

También explicó sobre el tratamiento de la apuesta que: *“vuelvo y repito, [era] un OPEX con cara de CAPEX, y es que ese diferencial de la tarifa que no se podía cubrir operativamente, que contablemente es una pérdida, se valoró como una inversión. Pero sí fue claro en las presentaciones que a pesar de que esa era la valoración porque digamos esa era la “inversión” para lograr el negocio, contablemente eso iba a representar una pérdida en el PyG porque yo no podía un OPEX volverlo CAPEX”.*

Sobre el alcance del tope y retorno de la tarifa, consta en el Acta No. 204 como una vez asumido el diferencial se obtendrían mayores ingresos:

Explicó que al cumplirse los USD \$2,0 millones, la tarifa regresaría a USD \$7,45, con lo cual del mes de agosto a diciembre, se obtendrían mayores ingresos por USD \$1.911.358.

En sus declaraciones, tanto la gerente financiera, Verónica Zúñiga, como la doctora Luisa Aaron explicaron la estructuración de la tarifa, aspecto sobre el cual la Delegatura guardó completo silencio en la sentencia. Incluso, la doctora Zúñiga, contrario a lo que afirmó Carbosan en la demanda, no reconoció ninguno de los dichos contenidos en el denominado “Informe Kroll”. Por el contrario, expresó que *“No recuerdo exactamente*

pero sí se llevó esa inversión como si fuera un OPEX y era la apuesta que estaba haciendo el puerto por este negocio. Y también se le informó a la Junta". A su turno, la doctora Aaron en su testimonio explicó cómo fue construida la tarifa según las estimaciones de costos que recibía de las áreas responsables:

"El doctor Suárez a mí no me decía cuánto tenía que descontar de una tarifa, eso resultaba de un modelo de costos. Entonces era claro que esos costos daban una menor tarifa. Y ahora, cuando ya sabíamos cuál era esa tarifa era que se estructuraba comercialmente cuándo y cómo se ofrecía y el límite de los dos millones de dólares. O sea, no fue al revés. Él no me dijo: reduzca la tarifa a ver cómo. No. Revisen cuál es la estructura de costos porque, obviamente, un transporte marítimo es más barato que uno terrestre. O sea, eso por lógica le mostraba o le podía dar indicio de que era mejor ese tipo de servicio y más barato. ¿Cuánto? ¿De? No lo tenía él, lo teníamos que construir. O sea, no era un tema que simplemente él tuviera en su cabeza y me dijera: baje la tarifa. No. Se construía en un modelo de Excel que son los modelos que se llevaban a la Junta Directiva".

Sobre este punto, la declarante añadió que para el cliente Murray la tarifa era insostenible. Entonces revisaron cómo hacer la tarifa más atractiva a partir de los costos estimados. En palabras de la doctora Aaron, para lograr esto: *"Coge todo el mundo y me entrega los costos, yo sumo costos, y veo que efectivamente ahí podemos tener una tarifa rentable pero mucho menor a la que le veníamos entregando" (...) "Estábamos buscando una mejor tarifa. Poder mantener ese cliente."*

Sobre este aspecto, el doctor Ernesto Forero señaló que las tarifas contenidas en el memorando de entendimiento celebrado con CNR/Murray no eran definitivas. En esto se equivocó garrafalmente la Delegatura. **Si hubiera examinado la declaración del doctor Forero hubiera podido concluir que los "ajustes tarifarios" por los cuales condenó al doctor Mauricio Suárez en realidad estaban a modo de memorando y luego fueron ratificadas por la Junta Directiva.** En su declaración, el testigo señaló esto último y dijo: *"No. Estaban establecidas a modo de memorando, pero no estaban aprobadas porque recuerda que el memorando era sujeto a aprobación. De hecho, esas tarifas terminaron cambiando. Pero no, no había una tarifa escrita en piedra. Eran las tarifas que se incorporaron en el memorando"*

Por eso, es sus palabras: *“El tema de la apuesta era porque para uno mantener la tarifa que había dicho que iba a costar el transporte así no estuviera implementado el sistema de barcasas, se dijo, aquí pudiera generar hasta un déficit de 2 millones. Que el raciocinio de la Junta fue: no es perdida por que nos lo llevamos a una mayor inversión y se amortizan en los 35 millones de toneladas y el proyecto cierra. Ese era el raciocinio de la Junta”*.

Sobre cómo fue presentado el proyecto, el doctor Forero señaló que a la Junta se le informó sobre la pérdida vista como una inversión. Ese entendimiento era tan claro que, como lo expresó el testigo: *“Con decirle que se le denominó la “apuesta”*.

Todo lo anterior demuestra que las decisiones relacionadas con el denominado Proyecto Murray no solo fueron ampliamente discutidas y aprobadas por la Junta Directiva de Carbosan, sabiendo que la empresa asumió una “apuesta” como decisión de negocios para mantener al cliente CNR/Murray por hasta un tope de 2 millones de dólares. Los cuales, a pesar de que el “Proyecto Murray” no pudo alcanzar la fase de transporte marítimo, fueron recuperados por Carbosan con las operaciones que se mantuvieron con CNR/Murray hasta fines del año 2019. Al respecto, el doctor José Ignacio Díaz Granados explicó que el tope asumido por Carbosan con el diferencial tarifario era de hasta 2 millones de dólares, con la expectativa de tener un contrato de largo plazo en el que se pudiera recuperar esa inversión o *“apuesta”*. Al ser preguntado sobre si este valor pudo o no ser recuperado, respondió afirmativamente que: *“Sí claro, la pudo recuperar”*.

Esto precisamente estaba proyectado por el área financiera, ya que, como consta en el Acta No. 207, al retornar la tarifa luego de llegar al tope, la “apuesta” de los 2 millones de dólares se recuperaría:

La Vicepresidenta Financiera, Luisa Aarón explicó que la recuperación de los USD 2,0 millones, se ha planteado hacerla con el margen de la tarifa de USD \$7,45 que aplicó entre los meses de enero a abril y que aplicará luego de mediados de agosto a diciembre.

Incluso, así lo estimó la Junta al momento de decidir en dicha sesión y tener presente la posibilidad de recuperar la “apuesta” dentro de los avatares propios del Proyecto:

- iii. En relación con el contrato, dependiendo del resultado de las actuaciones del numeral ii) anterior, incorporar en el contrato todas las opciones y alternativas con las condiciones de cada una, y trabajar en la forma de recuperar los USD 2,0 millones invertidos a través del diferencial tarifario. Se pidió tener en consideración al momento de elaborar el contrato una matriz completa de los riesgos y la forma de mitigación de los mismos.

Por lo tanto, es claro que todas las decisiones tomadas por la Junta Directiva de Carbosan en virtud del denominado “Proyecto Murray”, incluyendo los ajustes tarifarios por los que incomprensiblemente la Delegatura condenó al doctor Mauricio Suárez, no solo se encuentran protegidas por la regla de deferencia empresarial, sino que el perjuicio económico reclamado por Carbosan en realidad no existió, por cuanto fue una “apuesta” asumida conscientemente por la empresa. Apuesta que ganó la empresa, pues, el cliente continuó con sus operaciones en Carbosan y ese monto “invertido” fue recuperado completamente con las operaciones desarrolladas hasta finales del año 2019.

Como lo había sostenido la Delegatura en otros casos, **los jueces deben abstenerse de revisar judicialmente decisiones empresariales pasadas con base en la información del presente:**

“De lo contrario, al realizarse por parte del juez una evaluación ex post facto, con conocimiento perfecto de los hechos sucedidos, probablemente influenciada por su sesgo retrospectivo, implicaría una clara afectación a la seguridad jurídica, que llevaría de suyo a que los administradores normalmente se abstengan por completo de explotar una oportunidad de negocio, por el miedo a la responsabilidad que se les podría endilgar como consecuencia de eventos posteriores”³⁷.

Ante esto, lo que procedía hacer era absolver al doctor Mauricio Suárez ya que todas las decisiones de negocio adoptadas en relación con el denominado Proyecto Murray se encuentran protegidas por la regla de deferencia empresarial. De tal forma, las condenas

³⁷ Se trata de un problema que comúnmente afecta a los jueces, quienes tienden a asignarle erróneamente una alta probabilidad a un evento de probable ocurrencia por el simple hecho de que terminó ocurriendo. S M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 Vand. L. Rev., 83, 114 (2004). (...) Broz, 673 A.2d at 159. Extraído de: “Deberes y Responsabilidad de los Administradores Sociales”. Felipe Suescún de Roa. Tirant lo blanch. 2021.

impuestas al doctor Mauricio Suárez por los “*ajustes tarifarios*” en el contexto del Proyecto Murray deben ser revocadas en su integridad.

4.11. Defecto factico positivo por la apreciación de pruebas ilícitas en la resolución de la supuesta “*extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.*”.

Como se señaló antes, la Delegatura cometió un defecto factico al haber apoyado su sentencia en medios de prueba ilícitos.

Sobre este punto, en la sentencia la Delegatura expuso que: “(...) *en el presente proceso se encuentra un dictamen pericial practicado y controvertido, en el cual se estudió el monto de los perjuicios que pudiera generar la conducta del administrador, en caso de encontrarse responsable (...)*”. También dio aval a la “metodología” aplicada en el peritaje de daños y perjuicios aportado por Carbosan.

Al haber utilizado como base de su decisión un dictamen pericial que adolece de grave ilicitud, la resolución de la supuesta “*extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.*” constituye un defecto factico.

Como se expresó en el segundo reparo, el dictamen pericial aportado por Carbosan es ilícito desde su decreto por estar precedido de falsa motivación. Además, su práctica se realizó con desconocimiento de normas imperativas. Tanto uno como otro aspecto conducen a la ilicitud de la prueba de daños y perjuicios aportada por Carbosan, por ende, esta no podía ser tenida como base de la sentencia para imponer una condena. Además, como se explicó al desarrollar dicho reparo, el dictamen aportado por Carbosan carece de los soportes necesarios para afincar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez, pues únicamente se apoyó en los soportes excluidos del dictamen inicial aportado por Carbosan y en el caso de la “condena” por los ajustes tarifarios el perito no consultó soporte alguno contable ni financiero.

Todo esto significa que dicha prueba pericial decretada de oficio por la Delegatura no podía servir de base para imponer ninguna condena. En casos como este, la jurisprudencia enseña que el defecto factico positivo se produce “(...) *(i) cuando el juez admite pruebas que no ha debido admitir ni valorar, por ejemplo, por tratarse de pruebas*

*ilícitas (...)*³⁸, tal y como ocurrió en este caso. Por lo tanto, la demanda debió ser desestimada, pues *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso). Por lo que, así visto, se puede concluir que, el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil*³⁹”.

Como consecuencia de lo anterior, **solicito** al Tribunal **revocar** la decisión adoptada por la Delegatura de imponer una condena parcial en contra del demandado, por haberse apoyado indebidamente la condena en un dictamen pericial de daños y perjuicios ilícito, incompleto y carente de rigor y sustento.

4.12. Defecto factico negativo por omisión de valoración y desconocimiento de pruebas de refutación en la resolución de la supuesta de la supuesta “extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.”.

Como dijimos antes, el Despacho de una forma inexplicable desdibujó por completo la defensa de la demandada, ignoró valorar los medios de prueba que refutaban la condena impuesta. Además, según se expuso en la sustentación de los anteriores reparos, tampoco tuvo en cuenta que consta en Actas (*plena prueba*) las extensas deliberaciones y decisiones adoptadas por la Junta Directiva, con las cuales se ratificó y aprobaron todas y cada una de las determinaciones relacionadas con el denominado “Proyecto Murray”, incluyendo los ajustes tarifarios para cada una de sus fases de implementación. La prueba contenida en Actas citada anteriormente desmiente por completo la supuesta extralimitación de facultades del doctor Mauricio Suárez. La sentencia tampoco examinó las declaraciones de miembros de junta directiva, de la Gerencia Financiera, la Vicepresidencia Financiera y la Vicepresidencia Jurídica de Carbosan, que relataron detalladamente la manera cómo se gestó, informó y aprobó ante la Junta Directiva de Carbosan la denominada **“apuesta”** en el “Proyecto Murray”, por la que inexplicablemente condenó al doctor Mauricio Suárez.

Erróneamente, la Delegatura consignó en la sentencia que *“la defensa del señor Suárez Ramírez se centró en refutar las consideraciones de la parte demandante en torno a límite de 100 SMLMV para la celebración de operaciones por parte del representante legal”*. Como se expresó antes, **esto no es verdad**. Los alegatos y las pruebas disponibles en el expediente

³⁸ Ídem.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2018.

demonstraron que el doctor Mauricio Suárez no se extralimitó en ninguna de sus funciones y por eso jamás se alegó como defensa la inaplicación de ningún límite estatutario. Absolutamente todo lo concerniente al “Proyecto Murray”, incluyendo los ajustes tarifarios, fue algo que se sometió ratificación, aprobación y escrutinio de la Junta Directiva de Carbosan.

En todo momento, la Junta estuvo informada e impartió las autorizaciones requeridas conforme a los estatutos y la ley, como aparece en Actas que obran en el expediente y son plena prueba de las decisiones adoptadas por la Junta Directiva.

Por lo tanto, como la decisión de la Delegatura de condenar civilmente al doctor Mauricio Suárez la adoptó sin haber valorado las pruebas que demostraban que los dineros percibidos eran justificados, se produjo un defecto factico negativo por omisión de valoración probatoria, al haberse omitido *“(...) por completo la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados o determinante en el desenlace del proceso (...)”*. En consecuencia, **solicito** al Tribunal revocar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez.

4.13. Defecto factico por incorrecta valoración probatoria en la resolución de la supuesta (sic)

Aclaro que este reparo se circunscribe al contexto de la supuesta extralimitación de funciones, al igual que los que anteceden. De nuevo, en este punto, como la defensa planteada por la parte demandada fue completamente tergiversada, los medios de prueba fueron valorados erróneamente, desprovistos de todo contexto.

En primer lugar, la Delegatura consideró que el memorando de entendimiento génesis del denominado “Proyecto Murray”, había sido un acto de extralimitación funcional del doctor Mauricio Suárez. Sin embargo, al valorar la prueba, la Delegatura se equivocó doblemente a) al asignar valor probatorio al memorando a pesar de no haber sido incorporado en legal forma ya que es un documento en inglés que no está traducido al español, b) ignorando que todos sus efectos estaban bajo condición suspensiva, hasta que las partes obtuvieran las autorizaciones correspondientes de sus órganos de administración. Lo anterior fue reafirmado por el Vicepresidente Jurídico de la época, doctor Ernesto Forero, que intervino en la redacción del memorando y relató en su testimonio que sus efectos estaban suspendidos hasta tanto la Junta Directiva de

Carbosan lo ratificó. Como se expresó antes, el testigo que intervino en la elaboración del memorando explicó que las tarifas no eran definitivas: En su declaración, señaló esto último y dijo: *“No. Estaban establecidas a modo de memorando, pero no estaban aprobadas porque recuerda que el memorando era sujeto a aprobación. De hecho, esas tarifas terminaron cambiando. Pero no, no había una tarifa escrita en piedra. Eran las tarifas que se incorporaron en el memorando”*. Sin embargo, ni el testimonio fue valorado ni el contenido del memorando fue comprendido por la Delegatura.

La Delegatura tampoco tuvo en cuenta las ratificaciones y modificaciones realizadas al Memorando por la Junta Directiva en las Actas citadas a lo largo de este escrito. De haber examinado siquiera el contenido de dichas Actas hubiera podido concluir, sin dificultad, que las condiciones del Memorando fueron debatidas y ratificadas al interior de la Junta Directiva, en algunos casos, con ajustes o propuestas de ajuste con Murray.

Como la Delegatura no desarrolló el examen que ha debido hacer, **incurrió en falso raciocino al arribar a una conclusión diametralmente opuesta a lo que demostraba el memorando de entendimiento** frente a los medios de prueba que tenía disponibles. De hecho, de forma completamente errónea concluyó que, con su sola celebración, sin efectos vinculantes, se había producido una extralimitación funcional. Esta es una conclusión contraevidente al mismo memorando y contraria a las pruebas que obran en el expediente, como son la declaración del doctor Forero que intervino en su celebración y del contenido de Actas de la Junta Directiva que lo confirma.

En segundo lugar, como el análisis de la Delegatura estuvo alejado de todo el contexto que rodeó el denominado “Proyecto Murray”, en la sentencia ignoró por completo que el memorando de entendimiento, sus términos y condiciones, fueron informados oportunamente a la Junta Directiva de Carbosan, con el fin de que adoptaran las decisiones correspondientes. Tampoco revisó que consta en Actas de la Junta Directiva de Carbosan las deliberaciones realizadas durante el año 2016.

De nuevo: no tuvo en cuenta que la Junta Directiva de Carbosan ratificó, aprobó y dio instrucciones sobre el memorando de entendimiento, incluyendo decisiones de ajustes tarifarios para el “Proyecto Murray”. Por eso, la condena impuesta por la Delegatura no encuentra explicación alguna, cuando existen infinidad de pruebas que refutaban la supuesta extralimitación de funciones del doctor Mauricio Suárez.

Así, es claro que, a la luz de las pruebas disponibles en el expediente y conforme con la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial, se debió exonerar al doctor Mauricio Suárez. **Por lo tanto, solicito comedidamente al Tribunal revocar la desorbitada condena impuesta de forma injusta y arbitraria en contra del doctor Mauricio Suárez.**

4.14. Defecto procedimental por inaplicación de las consecuencias derivadas de la prosperidad de la objeción al juramento estimatorio (Art. 206 del CGP).

Como consecuencia natural de la desestimación de las pretensiones de la demanda, se le debe imponer a Carbosan la condena señalada en el artículo 206 del CGP. La demanda careció por completo de sustento jurídico y, además, producto de su propia incuria, Carbosan no demostró ninguno de los daños supuestamente sufridos al valerse de documentos sin valor probatorio y dictámenes periciales ilícitos. Esta conducta genera, entonces, que se deba imponer condena en contra de Carbosan por la prosperidad de la objeción al juramento estimatorio.

Según el artículo 206 del CGP, la falta de demostración de los perjuicios demandados genera la imposición de una multa. En este caso, la multa prevista en el artículo 206 del CGP es procedente y debe ser impuesta a Carbosan porque: i) no tuvo diligencia, pues la astronómica demanda que presentó se apoyó en unos exiguos “*informes de auditoria forense*” que carecían fuerza probatoria. Y ii) además, aportó un dictamen pericial de daños y perjuicios decretado de oficio en forma ilícita, luego de que el primero haya sido también excluido por falta de idoneidad del perito. **Es decir, en uno u otro caso, la incuria de Carbosan es manifiesta.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 206 del CGP, la falta de demostración de los perjuicios demandados por Carbosan tiene implicaciones económicas.

“Artículo 206 del CGP. (...) Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”

En este caso no se puede admitir que la condena no procede de forma automática. **Lo que se afirma es que la condena es procedente porque Carbosan presentó una demanda**

carente de sustento, por unas insólitas cifras de daños y perjuicios, sin que tuviera prueba alguna de los mismos. Tampoco se puede admitir que Carbosan haya emprendido actuaciones tendientes a probar sus afirmaciones, cuando para ello se apoyó en dictámenes periciales de daños y perjuicios ilícitos y carentes de idoneidad. **Todo esto implica que la sanción es procedente.** Por lo que **solicito** comedidamente al Tribunal modificar la sentencia e imponer a Carbosan la sanción contemplada en el artículo 206 del CGP, teniendo en cuenta el “*valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas*”.

5. Solicitudes.

Por todo lo expuesto, **solicito** comedidamente al Tribunal revocar las decisiones cuestionadas con el recurso de apelación interpuesto. En su lugar, **absolver por completo de tan injusta y exorbitada condena al doctor Mauricio Suárez Ramírez.** Además, **imponer una ejemplar condena a Carbosan con fundamento en el artículo 206 del CGP**, junto a la condena en costas de segunda instancia.

Atentamente,



Oscar Fernando Betancur García⁴⁰

C.C. No. 1.053.813.335

T.P. No. 273.966 del C. S. de la J

⁴⁰ Este memorial se presume auténtico conforme al Parágrafo Segundo del artículo 103 del CGP: “(...) **Parágrafo segundo. No obstante lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso.**” (Resaltado propio)

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LIZARAZO VACA RV: 002 2019 00407 07

| Sustentación de la apelación

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 22/07/2022 11:52

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LIZARAZO VACA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Sergio Londoño <slondono@dlapiperm.com>

Enviado: viernes, 22 de julio de 2022 11:40 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 08 Sala Civil Tribunal Superior - Bogota - Bogota D.C.

<des08ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.rpost.biz

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.rpost.biz>; des08ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.rpost.biz

<des08ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.rpost.biz>; Jose Miguel Mendoza <jmendoza@dlapiperm.com>; Oscar

Betancur <oscar.betancur@aab-estudiojuridico.com>

Asunto: 002 2019 00407 07 | Sustentación de la apelación

Bogotá D.C., 22 de julio de 2022

Señores

Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil

Magistrada Liana Aida Lizarazo Vaca

Proceso: 002-2019-00407-07

Demandante: Carbosan Ltda.

Demandado: Mauricio Suárez

Asunto: Sustentación de la apelación

Respetados señores:

Por medio del presente correo nos permitimos radicar la sustentación del recurso de apelación interpuesto por Carbosan Ltda. contra la sentencia de la Superintendencia de Sociedades. Por su peso, el memorial puede descargarse a través del siguiente [enlace](#).

Cordialmente,

Sergio Londoño-González

Director

T +57 1 3174720
slondono@dlapipermb.com

DLA Piper Martínez Beltrán
dlapipermb.com

Tribunal Superior de Bogotá | Sala Civil

Proceso n.º 002-2019-00407-07

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

en el proceso de

OPERADORA DE CARBÓN DE SANTA MARTA LTDA.

contra

MAURICIO SUÁREZ RAMÍREZ

22 de julio de 2022

Bogotá D.C., 22 de julio de 2022

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
Magistrada - Doctora Liana Aida Lizarazo Vaca

Número del proceso: 002-2019-00407-07

Demandante: Carbosan Ltda.

Demandados: Mauricio Suárez

Asunto: Sustentación del recurso de apelación

Respetados señores:

JOSÉ MIGUEL MENDOZA, identificado como aparece bajo mi firma, actuando en calidad de apoderado reconocido de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. (la “Compañía” o “Carbosan”), por medio de este escrito me permito someter a consideración del Despacho, en los términos del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades (la “Superintendencia”, la “Delegatura” o el “Delegado”) el 6 de octubre de 2021 (junto con su complementación, la “Sentencia”).

La presente sustentación se somete a consideración del honorable Tribunal oportunamente, de conformidad con el artículo 12 de la citada Ley 2213. Ciertamente, de conformidad con el auto del Despacho que se notificó el 11 de julio de 2022, hoy vence el término para sustentar el recurso de apelación interpuesto por Carbosan.

TABLA DE CONTENIDOS

Síntesis de la sustentación	7
I. Violaciones relacionadas con la contratación de OPL	8
A. Acerca de los hechos que sí resultaron probados en el proceso	9
1. Suárez recibió beneficios económicos irregulares gracias a Javier Prada	9
a. Suárez utilizó facturas de C.I. Pradaz para amortizar un crédito.....	9
b. Javier Prada participó en la estructuración de la operación simulada que le reportó un beneficio económico cuantioso a Suárez.....	16
2. Existe una relación estrecha entre Javier Prada y Mauricio Suárez	21
a. Cruces de correo revelan estrecha amistad entre Prada y Suárez.....	23
b. La colaboración de Prada con peritos demuestra su cercanía con Suárez	26
c. Varios testimonios sobre la imposición de OPL a Sánchez Polo sugieren cercanía entre Prada y Suárez	29
d. La complicidad entre Suárez y Prada en la estructuración de una operación simulada denota estrecha cercanía entre ellos.....	31
3. Suárez impulsó la celebración de un contrato con OPL, compañía vinculada a Prada	31
a. OPL, vinculada a Prada, sí hizo parte del contrato de transporte con Carbosan	32
b. Suárez orquestó la firma del contrato con OPL aunque no lo haya suscrito personalmente.....	34
4. Suárez no obtuvo autorización de ningún órgano social	43
B. Las conductas de Suárez contrarían el ordenamiento societario	44
1. Suárez violó restricciones estatutarias objetivas.....	44
2. Suárez violó su deber de cuidado	46
3. Suárez violó su deber de lealtad	49
a. Las prebendas económicas que recibió Suárez gracias a Prada nublan su juicio.....	50

b. La estrecha relación de amistad y complicidad con Prada nubló el juicio del demandado	53
c. La operación no contó con la autorización del máximo órgano social.....	57
C. Las conductas de Suárez causaron perjuicios a Carbosan	58
II. Violaciones asociadas a la instalación de sensores de peso	63
A. Acerca de los hechos que resultaron probados en el proceso	63
1. Suárez autorizó instalar sensores de peso y pagar por ellos a OPL	63
2. Suárez dio instrucciones para aumentar la tarifa de OPL por sensores	67
3. Carbosan continuó pagando por los sensores de peso a pesar de que no operaron	73
4. Suárez recibió beneficios económicos irregulares gracias a Javier Prada, con quien tiene una relación estrecha de amistad	79
5. Suárez no obtuvo autorización de ningún órgano social	79
B. Las conductas de Suárez contrariaron el ordenamiento societario	80
1. Suárez violó restricciones estatutarias objetivas.....	80
2. Suárez violó su deber de cuidado	82
a. El demandado no desvirtuó su culpa presunta.....	82
b. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez	84
3. Suárez violó su deber de lealtad	86
a. Las prebendas económicas que recibió Suárez gracias a Prada nublan su juicio.....	87
b. La estrecha relación de amistad y complicidad con Prada nubló el juicio del demandado	90
c. La operación no contó con la autorización del máximo órgano social.....	94
C. Las conductas de Suárez causaron perjuicios a Carbosan	95
III. Violaciones relacionadas con las sanciones de la ANLA	98
A. Acerca de los hechos que resultaron probados en el proceso	98
1. La ANLA efectuó múltiples visitas y formuló requerimientos a Carbosan ...	98
2. Suárez sabía de las visitas, hallazgos y requerimientos de la ANLA	103

3. Las desviaciones del Plan de Manejo Ambiental son imputables a Suárez..	111
a. Suárez decidió usar vehículos prohibidos en el Plan de Manejo Ambiental	111
a. Suárez omitió adoptar medidas para impedir el uso de volquetas.....	121
b. Suárez decidió no adoptar medidas para mitigar las desviaciones	125
4. Suárez ocultó a la junta directiva la crisis ambiental.....	128
B. Las conductas de Suárez contrariaron el ordenamiento societario	133
1. Suárez violó el régimen jurídico aplicable	134
2. Suárez violó su deber de cuidado	136
a. El demandado no desvirtuó su culpa presunta.....	136
b. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por omisiones negligentes.....	138
c. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por falencias en la supervisión de subordinados.....	140
3. Suárez violó sus deberes de lealtad y buena fe	141
C. Las conductas de Suárez causaron perjuicios a Carbosan	144
IV. Violaciones en el contexto del Proyecto Murray.....	147
A. Acerca de los hechos que resultaron probados en el proceso	147
1. Suárez pactó las condiciones del Proyecto Murray sin contar con autorización de la junta directiva	148
2. Suárez suministró a la junta información incompleta, distorsionada y abiertamente falsa sobre el Proyecto	149
a. Suárez mintió acerca de la existencia de licencias de la DIMAR para transporte en barcazas.....	150
b. Suárez mintió a la junta directiva sobre la posibilidad de que CNR utilizara el puerto de Drummond.....	154
c. Suárez indujo a error a la junta acerca del alcance del Decreto 3083	157
d. Suárez engañó a la junta acerca del valor del flete marítimo de ETE	158
e. Suárez suministró a la junta directiva proyecciones imprecisas de fletes marítimos	160

f. Suárez suministró a la junta directiva proyecciones imprecisas sobre costo de maquinaria de descargue	162
g. Suárez ocultó proyecciones financieras desfavorables sobre el Proyecto	163
3. Suárez dilató la invitación de para seleccionar a transportadores y en el entretanto promovió activamente la contratación de OPL.....	164
B. Las conductas de Suárez contrarían el ordenamiento societario	167
1. Suárez violó disposiciones estatutarias.....	168
2. Suárez violó sus deberes de lealtad y buena fe	170
a. Deslealtad en el suministro de información distorsionada y falsa.....	170
b. Deslealtad asociada al favorecimiento de OPL	173
3. Suárez violó su deber de cuidado	178
a. El demandado no desvirtuó su culpa presunta.....	179
b. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por omisiones descuidadas	181
c. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por tomar decisiones desinformadas.....	182
d. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por falencias en la supervisión de subordinados.....	184
C. Las conductas de Suárez causaron perjuicios a Carbosan	185
V. Violaciones en la contratación de servicios de vigilancia	189
A. Acerca de los hechos que resultaron probados en el proceso	190
1. Mientras Suárez fue representante legal de Carbosan se realizaron pagos por concepto de servicios de seguridad	190
2. Ningún órgano social autorizó la celebración de los referidos contratos ni la realización de los pagos correspondientes	191
B. Las conductas de Suárez contrarían el ordenamiento societario	192
VI. Conclusiones	193
VII. Petición.....	198

SÍNTESIS DE LA SUSTENTACIÓN

A continuación, se presenta un resumen de las razones por las cuales es evidente, en nuestro criterio, que la Superintendencia incurrió en múltiples errores fácticos, jurídicos y probatorios que la llevaron a la equivocada conclusión según la cual el demandado no violó, en lo aplicable, (i) disposiciones legales y estatutarias, (ii) su deber de cuidado, y (iii) su deber de lealtad y buena fe en varios de los contextos que se plantearon en la Demanda presentada por Carbosan (la “Demanda”). Concretamente, cabe destacar lo siguiente:

1. La Delegatura pasó por alto, o valoró inadecuadamente, numerosas pruebas que confirman que Mauricio Suárez propició, sin autorización de los órganos sociales, la celebración de un contrato de cargue y transporte de carbón entre Carbosan y OPL, compañía vinculada a Javier Prada, de quien el demandado recibió beneficios económicos cuantiosos y con quien mantenía una estrecha relación de amistad, de complicidad y comercial. Estas conductas—además de violar restricciones estatutarias y contrariar los deberes de cuidado y lealtad a cargo del demandado—causaron perjuicios a la Compañía en una suma equivalente a \$13.752.626.866.
2. La Superintendencia también pasó por alto que en el transcurso del proceso se logró demostrar a cabalidad que Mauricio Suárez autorizó cuantiosos pagos a favor de OPL por concepto de instalación y operación de sensores de peso, y posteriormente incrementó la tarifa por petición de Javier Prada, a pesar de que el referido sistema no operó ni fue autorizado por los órganos sociales. Estas conductas violan restricciones estatutarias, infringen los deberes de cuidado y lealtad a cargo del demandado y causaron perjuicios a la Compañía en una suma equivalente a \$1.796.120.469.
3. Contrario a lo concluido por el Delegado, las pruebas que obran en el expediente confirman, sin lugar a duda, que Mauricio Suárez estuvo siempre al tanto de múltiples visitas de la ANLA en las que se formularon requerimientos por desviaciones al Plan de Manejo Ambiental imputables a sus propias acciones y omisiones. A lo sumo, habría debido estar al tanto. No obstante, el demandado ocultó a la junta directiva una crisis ambiental que desembocó en la suspensión temporal de actividades de Carbosan. Estas

conductas, además de violar directamente la ley, son contrarias a los deberes de cuidado, lealtad y buena fe a cargo de los administradores sociales y causaron perjuicios a la Compañía en una suma equivalente a \$1.115.598.043.

4. La Superintendencia no se pronunció sobre el hecho de que Mauricio Suárez se haya valido de datos incompletos, distorsionados y abiertamente falsos para presentar a la junta directiva un acuerdo con CNR—que ya había suscrito y comenzado a ejecutar sin la más elemental información básica para determinar su viabilidad y conveniencia—para transportar carbón en barcazas. Las conductas de Suárez en el contexto del Proyecto Murray no solo violaron abiertamente los estatutos, como lo reconoció la Superintendencia, sino que también constituyeron infracciones a sus deberes de cuidado, lealtad y buena fe. Estas infracciones ocasionaron perjuicios a la Compañía en una suma equivalente a \$14.458.849.245, más del doble de lo reconocido por la Delegatura.
5. Las pruebas que obran en el expediente confirman que, mientras Mauricio Suárez ocupó el cargo de representante legal, la Compañía realizó pagos a varias sociedades por concepto de prestación de servicios de seguridad, a pesar de que ningún órgano social aprobó la celebración de esos negocios ni la realización de dichos pagos en exceso de las cuantías fijadas en los estatutos. Estas conductas, por tanto, constituyen una clara extralimitación de las funciones estatutariamente asignadas a Suárez.

I. VIOLACIONES RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN DE OPL

En este capítulo se expondrá que—contrario a lo resuelto por la Superintendencia—en el proceso quedó plenamente demostrado que Mauricio Suárez propició, sin la autorización requerida de los órganos sociales, la celebración de un contrato de cargue y transporte de carbón entre Carbosan, Transportes Sánchez Polo S.A. (“Sánchez Polo”) y Operadores Logísticos de Carga S.A.S. (en conjunto con OPL Logística S.A.S. “OPL”), compañía vinculada a Javier Prada, con quien el demandado mantenía estrecha relación de amistad y gracias a quién recibió cuantiosos beneficios económicos (A). Estas conductas, además de constituir una clara extralimitación de funciones, son contrarias a los deberes de cuidado y lealtad a cargo de los administradores sociales (B) y causaron perjuicios probados a Carbosan (C).

A. Acerca de los hechos que sí resultaron probados en el proceso

En esta sección se explicará que las pruebas disponibles en el expediente confirman—a diferencia de lo concluido por la Superintendencia a partir de una pobrísima valoración probatoria—que Mauricio Suárez recibió beneficios económicos irregulares gracias a Javier Prada y CI Pradaz (1), que entre el demandado y Javier Prada existía una relación de amistad estrecha (2), que Suárez propició activamente la celebración de un contrato entre Carbosan y OPL, compañía vinculada a Prada (3) y que para la celebración del referido contrato no se contó con la autorización de la junta directiva ni de la junta de socios (4).

1. Suárez recibió beneficios económicos irregulares gracias a Javier Prada

Las pruebas del expediente confirman una realidad elemental que la Superintendencia ni siquiera valoró: Mauricio Suárez obtuvo un cuantioso beneficio económico gracias a Javier Prada. A continuación, se explicará detalladamente que Suárez se valió de facturas irregularmente emitidas por C.I. Pradaz para, a través del esquema de compensación flexible, reducir en más de \$400 millones un crédito a cargo suyo y a favor de SPSM (a). Adicionalmente, es claro que Javier Prada fue quien facilitó la estructuración de esa operación simulada que le reportó una cuantiosa prebenda económica a Suárez (b). Todo lo anterior no fue tomado en consideración por la Delegatura. De haberse valorado, el resultado de la Sentencia habría sido otro por completo.

a. Suárez utilizó facturas de C.I. Pradaz para amortizar un crédito

Durante el proceso se comprobó que el señor Suárez presentó las facturas n.º 1074 y 1182, emitidas por C.I. Pradaz Ltda. (“C.I. Pradaz”) a SPSM en el contexto del esquema de compensación flexible. La compañía giró posteriormente dos cheques a favor de C.I. Pradaz, por un valor total de \$400.390.443, a efectos de pagar los montos reflejados en las facturas. Finalmente, se registraron pagos realizados por Mauricio Suárez a favor de SPSM para amortizar su deuda con la Compañía, por el mismo valor y mediante el registro de estos dos cheques, según puede apreciarse en la siguiente tabla:

Tabla n.º 1
Cruce de cheques
SPSM, C.I. Pradaz Ltda. y Mauricio Suárez¹

Fecha	Origen	Destino	Medio de pago	Valor
26-Nov-15	SPSM	C.I. Pradaz	Cheque n.º 331871	\$ 121.872.800
27-Nov-15	Mauricio Suárez	SPSM	Cheque n.º 331871	\$ 121.872.800
3-May-16	SPSM	C.I. Pradaz	Cheque n.º 332107	\$ 278.517.643
4-May-16	Mauricio Suárez	SPSM	Cheque n.º 332107	\$ 278.517.643

Los pormenores de estas operaciones fueron identificados y descritos extensamente por Kroll Associates Colombia S.A.S. (“Kroll”) en su informe, así:²

¹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 21

² Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3, pp. 69 y 71

Kroll observó que el pago que supuestamente hace la SPSM al proveedor, se realiza con el cheque de Bancolombia No. 331871 expedido a la orden de C.I. Pradaz Ltda, el día 26 de noviembre 2015, por valor de COP \$121.872.800.

Kroll identificó el formato de transacción de Bancolombia No. 02238575, en el cual se hace constar un depósito realizado el día 27 de noviembre de 2015 a favor de la SPSM, en su cuenta de ahorros. El valor del depósito es por \$121.872.800 realizado mediante cheque.

Kroll observó que el pago que supuestamente hace la SPSM al proveedor, se realiza con el cheque de Bancolombia No. 332107 expedido a la orden de C.I. Pradaz Ltda, el día 3 de mayo de 2016, por valor de COP \$278,517,643

Kroll identificó el formato de transacción de Bancolombia No. 022229254, en el cual se hace constar un depósito realizado el día 4 de mayo de 2016 a favor de la SPSM, en su cuenta de ahorros. El valor del depósito es por \$278,517,643 realizado mediante cheque No. 332107.

Es de particular relevancia advertir que los anteriores hallazgos de Kroll fueron expresamente confirmados en el dictamen IE-2020-333, elaborado por uno de los peritos designados por el propio Mauricio Suárez. La única salvedad que agrega el perito José Jesús Guevara es reveladora y tiene que ver con que C.I. Pradaz jamás recibió los aludidos cheques. Según se lee en el dictamen de la demandada:³

Las anteriores imágenes permiten evidenciar que el originador de los cheques utilizados para abonar a las operaciones de crédito es el mismo **SPSM, es decir el originador es el mismo beneficiario que para el efecto es SPSM, tal como lo había manifestado Kroll en su informe**; sin embargo, como se puede observar el tercero CI Pradaz Ltda certifica, a través de su Revisor Fiscal, que **no recibió los citados cheques.**

³ Cfr. radicado n.º 2020-01-647491, Anexo AAA, Informe IE-2020-333, p. 47

En igual sentido, en la audiencia de contradicción del dictamen rendido por la parte demandada, el perito José Jesús Guevara confirmó la naturaleza de la operación en comento y confirmó que los cheques girados a favor de C.I. Pradaz fueron luego utilizados para cruzar un pasivo a cargo de Mauricio Suárez, así:

Declaración del perito José Jesús Guevara

Pregunta: ¿Entonces entiendo que de SPSM sale un cheque a CI Pradaz y luego ese cheque de CI Pradaz se utiliza para cruzar un pasivo a favor de Mauricio Suárez?

Respuesta: **Sí, efectivamente.** Porque así habitualmente lo maneja SPSM con el tema de... O sea, cuando se hace el manejo de compensación flexible, y es importante aclararlo, es cuando, por ejemplo, **los empleados pasan las facturas y esas facturas efectivamente se compensan.** Primero lo registra como una cuenta por pagar funcionario. Se hace una legalización y con base en esa factura se cancela ese valor.

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (2:11:05 a 2:11:42)

Esta descripción que expuso el perito designado por Suárez guarda plena consistencia con la explicación que formuló el director Carlos José López en el transcurso de su testimonio, tal y como se aprecia en la siguiente transcripción:

Testimonio de Carlos José López

Respuesta: El señor Suárez, conjuntamente con el señor Javier Prada [...] habían simulado una transacción entre Sociedad Portuaria de Santa Marta y C.I. Pradaz, una compañía de la cual el señor Javier Prada era accionista y era a la vez representante legal [...] en la que **presuntamente C.I. Pradaz había prestado un servicio al señor Suárez** de transporte interno. Y con esa factura del señor Suárez, que cobró CI Pradaz... **Con ese cheque que cobra CI Pradaz, el señor Suárez abona \$400 millones a un crédito** que le había otorgado Sociedad Portuaria de Santa Marta. Es un asunto que en principio compete a la Sociedad Portuaria de Santa Marta, no a Carbosan, pero a nosotros en la junta directiva de Carbosan, nos evidenció un conflicto de intereses. Es decir, el señor Suárez aparentemente contrata el servicio de una compañía de la cual es propietario y representante legal el propietario y representante legal de OPL, contratista a su vez de Carbosan.

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (1:04:39 a 1:06:25)

Tan simulada fue la operación descrita que no hay prueba alguna de que los servicios de transporte efectivamente se hubieran prestado y, por el contrario, está acreditado que C.I. Pradaz **no recibió ni exigió pago alguno por ellos**.

En verdad, en la Demanda se planteó una negación indefinida—relativa a la inexistencia de los servicios de transporte—que la parte demandada no logró desvirtuar en el transcurso del proceso. De hecho, cabe señalar que el dictamen pericial IE-2020-333, rendido por José Jesús Guevara, tuvo justamente por objeto “refutar los planteamientos sobre la supuesta apropiación indebida de recursos sociales y **pagos por servicios inexistentes atribuidos al Dr. Suárez**” (se resalta).⁴

⁴ Cfr. radicado n.º 2020-01-647491, Anexo AAA, Informe IE-2020-333, p. 8

No obstante, una lectura cuidadosa del referido informe permite apreciar que en él nada se dice acerca de la efectiva prestación de los aludidos servicios de transporte interno. El dictamen confirma que las facturas en comento dieron lugar al giro de dos cheques y posterior amortización de un pasivo a cargo de Suárez, pero nada señala en relación con la efectiva prestación de los servicios de transporte interno a que aluden esas facturas.

Por si lo anterior fuera poco, el carácter simulado de la referida operación de transporte interno la confirma también el hecho de que C.I. Pradaz reconozca no haber recibido jamás el pago de las sumas adeudadas a través de los cheques identificados por Kroll, según se lee en la siguiente certificación de su contador, elaborada por solicitud del perito designado por Suárez y que obra en su dictamen:⁵

Barranquilla, diciembre 17 de 2020

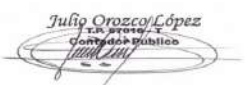
Doctor;
JOSE JESUS GUEVARA ESPINEL
INVESTIGACIONES ESTRATEGICAS & ASOCIADOS S.A.S,
PERITO CONTABLE

JULIO CESAR OROZCO LOPEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No **5.073.729** De pueblo viejo magdalena y con domicilio en la carrera 34 No 57B-19, de la ciudad de Soledad (Atlántico), en calidad de contador público de la sociedad **LOGISTICA E INVERSIONES MC SAS**, identificada con el Nit **802.019.629-5**, como consta en el registro único tributario de la dirección de impuestos y aduanas nacionales, Llamada antes, **CI PRADAZ LTDA** y luego **PRADA INVEST SAS**, certifica bajo la gravedad de juramento, que **la sociedad CI PRADAZ LTDA, nunca se recibió en las cuentas de ahorro y corrientes de la sociedad** o en ninguna otra cuenta de ahorro o corriente de otra Sociedad por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA DE SANTA MARTA S.A.** como tampoco de la sociedad **OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA (CARBOSAN LTDA)**.

Los Cheque de Bancolombia No 331871 por \$ **121.872.800** el 26 de noviembre de 2015. Y el - Cheque de Bancolombia No 332107 por \$ **278.517.643** el 3 de mayo de 2016 nunca fueron recibidos por la Sociedad **C.I PRADAZ LTDA** y que **en los libros de contabilidad no existen ningún registro contable correspondiente a estos títulos valores.**

Expido esta certificación a los 17 días del mes de diciembre de 2020.

Firma



Julio Orozco López
C. Contador Público

⁵

Cfr. radicado n.º 2020-01-647491, Anexo AAA, Informe IE-2020-333

En línea con lo anterior, el testigo Ernesto Forero, antiguo vicepresidente jurídico y actual miembro de junta directiva de SPSM, manifestó no estar al tanto de ninguna acción o reclamación de C.I. Pradaz orientada a exigir el pago de las sumas consignadas en las referidas facturas:

Testimonio de Ernesto Forero

Pregunta: Quiero saber si, en su calidad de vicepresidente jurídico de Sociedad Portuaria de Santa Marta, usted tuvo conocimiento de alguna acción judicial iniciada por C.I. Pradaz para cobrar sumas adeudadas por la Sociedad Portuaria de Santa Marta.

Respuesta: No. A ver, como vicepresidente jurídico, no.

Pregunta: ¿Y ahora que ocupa el cargo de miembro de la junta directiva de Sociedad Portuaria? [...]

Respuesta: No. Que yo recuerde, no.

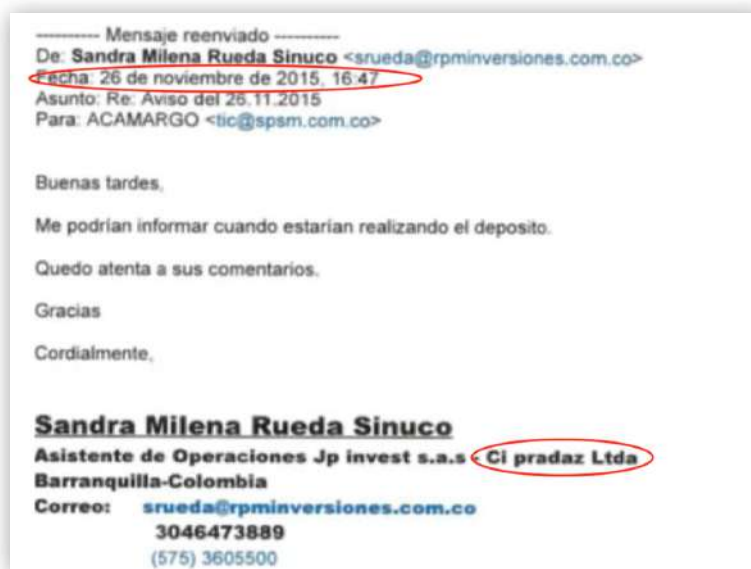
Audiencia del 10 de febrero de 2021 (6:03:43 a 6:05:00)

¿Por qué no habría cobrado C.I. Pradaz los \$400 millones por concepto de los servicios de transporte que supuestamente prestó? La anómala situación que acaba de describirse solo encuentra explicación en el hecho de que Javier Prada, a través de C.I. Pradaz, habría accedido a estructurar con Suárez una operación ficticia, a través de facturas por concepto de servicios no prestados, para que el demandado accediera a un beneficio económico de más de \$400 millones. Fue gracias a Javier Prada, según se detalla a continuación, que el demandado obtuvo la referida prebenda económica.

b. Javier Prada participó en la estructuración de la operación simulada que le reportó un beneficio económico cuantioso a Suárez

A pesar de que el señor Prada invocó su derecho a no inculparse cada vez que se le formularon preguntas acerca de la operación que involucró a C.I. Pradaz, compañía que él controla,⁶ lo cierto es que varias pruebas documentales develan su participación en la maniobra que le reportó un cuantioso beneficio económico a Mauricio Suárez. En verdad, en el expediente obra una cadena de correos reveladora, correspondiente a comunicaciones cruzadas en la que se detalla el alcance de la operación simulada y se puede constatar que Javier Prada participó en ella. A continuación, se presenta una síntesis del contenido de la referida cadena, que no fue valorada por la Superintendencia:⁷

1. El 26 de noviembre de 2015, mismo día en que se giró el primero de los cheques, correspondientes a la primera factura, la asistente de operaciones de C.I. Pradaz envía un correo a SPSM en el que indaga sobre el momento en que se realizará el pago:



⁶ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 18. Cfr., así mismo, declaración de Javier Prada.

⁷ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3, pp. 114-116 del anexo

2. El 1º de diciembre de 2015 Jimmy Bolaño le informa a Suárez que la asistente de C.I. Pradaz, “la empresa que **facilitó** la factura para lo de CF”, ha indagado acerca del pago, a pesar de que el cheque que giró SPSM para tal efecto se usó para abonar al préstamo a cargo del demandado. Es de particular relevancia que, en los intercambios entre Bolaño y Suárez, se habla con naturalidad acerca del carácter simulado de la operación. El auditor le recuerda a Suárez que el cheque originado en SPSM se giró “**como si** se estuviera pagando la factura al proveedor” y le pregunta al señor Suárez si Javier Prada y CI Pradaz no estaban al tanto de la maniobra que fraguaron:

Jimmy Bolaño <jbolano@spsm.com.co>
Para: Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>
1 de diciembre de 2015, 16:31

Mauricio,
De Rpm Inversiones, (la empresa que facilitó la factura para lo de CF) una señora Sandra Rueda está preguntando que cuándo se les va a hacer el pago. En Spsm se hizo un cheque el viernes (como si se estuviera pagando la factura al proveedor), pero ahí mismo se consignó a Spsm (para abonar al préstamo). Ellos no tenían claro cómo se iba a hacer la transacción?

3. El mismo 1º de diciembre de 2015, un minuto después de haber recibido el correo de Jimmy Bolaño, Mauricio Suárez lo reenvía a Javier Prada y le solicita su colaboración con el asunto, lo que confirma que el señor Prada estaría involucrado en el entramado de simulación y bien al tanto de la situación:

----- Mensaje reenviado -----
De: "Mauricio Suarez" <msuarez@spsm.com.co>
Fecha: 1/12/2015 16:32
Asunto: Fwd: Reclaman pago de RPM inversiones
Para: "Javier Enrique Prada Sanchez" <jprada@oplcarga.com.co>
Cc:
Tu colaboración, por favor

4. Tras adelantar indagaciones internas e informarles a sus subalternos que “ese dinero no va a entrar”, Javier Prada le reenvía, al día siguiente, esas comunicaciones internas a Mauricio Suárez y le manifiesta que su entendimiento

había sido que C.I Pradaz recibiría el pago de SPSM y luego le transferiría los recursos a Suárez:

El 2 de diciembre de 2015, 9:32, Javier Enrique Prada Sanchez <jprada@opicarga.com.co> escribió:

Solo fue 1 día mi niña no sabía pensábamos que nos pagaban a nosotros y nosotros a ti y así cerrar una venta con el ingreso del dinero y contablemente quedar cruzados.

5. En su respuesta, enviada minutos después, Mauricio Suárez le recuerda a Prada que, como le había “explicado en la casa”, el pago a C.I. Pradaz era apenas simulado o “en papeles”, pues los recursos se usarían para el pago del crédito que le otorgó SPSM para su vivienda:⁸

El 2/12/2015 9:40, "Mauricio Suarez" <msuarez@spsm.com.co> escribió:

pero como lo hicieron te queda bien ? Pq el ingreso del dinero era solo en papeles, porque igual lo teníamos que devolver para el tema del pago por cuenta de terceros para la casa Como te lo explique en la casa Gracias,

6. Prada le manifiesta luego a Suárez que ya miraría cómo darle manejo al tema en CI Pradaz, y le da un parte de tranquilidad, lo que confirma que estaba involucrado en la maniobra para beneficiar económicamente al demandado:

Re: Re: Reclaman pago de RPM inversiones

1 mensaje

Javier Enrique Prada Sanchez <jprada@opicarga.com.co>
Para: Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>

2 de diciembre de 2015, 9:58

Ahora veo que hago tranquilo

⁸ Según lo explicó Ernesto Forero en su testimonio: “Recuerdo que el **objeto principal del crédito era para obtener una vivienda... Para construir la vivienda de Mauricio Suárez.** Y recuerdo que la solicitud que él había hecho era que le permitieran pagar directamente a los proveedores”. Cfr. audiencia del 10 de febrero de 2021 (5:18:44 a 5:19:03). Los impresentables correos entre Prada y Suárez confirman que entre ellos se fraguó una estructura fraudulenta para desviarse de la autorización de la Junta y simular un pago a proveedores por más de \$400 millones.

7. Tan evidente es lo anterior, que casi una hora antes Prada había ya informado internamente en CI Pradaz que los dineros que se habían reflejado en las facturas “no iban a entrar” y, por lo tanto, le solicita a sus subalternos abstenerse de llamar a SPSM para indagar sobre el particular:

El 2 de diciembre de 2015, 9:02 a. m., Javier Enrique Prada Sanchez<jprada@opicarga.com.co> escribió:
Por favor no llamen mas al puerto ese dinero no va a entrar.

No cabe duda, pues, de que Javier Prada participó activamente en la estructuración de una operación por virtud de la cual Mauricio Suárez pudo amortizar cuantiosas sumas del crédito que le había otorgado SPSM. Por si todo lo anterior fuera poco, otra cadena de correos en la que participaron Suárez, Prada y Jimmy Bolaños entre abril y mayo de 2016 demuestra que el mismo esquema se concertó respecto de la segunda factura, por un monto de \$278.517.643:⁹

⁹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3, pp. 120-121 del anexo

Re: Factura de transporte

1 mensaje

KEITH MILENA LOZADA BENAVIDES <klozada@pinvest.co>

28 de abril de 2016, 17:14

Para: Jimmy Bolaño <jbolano@spsm.com.co>

Cc: JAVIER ENRIQUE PRADA SANCHEZ <jprada@pinvest.co>, Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>

El 18 de abril de 2016, 18:21, Jimmy Bolaño <jbolano@spsm.com.co> escribió:

Señores,

Por instrucción de Mauricio Suárez les solicito el favor expedir factura por valor de \$284.201.577 con el concepto de transporte. Esta factura debe emitirse a nombre de Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta SA, identificada con Nit 800.187.234-1, cuya dirección es física es Cra. 1 No. 10A-12, en la ciudad de Santa Marta.

—

Cordialmente,

CP Jimmy Jay Bolaño Tarrá

Auditor Corporativo

Puerto de Santa Marta S.A.

El 28 de abril de 2016, 17:06, Jimmy Bolaño <jbolano@spsm.com.co> escribió:

Les pido por favor nos colaboren con la expedición de la factura que les fue solicitada a comienzos de la semana anterior. Agradezco su pronta colaboración.

Re: Factura de transporte

1 mensaje

KEITH MILENA LOZADA BENAVIDES <klozada@pinvest.co>

28 de abril de 2016, 17:14

Para: Jimmy Bolaño <jbolano@spsm.com.co>

Cc: JAVIER ENRIQUE PRADA SANCHEZ <jprada@pinvest.co>, Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>

Buenas tardes, esta fue enviada el día 20 de Abril por Servientrega.

Pago a CI Pradaz Ltda

1 mensaje

Jimmy Bolaño <jbolano@spsm.com.co>

2 de mayo de 2016, 11:57

Para: Liceth Arango <larango@spsm.com.co>, Zaida Ortega <zortega@spsm.com.co>

CC: Cindy Linero <clinero@spsm.com.co>

Señoras,

Por favor proceder con el pago a CI Pradaz Ltda, de la misma manera que se realizó en diciembre de 2015. Es decir, realizar cheque para luego consignar en SPSM.

—

Cordialmente,

CP Jimmy Jay Bolaño Tarrá

Auditor Corporativo

Puerto de Santa Marta S.A.

Así las cosas, pues, resulta evidente que Javier Prada participó activamente y facilitó—a través de C.I. Pradaz, compañía que controla—la celebración de una operación simulada gracias a la cual Mauricio Suárez obtuvo una cuantiosa prebenda

económica, consistente en disminuir, en más de \$400 millones, un pasivo que había contraído con SPSM para la construcción de su vivienda. Causa franca perplejidad que la Superintendencia haya pasado olímpicamente por alto las anteriores circunstancias, únicamente con el escueto argumento según el cual se trataría de una situación que no ha sido corroborada por alguna autoridad judicial. ¿Acaso no es la Superintendencia una autoridad judicial? ¿Acaso los hechos en comento no se le pusieron de presente para demostrar la existencia de un conflicto? La Superintendencia de Sociedades habría debido—pero no lo hizo—valorar los hechos advertidos en lugar de sustraerse injustificadamente de su análisis.

Por si todo lo anterior fuera poco, según se verá a continuación, Prada no solo facilitó una operación irregular que le reportó un claro beneficio económico a Mauricio Suárez, sino que también mantenía con el demandado una estrecha relación de amistad que no fue valorada adecuadamente por la Superintendencia en la Sentencia.

2. Existe una relación estrecha entre Javier Prada y Mauricio Suárez

En este punto debe advertirse que Prada y Suárez mantenían una estrecha relación de amistad que iba mucho más allá de simples relaciones comerciales. En verdad, en el expediente obran múltiples los indicios de esta relación estrecha, según se resumen a continuación para luego ahondar en cada uno de ellos:

- a. Existen cruces de correo que confirman un viaje conjunto en el que habrían participado Javier Prada y Mauricio Suárez a Cartagena, en el que por lo demás se organizó un fin de semana de paseo en bote. Esto está lejos de constituir un comportamiento propio de simples relaciones comerciales y la Superintendencia omitió valorarlo.
- b. Otro cruce de correos da cuenta de la participación de Prada en la preparación de un viaje del demandado a Costa Rica. Prada pone en contacto a Suárez— a quien se refiere como su “gran amigo y socio”—con un familiar suyo, Sergio Prada. El representante legal y accionista de OPL le solicita a su pariente hacer “todo lo que se pueda para ayudar a este *gran amigo*” y lo exhorta a acompañarlo en el “plan de pesca” que ha organizado para él. La Superintendencia erradamente valoró estas manifestaciones, aisladamente de las demás pruebas, para concluir que se trataban de expresiones coloquiales

y habituales entre quienes no tienen relaciones de amistad. No tuvo en cuenta la Superintendencia, por ejemplo, que un simple contacto comercial difícilmente conoce con tanta profundidad los pormenores, horarios, planes y hospedajes de Suárez en su viaje a Costa Rica.

- c. Un tercer cruce de correos da cuenta de reuniones privadas entre Suárez y Prada en la casa de alguno de ellos para discutir asuntos ajenos a la operación entre Carbosan y OPL y relativos a una operación simulada que involucraría a C.I. Pradaz y SPSM. Esto desborda los comportamientos que son propios de una simple relación comercial habitual y la Superintendencia no las valoró en lo absoluto.
- d. OPL, justamente, accedió a suministrar copiosa información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligado a ello. Los peritos de Mauricio Suárez acudieron, precisamente, a OPL—y no a Sánchez Polo o a CNR, por ejemplo—para obtener ciertos datos que servirían para la elaboración de su experticia. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales. Esto confirma la existencia de estrechos lazos entre Prada y Suárez que trascienden las habituales relaciones comerciales y, de nuevo, no fue valorado por la Superintendencia.
- e. Funcionarios de OPL accedieron a celebrar reuniones privadas con los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligados a ello. Los peritos de Mauricio Suárez se reunieron, precisamente con OPL—y no con otros actores, como Sánchez Polo, Sedico o CNR, por ejemplo—para la elaboración de su experticia. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales. Esto confirma la existencia de estrechos lazos entre Prada y Suárez que trascienden las habituales relaciones comerciales y la Superintendencia en lo absoluto lo consideró durante su ejercicio de superficial valoración.
- f. C.I. Pradaz accedió a suministrar información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligada a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales. Esto confirma

la existencia de estrechos lazos entre Prada y Suárez que trascienden las habituales relaciones comerciales y, de nuevo, fue pasado por alto en la Sentencia.

- g. Julián Palacio aseguró que Alberto Polo, funcionario de Sánchez Polo, le manifestó que la asociación con OPL les fue impuesta por Carbosan. Este tipo de comportamientos no son típicos de una simple relación comercial.
- h. Javier Morelli aseguró que, en un contexto completamente diferente al descrito por el señor Palacio, Reynaldo Franco, otro funcionario de Sánchez Polo, le manifestó que la asociación con OPL les había sido impuesta desde Carbosan. Este tipo de comportamientos no son típicos de una simple relación comercial.
- i. Según se describió en detalle en la subsección anterior, Javier Prada fraguó una operación simulada con Mauricio Suárez y accedió a expedir facturas por servicios que C.I. Pradaz jamás habría prestado ni cobrado, para que el demandado pudiese acceder a un beneficio económico significativo. Esto denota un elevadísimo grado de cercanía y complicidad que a todas luces desbordan las interacciones que se producen en el marco de relaciones comerciales habituales. La Superintendencia se abstuvo de valorar esta situación.

a. Cruces de correo revelan estrecha amistad entre Prada y Suárez

Para comenzar, debe advertirse que en el expediente obran una multiplicidad de pruebas documentales que confirman la estrecha relación de amistad que existe entre Javier Prada—representante legal y accionista de OPL—y el demandado Así, por ejemplo, cabe destacar un intercambio revelador de correos en 2013 que da cuenta de un viaje a Cartagena que ambos coordinaron y sobre el cual la Superintendencia omitió siquiera pronunciarse. Según puede leerse en el siguiente extracto, además de que Suárez le anticipa a Prada que le consignará lo correspondiente a la casa de Cartagena, el correo da cuenta de un paseo en bote que habrían organizado para el fin de semana del viaje. Dificilmente puede sostenerse

que este tipo de comportamientos son propios de una simple relación comercial cualquiera.¹⁰

De: Javier Prada Sánchez [mailto:jprada@oplcarga.com.co]
Enviado el: viernes, 25 de enero de 2013 09:28 a.m.
Para: Mauricio Suarez
CC: Puerto martin; Kenuevo
Asunto: Re: bote ctgna

Keirh favor enviar cuenta.

El bote serian 2 salidas?

Responder a: jprada@oplcarga.com.co

From: Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>
Date: Fri, 25 Jan 2013 09:15:12 -0500
To: <jprada@oplcarga.com.co>
Cc: Martin Delgado<mdelgado@spsm.com.co>
Subject: Re: bote ctgna

Ok.... Te consigno lo de la casa y alla pagamos con tarjeta para no meterme en el rollo de tener que cobrarle a los demas.... Sobre la casa te la consigno y por fa mandame los datos a donde... Sobre el bote seria sabado 1 y domingo 2 un rato am... Un abrazo,

Por si lo anterior fuera poco, otro cruce de correos entre Suárez y Prada, ocurrido en agosto de 2014, demuestra la participación de Prada en la preparación de un viaje del demandado—su “gran amigo y socio”—a Costa Rica, lo que incluyó la coordinación de su recogida en el aeropuerto, un paseo de pesca en yate y la travesía desde San José a La Fortuna. En la comunicación que a continuación se transcribe, Prada pone en contacto a Suárez—a quien se refiere como su **“amigo y socio”**—con familiares suyos, Sergio Prada e Isabel de Prada, y les solicita hacer **“todo lo que se pueda para ayudar a este gran amigo”**. En igual sentido, Javier Prada exhorta a su pariente a acompañar a Suárez al “plan de pesca” que ha coordinado. De nuevo, el siguiente intercambio evoca una relación mucho más estrecha que la de simple cercanía comercial:¹¹

¹⁰ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3 (p. 7)

¹¹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3, p. 7 del anexo.

Javier Enrique Prada Sanchez <jprada@oplcarga.com.co>

2 de agosto de 2014, 11:55

Para: Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>, Isa <isabeldeprada@hotmail.com>, Sergiopradacelnuevo <sprada@grupobandas.com>

Hola a todos, isa gracias ya mao el reservo en la fortuna gracias amor.

Viejo sergio te presento al amigo y socio Mauricio Suarez ya te he hablado de el y estoy listo para su viaje a costa rica por fa de antemano hno todo lo que se pueda ayudar a este gran amigo se re agradecerá.

El plan es llegada a san jose miércoles 6 recogida y llevada a hotel marriot los sueños, salida yate jueves pesca, viernes tipo 10 u 11 (sergio ayuda cual será mejor hora) traslado a la fortuna al hotel Springs y luego domingo (depende hora partida a col recogida) traslado a san jose .

Viejo sergio como se que andas super ocupado ojalá puedas ir plan ss pesca no te pierdas de conocer este gran personaje hay que aprender le mucho .

jprada

Cabe destacar, por lo demás, que el correo demuestra el profundo conocimiento que tenía el señor Prada de los pormenores del viaje de Suárez a Costa Rica. En efecto, quien fue caracterizado por el demandado como un simple contacto comercial, estaba al tanto de la hora de llegada de Suárez a San José, el hotel donde se hospedaría, el día en que iría de pesca en yate, la hora de traslado de San José a La Fortuna, el hotel donde se hospedaría en La Fortuna y el día de regreso a Colombia. Semejante grado de información solo se podría explicar por la existencia de una estrecha amistad entre ambos sujetos o por el hecho de que el señor Prada intervino en la organización del viaje de Suárez a Costa Rica. Nada de esto fue apreciado por la Superintendencia, cuyo análisis solo puede catalogarse de superficial.

Finalmente, un tercer cruce de correos, relacionado con la anómala operación que involucró a C.I. Pradaz, da fe de una reunión privada que habrían sostenido Suárez y Prada en la casa de alguno de ellos para discutir asuntos ajenos a la operación entre Carbosan y OPL. Ciertamente, en el encuentro privado a que se hace alusión en el siguiente correo se habría discutido la estructura de la operación simulada:¹²

¹² Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3, pp. 114-116 del anexo

El 2/12/2015 9:40, "Mauricio Suarez" <msuarez@spsm.com.co> escribió:
pere como lo hicieron te queda bien ? Pq el ingreso del dinero era solo en papeles, porque igual lo teníamos que
devolver para el tema del pago por cuenta de terceros para la casa Como te lo explique en la casa Gracias,

¿Acaso con cualquier simple contacto comercial se discutiría, en su propia casa, un **“ingreso de dinero solo en papeles”**? Es a todas luces evidente que los comportamientos documentados en los correos electrónicos son propios de una relación cercana que va mucho más allá de simples lazos comerciales. De hecho, ninguna prueba del expediente da cuenta de intercambios similares—viajes a Cartagena, expediciones en Costa Rica o encuentros privados en las propias viviendas de los involucrados—que se hubieran producido entre Suárez y otros proveedores con los que sí mantenía relaciones de índole simplemente comercial.

b. La colaboración de Prada con peritos demuestra su cercanía con Suárez

Además de todo lo anterior, debe señalarse que la participación activa de Javier Prada y sus compañías en la elaboración de los dictámenes encargados por Mauricio Suárez es inusual y absolutamente reveladora. Para la elaboración del dictamen pericial rendido por José María del Castillo, Operadores Logísticos de Carga S.A.S.—sociedad que habría absorbido a OPL Logística S.A.S., Portcarga Logistics S.A.S. y OPL Holding S.A.S.—puso a entera disposición del perito no menos de 22 certificaciones suscritas por contadores, revisores fiscales y representantes legales de la compañía, así como 20 facturas expedidas por OPL Logística a Carbosan y 26 facturas expedidas por Operlog.¹³ Se trata, sin lugar a dudas, de documentación sensible que fue aportada por un tercero que no hace parte del presente proceso y que, por lo tanto, no estaba obligado a revelar dicha información amparada por estricta reserva comercial.

En igual sentido, funcionarios de OPL habrían accedido abiertamente a participar en una reunión con Inversiones Estratégicas, la firma de auditoría a la que Suárez encargó la labor pericial, para efectos de suministrarles la información que pudieran requerir para la elaboración de sus dictámenes. El perito José María del

¹³ Cfr. radicado n.º 2020-01-647491, Anexo AAA, Carpeta “2. Dictamen Pericial José María del Castillo”, subcarpeta “Anexo 2”, subcarpeta “4”, subcarpeta “Requerimiento Perito Investigaciones Estrategicas 15.12.2020”.

Castillo dio cuenta en su declaración de esta sesión, a la que asistieron varias personas en representación de OPL

Declaración del perito José María del Castillo

Pregunta: ¿Y usted cómo estableció contacto con ellos [OPL], a través de Mauricio Suárez?

Respuesta: La información... **yo tuve una videoconferencia con los señores de OPL. Ellos vinieron a Bogotá.** Pero como yo no salía, por el tema de que soy paciente de alto riesgo por cuestiones de la pandemia, pues entonces yo no salí.

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (4:17:01 a 4:17:27)

De la misma manera, C.I. Pradaz Ltda. accedió sin reparos a suministrar información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, a pesar de no ser parte del presente litigio ni estar obligada a brindar colaboración para la elaboración de dictámenes. Ciertamente, en el expediente obra una certificación que expidió el contador público de C.I. Pradaz, a instancias del perito José Jesús Guevara, relacionada con la recepción de cheques girados por SPSM.¹⁴

La sorprendente apertura que demostraron tener OPL y C.I. Pradaz a la hora de brindarle a los peritos de Suárez amplio acceso a información reservada es altamente sugestiva: confirma la hipótesis de que existen vínculos de estrecha cercanía entre Javier Prada, accionista de ambas sociedades, y el demandado.¹⁵ El

¹⁴ Cfr. radicado n.º 2020-01-647491, Anexo AAA, Carpeta “1. Dictamen Pericial José Guevara”, subcarpeta “I INFORME Y ANEXOS SPSM Y CARBOSAN”, subcarpeta “ANEXO 7 Solicitud y Respuesta CI Pradaz LTDA”.

¹⁵ Sobre este indicio se pronunció la Delegatura en la sentencia n.º 800-52 de 2014, así: “se ha puesto de presente que al apoderado de la sociedad demandada le permitieron consultar los libros de actas de Constructora Urbana San Rafael S.A. [contratista que no hace parte del proceso], **lo que apunta a una íntima relación entre el señor Luque Torres y esta última compañía.** Aunque **no es usual que una sociedad acceda a que un tercero estudie sus libros de comercio**, en el presente caso se ha presentado una justificación legítima para el efecto. Es evidente que Constructora Urbana San Rafael S.A. tiene un interés en proteger la validez del contrato de compraventa celebrado con Luque Torres Ltda” (se resalta). Debe

propio perito del Castillo reconoció que semejante apertura no es habitual en terceros que no tienen vínculos con las partes o el proceso

Declaración del perito José María del Castillo

Pregunta: Quiero que me diga si, en su experiencia, es habitual, que eso ocurra. Que un tercero que no tienen ningún vínculo con las partes abra sus puertas y entregue información para un proceso del cual no hace parte

Respuesta: Que sea una costumbre habitual en todos los casos, no.

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (4:29:10 a 4:29:30)

Si los vínculos del demandado con Prada tenían una naturaleza simplemente comercial—como la que habitualmente se tiene con cualquier otro proveedor o cliente—¿por qué no acudieron sus peritos designados a otros contactos simplemente comerciales que participaron en la operación, como Sánchez Polo y CNR, para solicitar información y concertar reuniones de estrecha colaboración? Si Prada carece de cualquier vínculo significativo con el demandado, ¿por qué accedieron sus compañías a brindarle semejante grado de colaboración a los peritos designados por Suárez en un proceso del cual no son partes? La razón es sencilla: la relación entre Mauricio Suárez y Javier Prada va mucho más allá de las simples interacciones de negocios que se suele tener con aliados comerciales. Su relación, en palabras del propio Prada, es la de “**grandes amigos y socios**”. Estas circunstancias, de nuevo, fueron por completo pasadas por alto por la Superintendencia a la hora de valorar la relación existente entre Suárez y Prada.

notarse que en este caso, a diferencia de lo planteado en la sentencia de Luque Torres, no se controvierte el contrato con OPL. En consecuencia, a diferencia de lo expresado en la sentencia en comento, no es claro que el señor Prada tenga un interés de esa naturaleza en este caso. De ser así, habría podido hacer uso de alguno de los mecanismos previstos en la legislación vigente para vincularse voluntariamente al proceso.

c. Varios testimonios sobre la imposición de OPL a Sánchez Polo sugieren cercanía entre Prada y Suárez

Además de todo lo anterior, cabe resaltar que varias pruebas documentales y testimoniales que se practicaron en el presente proceso sugieren que la alianza con OPL habría sido producto de una imposición por parte de la administración de Carbosan a Sánchez Polo. Así lo manifestó, por ejemplo, el miembro de junta directiva Javier Morelli durante la reunión celebrada el 25 de agosto de 2016:¹⁶

Javier Morelli expresó que en la reunión que sostuvieron el día miércoles 24 de agosto de 2016 la comisión y la administración con TSP, éstos últimos no sostuvieron una afirmación que de manera privada la habían hecho a él, relativa a que **la inclusión de OPL dentro de las empresas que prestan los servicios integrales a Carbosán había sido impuesta por la administración**, lo cual le causó bastante molestia.

En el transcurso del proceso, el señor Morelli también ahondó en su afirmación al rendir su testimonio, y reiteró que, en un encuentro con Reinaldo Franco, funcionario de Sánchez Polo, se habría enterado de la imposición de OPL por parte de Mauricio Suárez, según se lee a continuación:

¹⁶ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 208, folio 3856 del libro de actas.

Testimonio de Javier Morelli

Respuesta: Yo busqué al representante legal de Sánchez Polo, al señor Reynaldo Franco. Sí. Y. Lo abordé aquí. Reynaldo Franco venía de Europa y yo le manifesté que necesitaba hablar con él urgente. Y efectivamente, nos encontramos en un hotel acá, en Bogotá. Y yo, la verdad que estuve un poco incómodo con el doctor Franco. Le dije: “Usted es mi amigo. ¿Usted cómo se está prestando para que nos roben con esa tarifa?” [...] A mi Reynaldo Franco, en su momento, me dice: “Mira, Javier, yo yo la verdad es que te respondo por la parte del transporte. **Yo no tengo nada que ver con el tema de OPL. A nosotros nos los impusieron**”.

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (6:03:25 a 6:04:44)

Por su parte, Julián Palacio también manifestó que Alberto Polo, otro funcionario de Sánchez Polo, le aseguró también—en un contexto completamente diferente al encuentro que sostuvo Morelli con Franco—que la asociación con OPL les había sido impuesta. Según se lee en el acta n.º 208 de la junta directiva de Carbosán:¹⁷

El doctor Julián Palacio, miembro de la comisión, expresó que el día sábado 20 de agosto de 2016, recibió una llamada del señor Alberto Polo, con quien tiene una amistad y con quien desarrolla un negocio. Informó que durante dicha conversación, el señor Polo le pregunta sobre qué está sucediendo al interior de Carbosán. Ante la pregunta anterior, el doctor Palacio expresó que le informó al señor Polo que en las reuniones de Junta Directiva la administración le ha informado a él que la razón por la cual TSP vinculó a OPL para realizar la prestación de servicios integrales a Carbosán consistía en que TSP no tenía los recursos para acometer unas inversiones que resultaban necesarias para dicha prestación de servicios. El doctor Palacio informó que el señor Polo le expresó que tal afirmación no era cierta, y que la razón por la cual se había vinculado a OPL era porque había sido impuesto por la administración de Carbosán. En adición a lo

¹⁷

Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA.

Así, pues, los indicios que apuntan a que la vinculación de OPL con Sánchez Polo se pudo haber producido como consecuencia de una imposición por parte de la administración de Carbosan. Esta situación confirma la hipótesis, respaldada por una multitud de indicios, de que entre Mauricio Suárez y Javier Prada existía una relación estrecha que trascendía los simples vínculos comerciales.

d. La complicidad entre Suárez y Prada en la estructuración de una operación simulada denota estrecha cercanía entre ellos

Finalmente, debe hacerse énfasis en que Javier Prada, tal y como se describió en detalle en una subsección anterior, fraguó una operación simulada con Mauricio Suárez y accedió a expedir facturas por servicios que C.I. Pradaz jamás habría prestado ni cobrado, para que el demandado pudiese obtener un beneficio económico significativo, consistente en la amortización de más de \$400 millones de un crédito que recibió de SPSM.

¿Acaso un simple contacto comercial accedería a expedir facturas cuyo valor “no va a entrar”, para que desde SPSM “les paguen a ellos y ellos a Suárez”? ¿Es plausible pensar que Mauricio Suárez le propondría, a un simple contacto comercial, estructurar una operación en la que “el ingreso del dinero sería solo en el papel”? De ninguna manera. Las circunstancias descritas en la subsección anterior no solamente dan cuenta de la manera en que Javier Prada le procuró un beneficio económico cuantioso a Mauricio Suárez, sino que también denotan un elevadísimo grado de cercanía y complicidad entre ambos. Complicidad y cercanía que a todas luces desbordan las interacciones que se producen habitualmente en el marco de simples relaciones comerciales.

3. Suárez impulsó la celebración de un contrato con OPL, compañía vinculada a Prada

Según se puede apreciar en el anexo n.º 8 de la Demanda, Carbosan efectivamente suscribió un contrato de cargue y transporte para atender sus obligaciones con CNR. A continuación, se hará énfasis en que OPL sí hizo parte del contrato con Carbosan, a pesar de que el demandado pretendió desconocer esta realidad (a). Adicionalmente, se pondrá de presente que, a pesar de que le encargó

la firma de dicho contrato a una representante legal suplente, lo cierto es que Suárez participó activamente en la determinación de las condiciones del negocio (b).

a. OPL, vinculada a Prada, sí hizo parte del contrato de transporte con Carbosan

El demandado pretendió convencer a la Superintendencia de que Carbosan contrató los servicios de transporte exclusivamente con Sánchez Polo. El **demandado mintió abiertamente**, y buscó inducir a error a la Delegatura, al insistir en que OPL fue un simple subcontratista de Sánchez Polo pero no participó en el negocio directamente con Carbosan:

Ampliación del Interrogatorio de Mauricio Suárez

Respuesta: Aquí también quiero hacer una anotación muy importante, señor Superintendente. Realmente la **relación de Carbosan, contractual, siempre fue con Sánchez Polo**. Sánchez Polo tenía un subcontratista. Pero era el responsable integralmente la operación. [...] Pero realmente **el contrato era con Sánchez Polo, no era con OPL** [...] **OPL aparece como subcontratista de Sánchez Polo**.

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (3:10:08 a 03:11:19)

Causa franca perplejidad que el demandado haya pretendido distorsionar de semejante manera la realidad acerca de la participación de OPL en la celebración directa del negocio con Carbosan, cuando fue él quien, al revisar el texto final del

contrato, le impartió su visto bueno con la instrucción de incluir a la compañía de Prada en el negocio, según se aprecia a continuación:¹⁸

Re: Contrato Transporte Sánchez Polo

1 mensaje

Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>

20 de febrero de 2015,

Para: Diana Lozano <dlozano@spsm.com.co>

Cc: Jose Poveda <jpoveda@spsm.com.co>, Raul Maestre <rmaestre@spsm.com.co>, Alvaro Gongora <agongora@spsm.com.co>, Luisa Aaron <laaron@spsm.com.co>

Diana , dado que nos han anunciado que OPL y TSP estan juntos , quisiera tener la firma de ambas firmas en el contrato.. Lo anterior para solidaridad mutua frente a cualquier incumplimiento en el contrato.... financieramente OPL esta mucho mas fuerte que TSP..... Incluyelos y envialo así.....

Causa igual perplejidad que la Superintendencia no haya valorado la conducta procesal engañosa del demandado y que, por el contrario, le haya dado peso probatorio a otras de sus manifestaciones tendenciosas, como por ejemplo la relativa a la inexistencia de una relación de amistad con Javier Prada. Lo cierto, en todo caso, es que, en línea con las instrucciones expresas y escritas del demandado, el contrato de transporte suscrito el 13 de abril de 2015 incluyó, entre los transportadores, no solo a Sánchez Polo sino también a OPL, compañía de Javier Prada, como bien puede constatarse a continuación:¹⁹

¹⁸ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3, p. 13 del informe.

¹⁹ *Id.*, anexo n.º 8

**CONTRATO DE TRANSPORTE CON SERVICIOS CONEXOS Y
COMPLEMENTARIOS**

Por una parte,

- (i) OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA, CARBOSÁN LTDA. (en adelante "CARBOSAN"), sociedad con domicilio principal en Santa Marta, legalmente constituida mediante Escritura Pública Número 3.067 otorgada el 3 de noviembre de 2000 en la Notaría Segunda Santa Marta, cuya existencia y representación legal consta en el certificado de existencia y representación legal anexo expedido por la Cámara de Comercio de Santa Marta, representada en este acto por Luisa Aaron Guerrero, debidamente autorizada por los respectivos órganos sociales de conformidad con sus estatutos; y por la otra,
- (ii) TRANSPORTE SANCHEZ POLO S.A., sociedad domiciliada en Barranquilla, Atlántico, constituida mediante escritura pública No 1846 del 28 de agosto de 1970 inscrito en la Cámara de Comercio de Barranquilla bajo el número 25.788 del Libro respectivo, con NIT 890.103.161-1, representada en este acto por ALBERTO POLO HERNANDEZ en calidad de Presidente Ejecutivo y la sociedad OPERADORES LOGISTICOS DE CARGA S.A.S. sociedad domiciliada en Floridablanca - Santander, constituida mediante escritura pública N. 0366 del 27 de enero de 2006 inscrito en la Cámara de Comercio de Bucaramanga bajo el número 65672 del Libro IX, con NIT 900.068.426-1, representada en este acto por LUISA AMANDA MATUS PINILLA en calidad de Representante legal (S) (en adelante los "TRANSPORTADORES").

De otro lado, se encuentran plenamente acreditados los vínculos de Javier Prada con OPL. En verdad, tanto las pruebas documentales como el mismo testimonio de Prada dan cuenta de ellos.²⁰ La Superintendencia, de nuevo, omitió valorar la conducta procesal del demandado quien abiertamente mintió al Delegado y procuró convencerlo de algo que no se acompasaba con la realidad: que, supuestamente, OPL no había contratado con Carbosan, cuando él mismo fue quien instruyó la inclusión de OPL en el contrato.

b. Suárez orquestó la firma del contrato con OPL aunque no lo haya suscrito personalmente

Es importante señalar que, si bien el contrato de transporte con OPL fue suscrito por Luisa Aarón, en calidad de representante legal suplente de Carbosan, la participación del demandado en la celebración del negocio y la determinación de sus

²⁰ Cfr., por ejemplo, Demanda, radicación n.º 2019-01-396972, anexos n.º 11 y 12. Así mismo, cfr. grabación de la audiencia del 8 de abril de 2021.

condiciones es incuestionable y no fue valorada por la Superintendencia. La Delegatura se limitó, sencillamente, a aceptar que la firma del contrato se le delegó a una representante legal suplente, sin siquiera evaluar si se había configurado una falta temporal o absoluta del señor Suárez. Peor aún, la Delegatura pasó por alto, a partir de un análisis inaceptablemente superficial, que el demandado intervino directa y activamente en la negociación y estructuración del negocio.

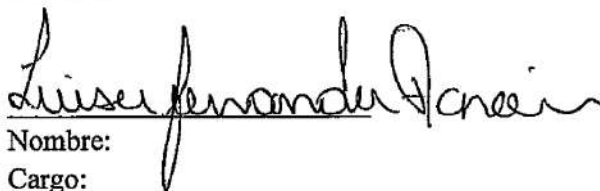
El Despacho podrá apreciar—a partir de las pruebas que la Superintendencia omitió valorar—que una conducta reiterada de Mauricio Suárez consistía en marginarse de la suscripción de los contratos finales que celebraba Carbosan, a pesar de haber participado activamente en la estructuración del negocio y en la determinación de sus condiciones. Así ocurrió no solamente con el contrato de transporte del 13 de abril de 2015, sino también con el contrato suscrito entre Carbosan y CNR el 7 de febrero de 2015 y su otrosí del 30 de junio del mismo año.

Por ejemplo, a pesar de que el acta n.º 189 de junta directiva da cuenta de que el señor Suárez participó en el cierre de las negociaciones con CNR en diciembre de 2014, el contrato finalmente fue firmado por una de sus suplentes.²¹

b) Informe Operación

El informe de operación fue **presentado por el Gerente**, de acuerdo con el documento único. Seguidamente, **continuó la presentación de la producción el mes de diciembre de 2014, destacando el cierre de la negociación con CNR para la movilización de un millón de toneladas durante 4 meses** y con proyección a movilizar 3 millones de toneladas; la operación de Trafigura que se está realizando en centro de acopio externo para 30.000 toneladas y un acopio más en el mes de febrero para finos de coque y la operación de Coquecol de 78.000 toneladas exportadas, quien continuará acopiando en febrero.

OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA.



Nombre:
Cargo:

²¹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 7. Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 189, p. 3. del PDF, folio 3341 del libro de actas.

En igual sentido, el acta n.º 192 refleja la participación de Suárez en la negociación y estructuración de las condiciones de un otrosí entre Carbosan y CNR. Incluso, es el demandado quien solicita autorización para celebrar dicho instrumento, al amparo de las limitaciones estatutarias de contratación para el representante legal. No obstante, el otrosí fue firmado, finalmente, por la representante legal suplente.²²

Respecto de la gráfica que muestra el take or pay vigente de CCC, el Gerente aclara que se trata del take or pay a corte de junio y no de mayo de 2015, adicionalmente resalta que ante el anuncio de Sloane sobre su acuerdo con entrada de Norcarbón, la producción podría mejorar.

Posteriormente, informó sobre la reunión que sostuvo en Londres con Goldman Sachs y el interés que manifestaron sobre la posibilidad de participar en el proyecto de APP para la construcción de una variante férrea.

Seguidamente, informó a la Junta Directiva sobre las condiciones de renovación del contrato de CNR que fueron revisadas conjuntamente, y sometió a su consideración la aprobación de la firma del Otrosí a dicho contrato, el cual inicialmente tenía previsto un plazo de 4 meses que finaliza el próximo 30 de junio, y que sería prorrogado a partir del 1 de julio y hasta el mes de diciembre de 2015 para un volumen ToP de 150.000 toneladas mensuales, manteniendo la misma tarifa pactada de USD \$9,48 y aplicando el ToP a partir de la extensión, es decir, a partir del segundo semestre de 2015, y con opción de prórroga para el año 2016. La Junta Directiva aprobó unánimemente la suscripción del Otrosí al contrato con CNR según las condiciones de renovación expuestas.

Las Partes suscriben el presente Otrosí en señal de la aceptación libre y voluntaria de su contenido en dos originales con el mismo tenor y valor, el 30 de junio de 2015.

Por CI Colombian Natural Resources I SAS

Por Carbosán Ltda.



Juan Carlos Gómez
Gerente General



Luisa Aaron Guerrero
Representante Legal

²²

Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 9. Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 192, p. 4 del PDF, folio 3396 del libro de actas.

En relación con el contrato de transporte con OPL ocurrió exactamente lo mismo. A pesar de que existen comunicaciones cruzadas en las que Suárez dio su visto bueno final, con instrucciones expresas en relación con la inclusión de OPL, el documento definitivo lo suscribe su suplente:²³

Re: Contrato Transporte Sánchez Polo

1 mensaje

Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>

20 de febrero de 2015.

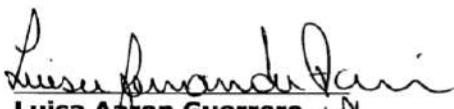
Para: Diana Lozano <dlozano@spsm.com.co>

Cc: Jose Poveda <jpoveda@spsm.com.co>, Raul Maestre <rmaestre@spsm.com.co>, Alvaro Gongora <agongora@spsm.com.co>, Luisa Aaron <laaron@spsm.com.co>

Diana , dado que nos han anunciado que OPL y TSP estan juntos , quisiera tener la firma de ambas firmas en el contrato.. Lo anterior para solidaridad mutua frente a cualquier incumplimiento en el contrato.... financieramente OPL esta mucho mas fuerte que TSP..... Incluyelos y envialo así.....

Para constancia se firma a los trece (13) días del mes de abril (04) del año dos mil quince (2015) en la ciudad de Barranquilla.

OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA



Luisa Aaron Guerrero
Representante

Por si lo anterior fuera poco, otras pruebas del expediente confirman que, en efecto, la injerencia de Mauricio Suárez en la celebración y ejecución del contrato entre Carbosan y OPL fue profunda. A partir de varios testimonios y declaraciones quedó plenamente acreditado, por ejemplo, que Suárez participó en una reunión con CNR y los transportadores, en Barranquilla, durante la cual se discutieron asuntos de la operación y se convino que en el contexto del contrato de transporte se instalarían sensores de peso y se utilizarían volquetas.

En verdad, durante su testimonio Javier Prada explicó que la decisión de instalar sensores de peso se adoptó en una reunión que se celebró en Barranquilla y

²³ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3 (p. 13) y anexo n.º 8 (p. 9).

a la que asistieron representantes de Carbosan, OPL y CNR, con el objeto de discutir mejoras en la operación:

Testimonio de Javier Prada

Pregunta: ¿Podría por favor, explicarnos un poco más a qué se refería con la adquisición de estos sensores? ¿Qué motivó esa adquisición y por qué se hizo?

Respuesta: [...] Hay unos correos electrónicos, donde después de **una reunión que tuvimos en Barranquilla con CNR, con la gente de Carbosan, estaban José Poveda, estaba Luis Aaron.** [...] Nos lo pidió Carbosan a través de su cliente, CNR [...]

Audiencia del 8 de abril de 2021 (2:21:22 a 2:27:15)

Según puede apreciarse en la anterior transcripción, Prada reconoce que a la referida reunión de Barranquilla asistió también José Poveda, quien en su testimonio, al referirse a otra serie de decisiones que se adoptaron en relación con la operación, hizo también alusión a ese mismo encuentro entre Carbosan, CNR y OPL en Barranquilla. Concretamente, el señor Poveda aseguró que durante esa misma reunión a la que hizo referencia Javier Prada también se decidió utilizar volquetas para la operación de OPL. Es de particular relevancia anotar que el señor Poveda aseguró que Mauricio Suárez estaba presente en esa reunión en la que, según el mismo Prada, se decidió implementar el mecanismo de los sensores de peso. En palabras de Poveda:

Testimonio de José Manuel Poveda

Respuesta: Esa decisión se toma después de una **reunión que se tiene en la ciudad de Barranquilla** con el cliente [...] La decisión se toma en conjunto **con Carbosan, el transportador y el cliente** [...]

Pregunta: Sí, pero, pero mi pregunta va no a qué entidad, sino que nombres de personas que estaban tomando la decisión por parte de Carbosan [...] ¿Usted estaba oyendo esas conversaciones? ¿Usted fue partícipe de esta negociación?

Respuesta: Pues **yo estaba ahí**, en esa reunión.

Pregunta: ¿Y quién más estaba en la reunión? [...] Para tenerlo más claro, y para que usted, no nos diga quiénes eran todos...
¿El señor Mauricio Suárez estaba en la reunión?

Respuesta: Sí, **estaba en la reunión**.

Audiencia del 8 de abril de 2021 (00:28:18 a 00:30:37)

El propio Suárez reconoció que participó en ese contexto en el que se acordó, con CNR y OPL, la adquisición de los referidos sensores, por los cuales Carbosan efectuaría cuantiosas erogaciones:

Interrogatorio de Mauricio Suárez

Respuesta: Entonces acordamos que CNR que nos reconociera unos valores por tonelada para efectos de que nosotros le pudiéramos pedir a nuestro prestatario de servicios, en este caso la alianza OPL y Sánchez Polo, para que procediera adquirir estos sistemas

Audiencia del 24 de septiembre de 2020 (3:21:16 a 3:21:37)

También en el marco de la relación comercial con OPL, el señor Suárez intercedió directamente en la fijación de incrementos tarifarios a favor de la compañía de Javier Prada por concepto de sensores de pesaje. Ciertamente, En el expediente obran varias pruebas documentales—corroboradas por testimonios—que confirman que era Suárez quien negociaba los ajustes de tarifas pactadas a favor de OPL en el marco del contrato en comento.

Para comenzar, en el expediente obra un correo en el que el representante y accionista de OPL le solicita a Suárez aumentar en \$150 adicionales, por tonelada, la tarifa inicialmente pactada por concepto de sensores de peso, que equivalía a originalmente a \$100.²⁴

----- Mensaje reenviado -----

De: **Javier Enrique Prada Sanchez** <jprada@oplcarga.com.co>
Fecha: 21 de julio de 2015, 13:26
Asunto: Fwd: Re: Cuadro de costos adicionales CNR
Para: Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>
Cc: Jose Poveda <jpoveda@spsm.com.co>

Cordial saludo, Dr. Mauricio la verdad acudimos a a ustedes debido a que estamos muy apretados con el margen del negocio en cnr el aumento de junio para mejoras fue de \$ 100/ ton lo cual nos ayudo pero uds saben que hemos hecho bien el trabajo.

Para este millón adicional del cual estamos muy agradecidos no hubo ningún aumento quedamos con las mismas tarifas.

Sabemos que el dólar les ha convenido y de verdad necesitamos ayuda de máximo 150/ ton mientras el dólar este por encima de 2600.

Por fa les pedimos ayuda compartan las bendiciones estamos muy apretados en margen con los cargadores y la operación.

Quedamos pendientes de su respuesta.

----- Mensaje reenviado -----

De: "Luis Emiro Maestre Dau" <lmaestre@oplcarga.com.co>
Fecha: 21/7/2015 11:38
Asunto: Re: Cuadro de costos adicionales CNR
Para: "Javier Enrique Prada Sanchez" <jprada@oplcarga.com.co>, "Carlos Eduardo Chaves Abedal" <cchaves@oplcarga.com.co>
Cc:

Al comienzo de su declaración, el señor Prada mintió abiertamente al Delegado y negó rotundamente haber convenido con el demandado un incremento en la tarifa inicialmente pactada por concepto de sensores de peso, al igual que negó ser amigo de Suárez.²⁵ Sin embargo, en el momento en que se le puso de presente el anterior correo electrónico que remitió a Suárez el 21 de julio de 2015, Prada reconoció que, tras solicitarle a Suárez un incremento en la tarifa, OPL efectivamente logró mejores condiciones, según puede apreciarse en el siguiente extracto:

Testimonio de Javier Prada

Pregunta: La pregunta, señor Prada, es la siguiente: ¿a qué se refiere ese correo?

Respuesta: Está muy claro. Que, básicamente, todo este tema de los sobrecostos estaba golpeando demasiado fuerte la operación [...]. **Nosotros pedimos que por favor se acordarán de los proveedores.** Porque estábamos muy golpeados.

Pregunta: ¿Y se acordaron de los proveedores, usando sus palabras?

Respuesta: Eh, sí. Tanto Sánchez Polo como OPL logramos pactar [...]

Audiencia del 8 de abril de 2021 (2:54:57 a 2:56:37)

Las pruebas documentales confirman que, tras la solicitud que le formuló Prada, Mauricio Suárez efectivamente propició un incremento en la tarifa que se le reconocía a OPL por concepto de sensores de peso. Ciertamente, en menos de dos horas, el demandado contactó a Luisa Aarón y a José Poveda y les dio instrucciones

²⁵ Cfr. Pregunta: “¿Sabe usted si OPL Carga convino con el señor Mauricio Suárez el incremento de la tarifa inicialmente pactada por esos sensores de peso?” Respuesta: “**Por favor. Para nada. No señor**”. Cfr. grabación de la audiencia del 8 de abril de 2021 (2:51:40 a 02:52:42).

de analizar y revisar el tema, en la medida en que entendía que el reajuste tarifario debía ser mayor, según se lee a continuación:²⁶

Saludos
 ----- Mensaje reenviado -----
 De: **Mauricio Suarez** <msuarez@spsm.com.co>
 Fecha: 21 de julio de 2015, 14:58
 Asunto: Fwd: Re: Cuadro de costos adicionales CNR
 Para: Jose Manuel Poveda Benissan <jpoveda@spsm.com.co>, Luisa Aaron <laaron@spsm.com.co>

Jose, Luisa :

Habia entendido que el reajuste era de cerca de \$180 / ton.... No entiendo porque hablan de \$ 100..... Eso era lo que me habian informado ustedes.....Hablemos para analizar este tema..... Javier me llamo y requieren de una revision de este tema....

Tras las instrucciones impartidas por Suárez, en la siguiente orden de servicios que remitió Carbosan a OPL por concepto de sensores de peso, la tarifa unitaria, que originalmente se pactó en \$100, aumentó justamente en los \$150 que había solicitado Prada y quedó, finalmente en \$250 por tonelada:²⁷

Puerto de Santa Marta		OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA		ORDEN DE SERVICIO		PAG. 1 de 1						
Carbosan		NIT 819.003.962-5										
PROVEEDOR	OPERADORES LOGISTICOS DE CARGA SAS			ORDEN DE COMPRA No.	4200050303							
DIRECCIÓN	CL 31 NO. 26-15			FORMA DE PAGO	Pago a 30 días							
TEL	097-6780300	NIT	9000684261	COMPRADOR	JVASQUEZ	INCOTERM						
CIUDAD	FLORIDABLANCA	CODIGO SAP	101590	DIR. ENTREGA	CRA 1 NO. 10A#12 INTERIOR DEL PUERTO	MONEDA	COP					
PAIS	Colombia	FAX	097-6391362	EMAIL		TELEFONO						
CONTACTO	E-MAIL: gdiaz@oplcarga.com.co			EXTENSION								
Pos	Cód Material/Serv.	Descripción del Material y/o servicio	UM Pedido	Centro	Cantidad	Fecha Entrega	Precio Unitario	UM precio	% DCTO	% IVA	Precio Total	
10	10000156	MOVILIZACION DE CARBON OPERACION POR TONELADAS	TON	CARBOSAN	101.283	13.06.2015	25.323.230	250		0	25.323.230	
OBSERVACIONES										SUBTOTAL		25.323.230
Movilización de carbón repesos Patio CNR (sensores de pesajes), control de eficiencia". correspondiente al corte julio 24 al 06 de agosto de 2015.										DESCUENTO		0
										VALOR NETO		25.323.230
										IVA		0
										VALOR TOTAL		COP 25.323.230

²⁶ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 59.

²⁷ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 60.

Es evidente, por lo tanto, que el señor Suárez no se mantuvo al margen—como equivocadamente lo concluyó la Superintendencia a partir de una superficial valoración probatoria—de la negociación y ejecución del contrato entre Carbosan y OPL. Mal podría aceptarse entonces, como erradamente lo hizo la Delegatura, que un administrador social que participa activamente en la estructuración y ejecución de múltiples operaciones pueda sustraerse del régimen societario que regula su conducta, y así blindar artificialmente su responsabilidad, simplemente a través de la cuestionable práctica de encargar la firma final de los contratos a alguno de sus suplentes. Este comportamiento de Suárez, por supuesto, desnaturaliza la institución misma de la suplencia, diseñada como mecanismo para sortear ausencias temporales o permanentes del representante legal principal y no para ofrecer un malintencionado blindaje artificial a los administradores.

4. Suárez no obtuvo autorización de ningún órgano social

Por último, debe anotarse que las pruebas que obran en el expediente confirman que el contrato de cargue y transporte con Sánchez Polo y OPL jamás contó con autorización alguna por parte de los órganos sociales de Carbosan. Ciertamente, una revisión pormenorizada de todas las actas de junta de socios²⁸ y de junta directiva,²⁹ las cuales obran íntegramente en el expediente, confirma que en ninguna de ellas consta aprobación alguna para la celebración de la referida operación. Esto a pesar de que, según se explicará a continuación, el contrato excedía las facultades del representante legal. La Superintendencia, de nuevo, omitió valorar esta circunstancia que expresamente se le puso de presente durante el proceso.³⁰

²⁸ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, actas n.º 27 a 53, correspondientes a reuniones de la junta directiva celebradas entre el 28 de febrero de 2013 y el 29 de julio de 2020.

²⁹ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, actas n.º 175 a 257, correspondientes a reuniones de la junta directiva celebradas entre el 31 de enero de 2013 y el 29 de julio de 2020. Solo en el acta n.º 189 Suárez menciona la contratación de OPL y Sánchez Polo, pero con fines netamente informativos y no para obtener autorización de la junta directiva: “se informó que la operación comprende el transporte de carbón desde la Sociedad Portuaria de Río Córdoba hasta Carbosan [...]; la contratación del transporte se realizó a través del procedimiento de selección [...] quedó elegida la sociedad Transportes Sáchez Polo—TSP—en asocio con la Operadora Logística S.A.S.”. Lo cierto, en todo caso, es que la junta directiva jamás se pronunció sobre la aprobación de dicho contrato.

³⁰ Cfr., pretensiones de la Demanda de Carbosan y alegatos de conclusión presentados por el apoderado de Carbosan a la Superintendencia el 12 de mayo de 2021.

B. Las conductas de Suárez contrarían el ordenamiento societario

La Superintendencia, en un desfasado ejercicio de interpretación de la Demanda, concluyó que Carbosan únicamente alegaba violaciones del régimen de conflictos de intereses. Esto a pesar de que, tanto en las pretensiones de la Demanda como en los alegatos de conclusión, se puso de presente y se sostuvo que, en el marco de la contratación de OPL, el demandado Mauricio Suárez había violado los estatutos y varios deberes a su cargo.

En esta sección se explicará que los hechos probados en relación con la contratación de OPL constituyen violaciones al régimen de administradores sociales, en línea con lo manifestado en la Demanda y los alegatos de conclusión. En verdad, Suárez no solo violó restricciones estatutarias (1) sino que también infringió sus deberes de cuidado (2) y de lealtad (3).

1. Suárez violó restricciones estatutarias objetivas

Para comenzar, debe recordarse que el artículo 35, literal b), de los estatutos sociales de Carbosan dispone que la celebración y ejecución de cualquier contrato que supere en cuantía los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes requiere autorización previa por parte de la junta directiva, tal y como se reproduce a continuación.³¹

b) Celebrar y
ejecutar los actos, negocios y contratos comprendidos dentro
del objeto social o que se relacionen con la existencia y
funcionamiento de la sociedad. <u>Todos aquellos cuya cuantía</u>
<u>exceda la suma de CIEN (100) salarios mínimos mensuales</u>
<u>legalmente vigente, requerirán de la previa autorización de</u>
<u>la Junta Directiva.</u> c) Contratar los empleados y asesores que

³¹ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA.

Pues bien, en la medida en que el salario mínimo legal mensual vigente en 2015 ascendía a \$644.350,³² el tope estatutario fijado para las facultades de contratación del representante legal correspondía, para ese año, a \$64.435.000. No obstante lo anterior, debe resaltarse que el contrato de transporte celebrado con Sánchez Polo y OPL superó con creces dicha limitación cuantitativa. Ciertamente, en él se pactó una tarifa de \$10.930 por tonelada de carbón cargada y transportada, al paso que la cláusula cuarta estimó que el volumen de carbón que se transportaría, durante cuatro meses, equivaldría a un millón de toneladas. Bajo los referidos supuestos, la cuantía del contrato ascendió a \$10.930.000.000, vale decir, 170 veces el tope estatutario para el ejercicio de facultades de contratación del representante legal.

A pesar de que, por su cuantía, la celebración y ejecución del contrato requería indefectiblemente de aprobación por parte de la junta directiva, lo cierto es que el demandado jamás solicitó al referido órgano de administración la autorización correspondiente para contratar a OPL. Mal puede aceptarse, como erradamente lo aseveró la Superintendencia, que la conducta censurada del demandado queda saneada por el simple hecho de que le encomendó la firma del contrato a una de sus subordinadas, quien ostentaba la calidad de suplente a pesar de no haber existido una falta temporal o absoluta del principal. Al fin y al cabo, el señor Suárez participó activamente en la estructuración y la ejecución del contrato. De allí que haya debido—como lo hizo con otros negocios suscritos por sus suplentes—solicitar autorización de la junta directiva.

Debe advertirse, en línea con lo anterior, que a través de la conducta descrita Mauricio Suárez incumplió de manera flagrante, los deberes que le correspondían en calidad de representante legal de Carbosan, al exceder las facultades que estatutariamente le fueron atribuidas. Sobre este particular es importante resaltar que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores sociales tienen el deber específico de “[v]elar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales **o estatutarias**” (se resalta). En esa medida, por virtud de lo establecido en el citado artículo 200 del Código de Comercio, el señor Suárez tendría que responder por los perjuicios derivados del referido incumplimiento.

³² Serie histórica registrada por el Banco de la República, disponible en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/salarios>

En este sentido, vale la pena hacer referencia a la decisión proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en el proceso de *Empas S.A.* En esa oportunidad, la Superintendencia de Sociedades encontró que el administrador demandado celebró varios actos y contratos que, de conformidad con los estatutos de la compañía, requerían de la autorización de la asamblea general de accionistas. En palabras de la Superintendencia de Sociedades:

“de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, el Despacho encuentra que **el demandado parecería haber suscrito cuatro acuerdos [...] sin contar con las respectivas autorizaciones [...].** Así las cosas, el Despacho encuentra que el demandado [...] **incumplió con los deberes que le correspondían** en su calidad de administrador de Empas S.A., al tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En consecuencia, el Despacho le **ordenará al demandado que indemnice a la sociedad demandante por los perjuicios derivados de su conducta**” (se resalta).³³

Así las cosas, por virtud de lo establecido en el artículo 200 del Código de Comercio, la sociedad se encuentra legitimada para reclamar la indemnización de los perjuicios que le ocasionó el señor Suárez. Lo anterior por cuanto el demandado propició, sin autorización de junta directiva, la celebración de un negocio jurídico con OPL, cuya cuantía excedía el tope objetivo fijado en los estatutos.

2. Suárez violó su deber de cuidado

No debe perderse de vista que el tercer inciso del citado artículo 200 del Código de Comercio dispone que “en los casos de incumplimiento o **extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa** del administrador” (se resalta). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en su más reciente fallo en materia de responsabilidad de administradores sociales. En verdad, tal y como lo explicó dicha entidad en el caso de *Ladrillera S.A.*:³⁴

³³ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-12 del 19 de febrero de 2015.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de julio de 2021. Radicado. n.º 08001-31-03-005-2012-00109-01. Magistrado ponente: doctor Álvaro Fernando García.

De manera, pues, que cuando se está en presencia de alguno de esos eventos concretos que hacen operante la referida presunción, por ejemplo, cuando se afirma que el daño cuya reparación se persigue proviene de un acto u omisión del administrador violatorio de un mandato legal, **el actor queda eximido de la carga de probar el dolo o negligencia del demandado, por expresa voluntad legislativa.**

Por lo mismo, **correrá para el administrador accionado, ante la presunción *iuris tantum* que pesa en su contra, la carga de demostrar la ausencia de dolo o culpa en su actuar** o abstención profesional, o que concurre a su caso

En igual sentido, el Tribunal Superior de Cali, en la sentencia proferida en el caso de *CI Confecol S.A.*, precisó lo siguiente en relación con la aludida presunción de culpa:

“Por ende, ante la presunción legal citada, y la ausencia de prueba del actuar diligente de los demandados, también puede arribarse a la conclusión tantas veces expuesta, esto es, que el actuar de los señores de Lima Lefranc y Piedrahita Plata fue culposo” (se resalta).³⁵

Además de haber desconocido el precedente vertical que sobre la presunción de culpa han sentado sus superiores jerárquicos, la Delegatura también pasó por completo por alto su propio precedente horizontal, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de la sentencia n.º 2018-01-375562, del 16 de agosto de 2018:

³⁵ Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez

“De conformidad con la referida disposición, ‘en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador’. Pese a ello, de acuerdo con lo señalado por este Despacho [...], la aludida presunción de culpa no compromete, en forma automática, la responsabilidad patrimonial de los administradores. **Para tales efectos, es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial** que le sea imputable, en forma específica, a las acciones u omisiones de estos funcionarios. En otras palabras, el demandante debe satisfacer una carga probatoria relacionada con la **verificación, ante las instancias judiciales, de los perjuicios derivados de las actuaciones de los administradores**” (se resalta).

Por consiguiente, en la medida en que el demandado propició la celebración del contrato con OPL en exceso de las facultades que los estatutos expresamente le atribuyen, la disposición citada hace presumir su culpa. Cabe destacar, en tal sentido, que en el presente proceso se acreditó cabalmente la existencia de perjuicios derivados de la celebración del referido negocio, según se verá al final de este capítulo. Así las cosas, puesto que la parte demandada no desplegó ningún esfuerzo en el transcurso del proceso para desvirtuar dicha culpa presunta en lo referente al contrato con OPL, Suárez debe ser condenado a indemnizar los perjuicios derivados de dicha operación.

Incluso, el hecho de que el contrato haya sido suscrito por una suplente—tras las instrucciones finales de Suárez—denota otro tipo de negligencia que ya ha sido reconocida por los superiores jerárquicos de la Superintendencia. En verdad, aunque se aceptara la equivocada tesis según la cual el demandado no intervino en la negociación, celebración y ejecución del contrato, lo cierto es que el deber de cuidado le imponía la obligación de supervisar las labores de sus subalternos. Ciertamente, los administradores actúan de manera negligente cuando se demuestra que no han desplegado esfuerzos de supervisión o vigilancia respecto de los

funcionarios y empleados de la compañía. En palabras del Tribunal Superior de Cali:³⁶

“Así, al administrador de una sociedad pueden asignársele como cargas propias de su parámetro de conducta (el del buen hombre de negocios) el **deber de vigilancia de la actividad empresarial, tanto del personal que presta sus servicios a la empresa, como de todas las actividades y negocios a que esta se dedica**” (se resalta).

Bajo la anterior postura, que encuentra pleno asidero además en las tendencias comparadas de derecho societario,³⁷ mal podría aceptarse que el señor Suárez quedaría exonerado de responsabilidad por el simple hecho de que el contrato, celebrado en exceso de las facultades estatutarias, haya sido suscrito por una de sus subalternas. Incluso bajo esa hipótesis, la conducta del demandado fue negligente.

3. Suárez violó su deber de lealtad

Además de lo anterior, cabe ahora destacar que el demandado incumplió también su deber de lealtad al propiciar la celebración del contrato con OPL para la ejecución de los servicios de transporte y cargue asociados al negocio suscrito con CNR. Lo anterior por cuanto el referido negocio jurídico le representó un marcado conflicto de intereses y se celebró sin contar con la autorización del máximo órgano social, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por virtud de lo establecido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, a los administradores les está prohibido celebrar actos que les representen un conflicto de intereses, a menos de que hayan agotado previamente el procedimiento contemplado en el referido numeral para efectos de lograr la correspondiente autorización del máximo órgano social. En este punto es importante advertir que los conflictos de intereses no solamente se predicen de contratos o negocios ejecutados por el administrador en representación de la sociedad. Es perfectamente viable que el conflicto de intereses se configure en relación con un acto jurídico unilateral que

³⁶ Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez.

³⁷ Cfr. *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 968 (Del. Ch. 1996)

deba desplegar el administrador en representación de la compañía correspondiente. No debe olvidarse que, según el tenor literal del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores sociales deben “[a]bstenerse de participar por sí o por interpuesta persona [...] en **actos** respecto de los cuales exista conflicto de intereses” (se resalta). El régimen de conflictos de intereses, entonces, no solamente cobijaría operaciones o negocios jurídicos celebrados por los administradores, sino también la ejecución de cualquier tipo de **acto** jurídico. En línea con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha definido el acto jurídico como “**una manifestación de voluntad** que tiene por fin la creación, la modificación o la extinción de un derecho” (se resalta).³⁸

Pues bien, la negociación, estructuración, celebración y ejecución del contrato con OPL efectivamente dejó sumido a Mauricio Suárez en un conflicto de esa naturaleza. Lo anterior por cuanto, según lo acreditan plenamente las pruebas que obran en el proceso, (a) Suárez recibió beneficios económicos de Javier Prada—administrador y accionista de la compañía contratista—y (b) porque entre ambos existen vínculos que, además de tener el referido contenido económico, pueden catalogarse como relaciones de estrecha amistad y complicidad. En la medida en que la celebración del contrato con OPL no contó con la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23, Suárez está llamado a indemnizar los perjuicios que le ocasionó a Carbosan (c).

a. Las prebendas económicas que recibió Suárez gracias a Prada nublan su juicio

En este punto debe recordarse que ni el citado artículo 23, ni las demás normas que componen el ordenamiento societario colombiano, definen qué debe entenderse por “conflictos de intereses”. Sin embargo, la manera en que la Superintendencia de Sociedades ha llenado ese vacío legal en los últimos años permite concluir que no existe una taxonomía cerrada de situaciones potencialmente conflictivas. Ciertamente, se ha reconocido que los jueces están llamados a “establecer **si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo** en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido [...]” (se resalta).³⁹

³⁸ CSJ, SC, 27 de septiembre de 1961, GJ, XCVII, pág. 98 a 103.

³⁹ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-52 de 2014.

Pues bien, el hecho de que entre Prada y Suárez existiesen irregulares vínculos de contenido económico permite concluir que la contratación con OPL le representaba un marcado conflicto de intereses al demandado. No debe perderse de vista, en verdad, que gracias al concurso de Prada—quien accedió a expedir facturas de C.I. Pradaz, con cargo de SPSM, por servicios jamás prestados—Suárez recibió el cuantioso beneficio de \$400 millones, valor en que se redujo un crédito que había contraído con SPSM para la construcción de su vivienda. Esta situación, sin duda, suscita un evidente conflicto de intereses en la medida en que tiene la virtualidad de comprometer el juicio objetivo del demandado a la hora de contratar con OPL, compañía vinculada a Prada. Así lo había reconocido la propia Superintendencia en múltiples pronunciamientos:

“Por lo demás, este Despacho ya ha estudiado distintas hipótesis en las que un administrador cuenta con un interés económico significativo en una operación determinada. Sobre este aspecto, en la misma sentencia, se indicó que **puede presentarse un conflicto cuando el administrador tenga un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo.**⁴⁰

En otros antecedentes, la Superintendencia advirtió que el conflicto de intereses para el administrador puede configurarse cuando ha recibido comisiones o prerrogativas económicas de otra índole. Según se puede apreciar en la sentencia n.º 800-52 de 2014:

“El Despacho también pudo constatar que el señor Santiago Luque Torres **no cuenta con un interés económico significativo** en la operación controvertida, diferente del que le asiste en su calidad de socio de Luque Torres Ltda.³³ En este orden de ideas, el señor Luque Torres no es accionista de Constructora Urbana San Rafael S.A., **ni recibió una comisión** de esta compañía por la venta del

⁴⁰ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 2019-01-027460 del 2 de agosto de 2019. Cfr., así mismo, las sentencias n.º 2019-01-076754, 2019-01-086268, 2019-01-289510, 2019-01-292566 y 2019-01-321272

inmueble en cuestión. Tampoco fue posible constatar la existencia de **otras prerrogativas económicas** que pudiesen nublar el buen juicio del señor Luque Torres en su calidad de representante legal de Luque Torres Ltda.”

En sentido similar se pronunció la Superintendencia de Sociedades en la sentencia n.º 2019-01-215807 del 27 de mayo de 2019, proferida en el caso de *Grupo Marquitech S.A.S.*, así:

“Lo que sí resulta claro es, más bien, que entre el señor Munar Munar y el señor Layton Caviedes **existe una relación de amistad**, pues así se indicó por ambos demandados durante sus declaraciones.

”El Despacho considera, en cualquier caso, que las circunstancias invocadas por la apoderada de los demandantes son insuficientes para concluir que la constitución de la hipoteca en cuestión se encuentra viciada de nulidad por conflicto de interés. Ello se debe a que, con la información aportada al expediente, no pudo verificarse la existencia de un **interés económico verdaderamente significativo** del demandado en la operación, como para que su juicio objetivo pudiera estar comprometido. No se acreditó, por ejemplo, que el señor Munar Munar **tuviera alguna expectativa económica** que pudiera haberse visto satisfecha con la celebración del referido acto jurídico. Tampoco existen indicios que apunten a que el demandado tuviera motivos para favorecer injustificadamente al señor Layton Caviedes a fin de obtener **prebendas personales con ocasión de algún negocio** celebrado entre los dos, por ejemplo” (se resalta).

En el presente caso, más grave aún que las hipótesis contempladas en las sentencias citadas, el demandado obtuvo prebendas y prerrogativas económicas **a partir de una operación simulada que el mismo Suárez clasificó como “de papel”** en sus cruces de correo con Prada. Esa operación anómala, en verdad, fue facilitada por el señor Javier Prada a partir de la irregular expedición de facturas por servicios no prestados y por los cuales, en sus propias palabras “el dinero no entraría” a C.I. Pradaz, pues sería Suárez el beneficiario. No cabe duda, por consiguiente, de

que Prada le reportó una cuantiosa prerrogativa económica al demandado por valor superior a \$400 millones.

Debe hacerse especial énfasis en que esta situación no denota una simple relación comercial, como tendenciosamente pretendieron sugerirlo tanto Suárez como Prada. Las pruebas del expediente—olímpicamente ignoradas por la Superintendencia—confirman que se trató de una maniobra simulada, carente de cualquier realidad económica, que le reportó una cuantiosa prebenda a Suárez. Difícilmente podría pensarse en otras circunstancias que puedan nublar en mayor medida el juicio objetivo de un administrador y sumirlo en un conflicto de intereses tan profundo.

b. La estrecha relación de amistad y complicidad con Prada nubló el juicio del demandado

Por si lo anterior fuera poco, en el proceso se acreditó a cabalidad que entre Prada y Suárez existe también una estrecha relación de cercanía, amistad y complicidad, de suficiente entidad como para nublar el juicio objetivo del administrador en el contexto del contrato con OPL. Debe reconocerse en este punto que la Superintendencia de Sociedades ha indicado que una simple relación de amistad no basta para entender configurado un conflicto de intereses. Es indispensable acreditar, además, circunstancias que apunten a una cercanía de suficiente entidad como para, efectivamente, comprometer el discernimiento objetivo del administrador demandado. En el caso de *Luque Torres*, por ejemplo, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles precisó lo siguiente:

“la simple existencia de relaciones afectivas o de confianza suele ser insuficiente por sí sola—es decir, sin que además confluyan lazos de parentesco—para que se configure un conflicto de interés [...]. En todo caso, **no puede descartarse la posibilidad de que un demandante diligente logre acreditar vínculos afectivos o de confianza que puedan comprometer el buen juicio de un administrador**” (se resalta).⁴¹

⁴¹ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-52 de 2014.

En el presente caso, la celebración del contrato de transporte entre Carbosan y OPL le representaba un marcado conflicto de intereses al demandado, no solo por los beneficios económicos que habría recibido gracias a Prada, sino también por la cercanía que los unía a ambos, según se puede apreciar a partir de un verdadero caudal de indicios recopilados en el transcurso del proceso que dan cuenta de vínculos profundísimos entre ambos, capaces de nublar el juicio de cualquier administrador. En verdad, según se explicó en la subsección anterior, los siguientes elementos de juicio—valorados inadecuadamente, o sencillamente ignorados por el Delegado—denotan cercanía, complicidad, amistad de Mauricio Suárez con Javier Prada y una inclinación marcada por favorecerlo:

- a. Existen cruces de correo que confirman un viaje conjunto en el que habrían participado Javier Prada y Mauricio Suárez a Cartagena, en el que por lo demás se organizó un fin de semana en paseo bote. Esto está lejos de constituir un comportamiento propio de simples relaciones comerciales y fue ignorado por la Superintendencia.
- b. Otro cruce de correos da cuenta de la participación de Prada en la preparación de un viaje del demandado a Costa Rica. El representante legal y accionista de OPL le solicita a su pariente hacer “todo lo que se pueda para ayudar a este gran amigo y socio” y lo exhorta a llevarlo en “plan de pesca”. Esto fue valorado inadecuadamente por el Delegado, quien ni siquiera se preguntó si era habitual que un simple “contacto comercial” tuviera conocimiento de los horarios, hospedajes, trayectos y planes de Mauricio Suárez en Costa Rica.
- c. Un tercer cruce de correos da cuenta de reuniones privadas entre Suárez y Prada en la casa de alguno de ellos para discutir asuntos ajenos a la operación entre Carbosan y OPL y relativos a la utilización de facturas por servicios no prestados. Esto desborda los comportamientos que son propios de una simple relación comercial habitual y no fue apreciado por la Superintendencia de Sociedades.
- d. OPL, justamente, accedió a suministrar copiosa información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligada a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales. El Delegado ni siquiera analizó esta situación.

- e. Funcionarios de OPL accedieron a celebrar reuniones privadas con los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligados a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales. De nuevo, el Delegado omitió valorar esta situación.
- f. C.I. Pradaz accedió a suministrar información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligada a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales. Nuevamente, el Delegado pasó por alto esta circunstancia—puesta de presente por Carbosan en sus alegatos—en su valoración.
- g. Julián Palacio aseguró que Alberto Polo, funcionario de Sánchez Polo le manifestó que la asociación con OPL les fue impuesta por Carbosan. Este tipo de comportamientos no son típicos de una simple relación comercial y sugieren una inclinación de Suárez por favorecer a Prada.
- h. Javier Morelli aseguró que, en un contexto completamente diferente al descrito por el señor Palacio, Reynaldo Franco, otro funcionario de Sánchez Polo, le manifestó que la asociación con OPL les había sido impuesta desde Carbosan. Este tipo de comportamientos no son típicos de una simple relación comercial y sugieren una inclinación de Suárez por favorecer a Prada.
- i. Javier Prada fraguó una operación simulada con Mauricio Suárez, y accedió a expedir facturas por servicios que C.I. Pradaz jamás habría prestado ni cobrado, para que el demandado pudiese acceder a una muy cuantiosa prebenda económica. Esto denota un elevadísimo grado de cercanía y complicidad que a todas luces desborda las interacciones que se producen en el marco de relaciones comerciales habituales. La Superintendencia pasó por alto, injustificadamente, estos hechos que se le pusieron de presentes y se le demostraron.

La estrecha amistad y complicidad de Suárez con Prada, aunada al hecho de que a través de CI Pradaz el demandado habría recibido un cuantioso beneficio económico gracias al representante y accionista de OPL, confirman que el contrato de cargue y transporte celebrado por Carbosan con esta última compañía estuvo viciado por un marcado conflicto de intereses.

Incluso si se aceptara la distorsionada tesis que ha tratado de promover Suárez—según la cual lo que ha existido con Javier Prada es una estrecha relación de negocios de largo tiempo—lo cierto es que esa circunstancia ha sido también entendida, por la jurisprudencia societaria reciente, como indicativa de un conflicto de intereses. Ciertamente, en el caso de *Bluepharma* la Delegatura de Procedimientos Mercantiles formuló las siguientes consideraciones sobre el particular:

“Pues bien, a la luz de todo lo anterior, el Despacho pudo concluir que, en efecto, **la celebración de los contratos controvertidos le representaron un conflicto de interés a Diego Felipe Echeverri Zajía** como representante legal de Bluepharma Colombia S.A.S., y accionista y administrador de Biogen Laboratorios de Colombia S.A.S., Grupo Internacional Farmacéutico Grufarma S.A.S., Nobel Farmacéutica S.A.S., OTC Consumer Pharmaceutical S.A.S. y Rowell Laboratorios S.A.S., **no solo al tener las calidades indicadas sino también al encontrarse probada la estrecha relación de negocios de largo tiempo con Fernando Londoño Benveniste, socio controlante de Biogen Laboratorios de Colombia S.A.S.**” (se resalta).⁴²

Bajo el precedente horizontal de la propia Delegatura, pues, en la Sentencia se habría debido concluir que en efecto la contratación de OPL le representaba un marcado conflicto de intereses al señor Suárez. Sin embargo, sin explicación alguna, la Superintendencia optó por apartarse de su propio precedente y concluir que el referido conflicto no existió.

⁴² Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 2019-01-321272 del 2 de septiembre de 2019.

c. La operación no contó con la autorización del máximo órgano social

En este punto debe reiterarse que Mauricio Suárez no reveló el conflicto de intereses en que estaba incurso ni solicitó autorización de la junta de socios de Carbosan, al amparo del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, para celebrar el contrato con OPL. En caso de que no se obtenga la autorización aludida, los administradores están llamados a responder por los perjuicios sufridos por la compañía como consecuencia de la operación viciada por un conflicto de interés. Ciertamente, en el segundo inciso del artículo 2.2.2.3.5. del Decreto 1014 de 2015 se establece que “el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios”. Según lo explicó la Delegatura en el reciente caso de *Metabólica S.A.S.*:

“Por lo demás, esta Superintendencia también se ha pronunciado acerca de las consecuencias que acarrea la violación de las reglas vigentes en materia de conflictos de interés. Por una parte, podrá solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin darle cumplimiento a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 [...] **Por otra parte, podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, con ocasión de la violación expresa de los deberes legales a su cargo, por los perjuicios que cause con su actuar.** En los términos del ya citado artículo 5 [del Decreto 1925 de 2009], —‘el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios’” (se resalta).⁴³

Así las cosas, pues, el demandado debe ser condenado a indemnizar los daños que sufrió Carbosan como consecuencia de la celebración del contrato con OPL en abierta contravención del régimen societario vigente en materia de conflictos de intereses. Según se verá a continuación, las pruebas periciales que obran en el expediente confirman que la operación en comento le causó graves perjuicios a la Compañía.

⁴³ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 2019-01-228204 del 31 de mayo de 2019.

C. Las conductas de Suárez causaron perjuicios a Carbosan

Por último, debe resaltarse que el perito Jorge Arango concluyó que las conductas de Suárez reseñadas en este capítulo causaron un perjuicio a Carbosan por un valor, indexado a junio de 2021, equivalente a \$13.752.626.866, según se aprecia a continuación:⁴⁴

Pregunta	Hecho dañoso	Fecha - Valor	IBC	IPC
Pregunta 01	No haber seleccionado la menor tarifa disponible.	5.111.346.701	13.752.626.866	6.258.545.585
Pregunta 02	No haber propendido por el punto de equilibrio del proyecto Murray.	5.940.137.590	14.458.849.245	6.975.206.669
Pregunta 03	Pagar por sensores de peso no autorizados en el contrato.	678.927.204	1.796.120.469	823.982.456
Pregunta 04	No haber actuado con diligencia respecto de Plan Ambiental	450.638.626	1.115.598.043	530.014.135
Pregunta 05	Obtener recursos por concepto de la Compensación Flexible	394.448.271	2.074.279.769	547.448.116
Total		12.575.498.392	33.197.474.392	15.135.196.961

En este punto es indispensable recordar que en el régimen jurídico colombiano tiene plena vigencia el principio de reparación integral del daño, según el cual la víctima tiene derecho a ser indemnizada de manera plena, de forma tal que sea restituida—de la forma más fiel posible—a la situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso. Según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia reciente:

“la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone que ‘(...) la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de **reparación integral y equidad** (...)’ (se resalta).

”La anterior supone [...] el deber jurídico de **resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o al menos parecida**

⁴⁴ Cfr. Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 13.

al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo” (se resalta).⁴⁵

En línea con lo anterior, es importante poner de presente que, en criterio técnico del perito Arango, la actualización mediante una tasa de indexación equivalente al IBC es aquella que permite reconocer cabalmente la pérdida de oportunidad sufrida por Carbosan como consecuencia de los daños irrogados por Suárez. La actualización por IPC, que de cualquier forma fue calculada en el dictamen, no reconoce ese costo de oportunidad sufrido por Carbosan, como lo advirtió el doctor Arango:⁴⁶

En el caso analizado, se debe suponer lo que habría ocurrido de no haber sufrido CARBOSAN una pérdida dineraria como consecuencia de las actuaciones del señor Mauricio Suárez. A este concepto se le denomina, como se mencionó, el costo de oportunidad de los recursos, ya que el dinero es un bien que, por sus características implícitas, está en capacidad de generar más dinero. Así, “puesto que los recursos son escasos, el costo de oportunidad de toda inversión en capital consiste en un consumo actual al que se renuncia.”⁹

Sí bien es cierto que la actualización por IPC mantiene el poder adquisitivo del dinero, la misma no reconoce una perspectiva de remuneración alguna para quien haya sufrido el menoscabo de su patrimonio. Es de uso común en la práctica jurídica reconocer que, al tenor del Artículo 884 del Código de Comercio, “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente.”

Dicho de otra forma, el único método de indexación aplicado por el Perito que permite, además, reconocer la pérdida de oportunidad sufrida por mi poderdante—para en esa medida garantizarle una reparación integral—es aquel que emplea como referente la tasa del IBC. Esta aproximación, por lo demás, encuentra sustento en la literatura más especializada en materia de responsabilidad civil. En palabras del profesor Tamayo Jaramillo:

“Muchas veces el lucro cesante consiste en el interés lucrativo o puro que habría producido la suma de dinero que, en principio, perdió la víctima a causa de la ocurrencia del daño [...] En estos ejemplos, el capital que habría continuado en el

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de junio de 2018. Magistrado Ponente: doctor Luis Armando Tolosa.

⁴⁶ Cfr. Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 11.

patrimonio del actor (daño emergente) o habría ingresado en el mismo (lucro cesante), **no solo se desvalorizó monetariamente sino que, a su vez, dejó de producirle utilidades al perjudicado. Por tanto, una indemnización plena debe comprender no solo esa desvalorización sino también el interés puro o lucrativo**” (se resalta).⁴⁷

No cabe duda, por consiguiente, que una verdadera reparación integral del daño que le ocasionó Mauricio Suárez a mi poderdante debe partir de una tasación en cuya indexación se considere la tasa indicada de preferencia por el perito.

Ahora bien, cabe resaltar que el dictamen elaborado por José María del Castillo, por instrucción del señor Suárez, pretendió sostener que el contrato con OPL se celebró en condiciones de mercado. No obstante, dicho informe carece de todo valor técnico, según lo acreditó con contundencia SCI Investment & Merchant Bank, en su dictamen de contradicción, tal y como puede apreciarse en los siguientes apartes:⁴⁸

⁴⁷ Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, (2013, Editorial Legis, Bogotá, D.C.), p. 729

⁴⁸ Cfr. radicación n.º 2021-01-008686

- En el Informe IN 386 18 F se plantea que para observar condiciones de mercado y evaluar las tarifas de los contratos suscritos por CARBOSÁN con OPL y TSP se deben observar unas condiciones que son i) subjetivas y ii) similares a las que definen en la teoría microeconómica los mercados perfectos. En nuestra opinión, dichas condiciones serían insuficientes, y en cualquier caso no del todo acertadas, además de que se pretende aplicarlas a una contratación que ni siquiera remotamente cumple con los preceptos de los mercados perfectos de la teoría.
- El Perito se limita a advertir que las condiciones de los diferentes contratos eran diferentes pero en ningún aparte del Informe IN 386 18 F se demuestra cuáles serían los precios o condiciones de mercado y menos aún que la contratación de TSP y OPL haya sido realizada a precios de mercado. Así, el Perito no demuestra que la premisa según la cual dicha contratación se realizó a precios superiores a los de mercado sea errada, y tampoco es refutada, por lo que sería cierta, y en cualquier caso no desvirtuada.
- En general, las apreciaciones del Perito, según las cuales las condiciones de los contratos eran diferentes se basan en supuestos y cifras errados como por ejemplo que el alcance de las labores de OPL y TSP se limitaban en la Fase 2 a sólo movilización al interior de las instalaciones de Carbosán y no al transporte desde SPRC.
- Más allá de estos errores conceptuales, los argumentos avanzados por el Perito se contradicen con lo observado en los contratos evaluados y con sus propias conclusiones. Partiendo de cálculos sesgados y errados, y con sus ejercicios sobre las diferentes condiciones de mercado en cuanto a precios del carbón y cantidades transportadas, demuestra que las tarifas de TSP y OPL no evolucionaron en línea con los preceptos económicos, incluso irían en contra de éstos durante la administración de MSR, reforzando el argumento de que la tarifa era artificial y elevada hasta que la JD designó una comisión para revisar dichas tarifas.

Además de lo anterior, debe ponerse de presente que durante la audiencia de contradicción del dictamen elaborado por el señor del Castillo se evidenciaron preocupantes circunstancias en relación con los métodos empleados por el perito para arribar a sus conclusiones, así como acerca de las fuentes de información en que sustentó su experticia. Ciertamente, el perito fue sencillamente incapaz de

explicar al Delegado con quiénes, específicamente, sostuvo reuniones de trabajo para recopilar información y despejar dudas acerca de la operación entre OPL y Carbosan.

A pesar de que el referido perito demostró contar con una memoria prodigiosa a la hora de recontar aspectos detallados de la operación entre Carbosan y CNR, o para recitar credenciales y procesos en los que participó hace décadas, su memoria falló por completo cuando se le pidió recordar las personas que participaron en reuniones de trabajo y recopilación de información que se celebraron apenas unas cuantas semanas antes. Más inverosímil aún, el señor del Castillo manifestó que ni siquiera estaba en capacidad de recordar si Mauricio Suárez, su propio cliente, participó en esas reuniones. Incluso si se aceptara que las respuestas imprecisas e indeterminadas del perito efectivamente se debieron a simples fallas en su memoria, lo cierto es que la imposibilidad de establecer a ciencia cierta cuáles fueron las fuentes de la información—y qué personas específicas participaron en las referidas sesiones de trabajo con el perito—arroja un verdadero manto de duda acerca de la veracidad e imparcialidad de las fuentes empleadas por del Castillo. Este manto de duda, por consiguiente, pone en mayor tela de juicio las conclusiones que, desde un punto de vista técnico, fueron desvirtuadas a cabalidad por SCI Investment & Merchant Bank.

Igual de deficiente fue la labor del perito César Rodríguez a la hora de contradecir el dictamen del doctor Arango. En efecto, basta con revisar el “dictamen” rendido por el perito designado por Mauricio Suárez para constatar que se trata de una reproducción de los alegatos de conclusión de sus abogados, con tan solo algunas consideraciones sobre supuestos errores aritméticos que pretendió atribuirle al doctor Arango. Errores aritméticos que, según se pudo apreciar en la respectiva audiencia de contradicción, no fueron más que equivocaciones que el propio perito designado por el señor Suárez reconoció como suyas tras confesar que padecía de “dislexia numérica”.

Así las cosas, respetuosamente solicitamos al Despacho condenar a Mauricio Suárez a indemnizar los perjuicios, tasados en \$13.752.626.855, que le irrogó a Carbosan en el contexto de la celebración del contrato de cargue y transporte con OPL.

II. VIOLACIONES ASOCIADAS A LA INSTALACIÓN DE SENSORES DE PESO

En este capítulo se explicará que la Superintendencia también incurrió en sendos errores fácticos y sustanciales en lo que tiene que ver con conductas reprochables del demandado relativas a la instalación de sensores de peso en el marco del contrato entre Carbosan y OPL. A continuación, se pondrá de presente que las pruebas ignoradas por la Superintendencia confirman que Mauricio Suárez autorizó cuantiosos pagos a favor de OPL por concepto de instalación y operación de sensores de peso, a pesar de que el referido sistema no operó ni fue jamás autorizado por los órganos sociales de Carbosan (A). Estas conductas son contrarias a la ley y los estatutos (B) y causaron perjuicios a mi poderdante (C).

A. Acerca de los hechos que resultaron probados en el proceso

En este capítulo se explicará que Mauricio Suárez autorizó la instalación de tres sensores de peso en el contexto de la operación con CNR (1) y dio instrucciones para el aumento de la tarifa que por ese concepto se le pagaba a OPL (2). A pesar de que algunos de los sensores no se instalaron y los que sí se instalaron no funcionaron, la tarifa plena se continuó pagando a OPL (3). Se hará nuevamente énfasis en que Javier Prada, representante y accionista de OPL, le confirió un cuantioso beneficio económico a Suárez, con quien mantenía una estrecha relación de amistad (4). Finalmente, se pondrá de presente que los pagos por concepto de sensores de peso jamás fueron autorizados por ningún órgano social de Carbosan (5). Nada de lo anterior fue adecuadamente valorado por la Superintendencia en su Sentencia.

1. Suárez autorizó instalar sensores de peso y pagar por ellos a OPL

Las pruebas que obran en el expediente demuestran que Mauricio Suárez participó activamente en la toma de la decisión consistente en contratar la instalación y operación de sensores de peso que darían lugar a un pago de una tarifa adicional por tonelada a favor de OPL. En verdad, durante su testimonio Javier Prada explicó que la decisión de instalar sensores de peso se adoptó en una reunión que se celebró en Barranquilla y a la que asistieron representantes de Carbosan, OPL y CNR, con el objeto de discutir mejoras en la operación:

Testimonio de Javier Prada

Pregunta: ¿Podría por favor, explicarnos un poco más a qué se refería con la adquisición de estos sensores? ¿Qué motivó esa adquisición y por qué se hizo?

Respuesta: [...] Hay unos correos electrónicos, donde después de **una reunión que tuvimos en Barranquilla con CNR, con la gente de Carbosan, estaban José Poveda**, estaba Luis Aaron. [...] Nos lo pidió Carbosan a través de su cliente, CNR [...]

Audiencia del 8 de abril de 2021 (2:21:22 a 2:27:15)

Según puede apreciarse en la anterior transcripción, Prada reconoce que a la referida reunión de Barranquilla asistió también José Poveda, quien, en su testimonio, al referirse a otra serie de decisiones que se adoptaron en relación con la operación, hizo también alusión a ese mismo encuentro entre Carbosan, CNR y OPL en Barranquilla. Es de particular relevancia anotar que el señor Poveda aseguró que Mauricio Suárez estaba presente en esa reunión en la que, según el mismo Prada, se decidió implementar el mecanismo de los sensores de peso. En palabras de Poveda:

Testimonio de José Manuel Poveda

Respuesta: Esa decisión se toma después de una **reunión que se tiene en la ciudad de Barranquilla** con el cliente [...] La decisión se toma en conjunto **con Carbosan, el transportador y el cliente** [...]

Pregunta: Sí, pero, pero mi pregunta va no a qué entidad, sino que nombres de personas que estaban tomando la decisión por parte de Carbosan [...] ¿Usted estaba oyendo esas conversaciones? ¿Usted fue partícipe de esta negociación?

Respuesta: Pues **yo estaba ahí**, en esa reunión.

Pregunta: ¿Y quién más estaba en la reunión? [...] Para tenerlo más claro, y para que usted, no nos diga quiénes eran todos...
¿El señor Mauricio Suárez estaba en la reunión?

Respuesta: Sí, **estaba en la reunión**.

Audiencia del 8 de abril de 2021 (00:28:18 a 00:30:37)

El propio Suárez reconoció que participó en ese contexto en el que se acordó, con CNR y OPL, la adquisición de los referidos sensores, por los cuales Carbosan efectuaría cuantiosas erogaciones:

Interrogatorio de Mauricio Suárez

Respuesta: Entonces acordamos que CNR que nos reconociera unos valores por tonelada para efectos de que nosotros le pudiéramos pedir a nuestro prestatario de servicios, en este caso la alianza OPL y Sánchez Polo, para que procediera adquirir estos sistemas

Audiencia del 24 de septiembre de 2020 (3:21:16 a 3:21:37)

Más aún, en una cadena de correos en la que participaron funcionarios de OPL y Carbosan, se incluye una tabla en la que claramente se identifica una tarifa unitaria inicial de \$100 por concepto de sensores de peso. En esa misma cadena se manifiesta que esta información está en manos del demandado.⁴⁹

⁴⁹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3, p. 42

----- Mensaje reenviado -----

De: "Luis Emilio Maestre Dau" <lmaestre@opicarga.com.co>

Fecha: jun 10, 2015 8:45 AM

Asunto: Fwd: Cuadro de costos adicionales CNR

Para: "Javier Enrique Prada Sanchez" <jprada@opicarga.com.co>, "Carlos Eduardo Chaves Abedat" <cchaves@opicarga.com.co>

Cc:

Buenos días

Anexo cuadro de costos adicionales ya conciliado y de acuerdo entre carbosan TSP y OPL

Según información de Jose poveda ya se encuentra en manos del Sr Suarez.

Saludos

LMp

----- Mensaje reenviado -----

De: "Jose Poveda" <jpoveda@spsm.com.co>

Fecha: jun 10, 2015 8:38 AM

Asunto: Cuadros

Para: "Luis Emilio Maestre Dau" <lmaestre@opicarga.com.co>

Cc:

					Ton / mes 250.000	
INVERSION	VR. UNITARIO	CANTIDAD	TIEMPO		TOTAL	VALOR/TON
Personal e implementos de asfo	\$ 90.000	8	24 Horas	30 Dias	\$ 21.600.000	\$ 86
Operador Barredora	\$ 86.000	2	24 Horas	30 Dias	\$ 5.160.000	\$ 21
Barredora Operación	\$ 108.000	1	24 Horas	30 Dias	\$ 3.240.000	\$ 13
Operadores Trimador	\$ 86.000	4	24 Horas	30 Dias	\$ 10.320.000	\$ 41
Trimador	\$ 15.000.000	2	24 Horas		\$ 30.000.000	\$ 38
Imprevistos						\$ 10
Suma		1			\$ 70.320.000	\$ 199
Carro tanque (Agua suministrada por Chir)	\$ 350.000	2	24 Horas	30 Dias	\$ 21.000.000	\$ 84
Sensores de peso	\$ 26.800.000	3			\$ 79.800.000	\$ 100
Imprevistos						\$ 10
Suma						\$ 184
TOTAL						\$ 382,53

José Manuel Poveda Benissan
 Subdirector de Operaciones Carbosan
 Puerto de Santa Marta

Es evidente, por lo tanto, que Mauricio Suárez participó activamente en la decisión de instalar sensores de peso y consintió pagar sumas adicionales en favor de OPL por ese concepto. Tan determinante fue la injerencia de Suárez en el asunto que, según se explicará a continuación, fue a él—y no a otros funcionarios de Carbosan—a quien Javier Prada acudió luego para solicitar un incremento en la tarifa pactada por concepto de dichos sensores. Esa solicitud fue inmediatamente atendida por el demandado, como bien se verá a continuación.

2. Suárez dio instrucciones para aumentar la tarifa de OPL por sensores

En este punto es indispensable advertir que la participación de Suárez en lo relacionado con sensores de peso no se limitó a la decisión de implementar dichos sistemas y pagar a OPL por ellos. El Delegado concluyó, a partir de una

equivocadísima valoración probatoria, que en el expediente no obraban elementos de juicio que confirmasen la intervención de Suárez en el incremento de la tarifa por sensores de peso:⁵⁰

coincidía con \$180 pesos por tonelada movilizada. No existe prueba alguna que implique una instrucción, orden o modificación contractual a instancias del demandado que permita derivar de ella su intervención en el asunto. Por el

Lejos de lo concluido por el Delegado, las pruebas confirman con contundencia que, por solicitud de Javier Prada, el demandado intervino directamente en el aumento de la tarifa incremental inicialmente pactada en favor de OPL por concepto de sensores de peso. No es cierto que “no exista prueba alguna”. De esta realidad dan cuenta no solo las pruebas documentales que obran en el expediente, sino también el testimonio del mismo Javier Prada.

Para comenzar, en el expediente obra un correo del 21 de julio de 2015 remitido sobre la misma cadena de correos con asunto “Cuadro de costos adicionales CNR” en la que se señalaba el sobrecosto de \$100 por concepto de sensores. En este correo, Javier Prada—el representante y accionista de OPL—le solicita directamente a su amigo y cómplice, Mauricio Suárez, aumentar en \$150 adicionales, por tonelada, la tarifa inicialmente incrementada por concepto de sensores de peso, que equivalía a originalmente a un aumento de \$100.⁵¹

----- Mensaje reenviado -----

De: Javier Enrique Prada Sanchez <jprada@oplcarga.com.co>
Fecha: 21 de julio de 2015, 13:26
Asunto: Fwd: Re: Cuadro de costos adicionales CNR
Para: Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>
Cc: Jose Poveda <jpoveda@spsm.com.co>

Cordial saludo, Dr. Mauricio: la verdad acudimos a a ustedes debido a que estamos muy apretados con el margen del negocio en cnr el aumento de junio para mejoras fue de \$ 100/ ton lo cual nos ayudo pero uds saben que hemos hecho bien el trabajo.

Para este millón adicional del cual estamos muy agradecidos no hubo ningún aumento quedamos con las mismas tarifas.

Sabemos que el dólar les ha convenido y de verdad necesitamos ayuda de máximo 150/ ton mientras el dólar este por encima de 2600.

Por fa les pedimos ayuda compartan las bendiciones estamos muy apretados en margen con los cargadores y la operación.

Quedamos pendientes de su respuesta.

----- Mensaje reenviado -----

De: "Luis Emilio Maestre Dau" <lmaestre@oplcarga.com.co>
Fecha: 21/7/2015 11:38
Asunto: Re: Cuadro de costos adicionales CNR
Para: "Javier Enrique Prada Sanchez" <jprada@oplcarga.com.co>, "Carlos Eduardo Chaves Abedal" <Cchaves@oplcarga.com.co>
Cc:

⁵⁰ Cfr., Sentencia, p. 23.

⁵¹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 59.

Este documento confirma que el incremento de tarifa se sometió directamente a consideración de Mauricio Suárez y no de alguno de sus subalternos. Este documento refuta la idea errada de la Superintendencia, según la cual los ajustes tarifarios fueron impulsados por vicepresidentes de Carbosan sin la intervención de Suárez. Es evidentísimo, a partir de una simple lectura de la prueba que el Delegado ignoró abiertamente, que Javier Prada acudió a Mauricio Suárez para el incremento tarifario. Esto no solamente lo demuestra el documento, sino que fue corroborado por el testimonio de Javier Prada. Testimonio que la Superintendencia también pasó por alto sin justificación.

Al comienzo de su declaración, el señor Prada mintió abiertamente al Delegado y negó rotundamente haber convenido con el demandado un incremento en la tarifa inicialmente pactada por concepto de sensores de peso, al igual que negó su amistad con Suárez.⁵² Sin embargo, en el momento en que se le puso de presente el anterior correo electrónico que remitió a Suárez el 21 de julio de 2015, Prada reconoció que, tras solicitarle a Suárez un incremento en la tarifa, OPL efectivamente logró mejores condiciones, según puede apreciarse en el siguiente extracto:

⁵² Cfr. Pregunta: “¿Sabe usted si OPL Carga convino con el señor Mauricio Suárez el incremento de la tarifa inicialmente pactada por esos sensores de peso?” Respuesta: **“Por favor. Para nada. No señor”**. Cfr. grabación de la audiencia del 8 de abril de 2021 (2:51:40 a 02:52:42).

Testimonio de Javier Prada

Pregunta: La pregunta, señor Prada, es la siguiente: ¿a qué se refiere ese correo?

Respuesta: Está muy claro. Que, básicamente, todo este tema de los sobrecostos estaba golpeando demasiado fuerte la operación [...]. **Nosotros pedimos que por favor se acordarán de los proveedores.** Porque estábamos muy golpeados.

Pregunta: ¿Y se acordaron de los proveedores, usando sus palabras?

Respuesta: Eh, sí. Tanto Sánchez Polo como OPL logramos pactar [...]

Audiencia del 8 de abril de 2021 (2:54:57 a 2:56:37)

El testimonio ignorado por el Delegado es inequívoco: el mismo Prada reconoce que, en su correo, le solicitó a Suárez “acordarse de los Proveedores” y que efectivamente lo logró. Esto no solamente se desprende del testimonio, sino que también lo confirman las pruebas documentales. Tras la solicitud que le formuló Prada, Mauricio Suárez efectivamente propició un incremento en la tarifa que se le reconocía a OPL por concepto de sensores de peso. Ciertamente, en menos de dos horas, el demandado contactó a sus subalternos, Luisa Aarón y José Poveda, para darles la instrucción de revisar el tema, en la medida en que entendía que el reajuste tarifario debía ser mayor, según se lee a continuación. Cabe destacar que la instrucción la imparte sobre la misma cadena de correos, referente a los sensores de peso, y que contiene la solicitud de aumento proveniente de Javier Prada:⁵³

⁵³ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 59.

Saludos

----- Mensaje reenviado -----

De: **Mauricio Suarez** <msuarez@spsm.com.co>

Fecha: 21 de julio de 2015, 14:58

Asunto: Fwd: Re: Cuadro de costos adicionales CNR

Para: Jose Manuel Poveda Bennsari <jpoveda@spsm.com.co>, Luisa Aaron <laaron@spsm.com.co>

Jose, Luisa :

Habia entendido que el reajuste era de cerca de \$180 / ton.... No entiendo porque hablan de \$ 100.... Eso era lo que me habian informado ustedes.....Hablemos para analizar este tema..... Javier me llamo y requieren de una revision de este tema....

¿Cómo pudo la Superintendencia concluir que no existían pruebas de la intervención de Mauricio Suárez en el incremento si fue él quien reenvió la petición de Prada a sus subalternos y les ordena revisar el tema? La omisión en la valoración no podría ser más protuberante. No solamente es evidentemente falso que “no existan pruebas”, sino que las evidencias son numerosas: varios correos electrónicos lo confirman y el propio Javier Prada lo reconoce. Más aún, tras las instrucciones impartidas por Suárez, en la siguiente orden de servicios que remitió Carbosan a OPL por concepto de sensores de peso, la tarifa unitaria, que originalmente se pactó en \$100, aumentó justamente en los \$150 que le había solicitado Prada y quedó, finalmente en \$250 por tonelada:⁵⁴

⁵⁴

Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 60.



OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA
NIT 819.003.962-5

ORDEN DE SERVICIO

PAG. 1 de 1

PROVEEDOR OPERADORES LOGISTICOS DE CARGA SAS		ORDEN DE COMPRA No. 4200050303		Día 13	Mes 08	Año 2015
DIRECCIÓN CL 31 NO. 26-15		FORMA DE PAGO Pago a 30 días		INCOTERM		
TEL 097-8780300	NIT 9000684261	COMPRADOR JVASQUEZ		MONEDA COP		
CIUDAD FLORIDABLANCA	CODIGO SAP 101590	DIR. ENTREGA CRA. 1 NO. 10A#12 INTERIOR DEL PUERTO		TELEFONO		
PAIS Colombia	FAX 097-6391362	EMAIL		EXTENSION		
CONTACTO	E-MAIL gdiaz@oplcarga.com.co					

Pos	Cód Material/Serv.	Descripción del Material y/o servicio	UM Pedido	Centro	Cantidad	Fecha Entrega	Precio Unitario	UM precio	% DCTO	% IVA	Precio Total
10	10000156	MOVILIZACION DE CARBON OPERACION POR TONELADAS	TON	CARBOSAN	101.263	13.08.2015	25.323.230	250		0	25.323.230
OBSERVACIONES										SUBTOTAL 25.323.230	
Movilización de carbón repeso Patio CNR (sensores de pesajes), control de eficiencia", correspondiente al corte julio 24 al 06 de agosto de 2015.										DESCUENTO 0	
										VALOR NETO 25.323.230	
										IVA 0	
										VALOR TOTAL COP 25.323.230	

CONDICIONES GENERALES DE LA ORDEN DE COMPRA

- El número de esta orden de compra y/o servicios debe citarse, sin excepción, en todos los documentos relacionados con ella (remisiones, facturas, BL, etc.).
- Cualquier modificación a la presente orden de compra y/o servicios debe ser autorizada por escrito, donde se especifique la fecha y nombre del aprobador.
- Las especificaciones anexas, si se incluyen, hacen parte integral de este pedido.
- Toda mercancía no solicitada o que no cumpla con los requerimientos mínimos de tamaño, peso, calidad, tiempo de entrega, inocuidad y responsabilidad social será devuelta por cuenta y riesgo del proveedor.
- Enviar adjunto los manuales, certificados de análisis y/o calidad, fichas de técnicas y de seguridad según corresponda.
- Sin excepción deberá entregarse original y copia de factura, copia de la orden de compra y remisión firmada, estos documentos deben ser radicados en el Centro de Documentación los días martes y jueves en el horario de 9am-12m.
- LA FECHA LIMITE DE RECIBO DE FACTURAS ES EL DÍA VEINTICINCO (25) DE CADA MES.
- Los proveedores prestadores de bienes y/o servicios dentro de las instalaciones de la sociedad portuaria de santa marta y sus empresas filiales en el momento de contratar o suministrar bienes a las mismas, se comprometen en cumplir con los parámetros de seguridad y protección con el fin de evitar la ejecución de actividades ilícitas como son narcotráfico, terrorismo y otras formas de transgresión a la ley.
- Hace parte integral de esta orden de compra de bienes y/o servicios el anexo de términos y condiciones de la OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA, el cual se entenderá aceptado irrevocablemente por el proveedor con lo que corra primero entre el recibo por cualquier medio de la orden de compra de bienes, la efectiva prestación del servicio o el suministro, o con la presentación de la primera factura para el pago de los mismos.

Regimen de pago: Bonos Grandes Contribuyentes - Agente Retenedor de IVA según Resolución No. 12595 del 26 de Diciembre de 2.002
Autorizaciones según Resolución No. 010343 del 24 de Septiembre de 2.009

Teléfono: 4211970 Fax: 4212161
C.R. 1 NO. 10#12 EDIF. ADMINISTRATIVO SOCIEDAD PORTUARIA SM
SANTA MARTA-COLOMBIA.



A pesar de la contundencia de los testimonios y de las pruebas documentales que acaban de reseñarse, el demandado mintió abiertamente a la Superintendencia y afirmó que nunca estuvo enterado de cuánto se le pagó a OPL por concepto de sensores de peso. En la siguiente transcripción se puede apreciar la manera en que Suárez—quien intervino directamente en el aumento de la tarifa pagada a OPL, por solicitud de Prada—intentó, y logró, inducir a error al Superintendente Delegado, como fue costumbre en sus declaraciones:

Ampliación del Interrogatorio de Mauricio Suárez

Respuesta: Específicamente que si era uno, o dos sensores o tres sensores, y si específicamente fallaron dos, o se instaló uno o tres, **o cuánto se pagó**, me enteré con la denuncia de los hechos, porque ese nivel de detalle yo nunca lo manejé”

Audiencia del 24 de septiembre de 2020 (3:53:23 a 3:53:38)

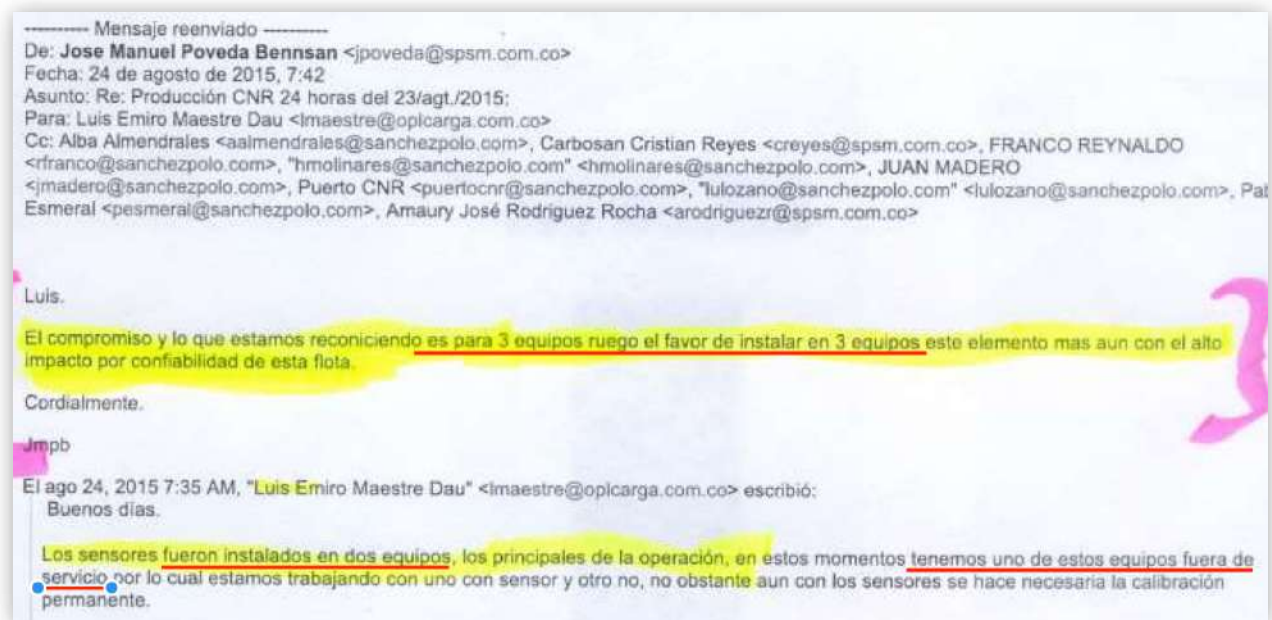
¿Cómo no iba a estar enterado del valor que se le pagaba a OPL por sensores de peso si fue él quien accedió a las solicitudes de su amigo y cómplice para incrementar la tarifa de \$100 a \$250 por tonelada? A pesar de sus reiterados intentos por distorsionar la realidad en sus declaraciones ante la Superintendencia, las pruebas confirman que Mauricio Suárez sabía perfectamente cuánto se pagaba a OPL por concepto de los sensores de peso. La Superintendencia ni siquiera valoró esta conducta reiteradamente mentirosa del señor Suárez. Por el contrario, le dio peso a sus mentiras.

Lo cierto, en todo caso, es que el demandado no solo participó en la decisión de instalar sensores de peso y de inicialmente pagar a OPL una tarifa unitaria de \$100 por ellos, sino que también intervino activamente en la determinación de incrementar, en más del doble, dicha tarifa. Según se verá a continuación, esos pagos se realizaron efectivamente, a pesar de que algunos de los sensores de peso no se instalaron y los sistemas no operaron, como bien se le informó a Suárez.

3. Carbosan continuó pagando por los sensores de peso a pesar de que no operaron

Las pruebas documentales, testimoniales y periciales que obran en el expediente confirman que, a pesar de que los sensores de peso no operaron correctamente, Carbosan pagó ininterrumpidamente las sumas que por ese concepto OPL continuó facturando, a sabiendas de las fallas. En verdad, cabe destacar que en varias cadenas de correos se pone de presente que los sensores de peso no se han instalado en su totalidad y que, los que sí se encuentran instalados, no operaron

correctamente. A continuación, se transcribe un ejemplo de las referidas comunicaciones:⁵⁵



En línea con lo anterior, el mismo Prada reconoció que, a pesar de las permanentes fallas en los sistemas en comento, lo cierto es que Carbosan jamás descontó el pago adicional que Suárez concedió a OPL por concepto, justamente, de esos sensores inoperantes.

⁵⁵ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 61.

Testimonio de Javier Prada

Respuesta: Hubieron mails en las cuales ellos pedían que por favor solucionáramos, o sea, buscáramos urgentemente a Gecolsa. Ya sea para cambiar los sensores a otros equipos o para hacerles mantenimiento. **Porque la verdad no le puedo negar que esos equipos, como ya comenté, se pasaban dañando por las condiciones y porque no eran equipos idóneos, de la misma marca, para los equipos. Cuando tu haces empanadas, por así decirlo, te resultan estos chicharrones. Y sí, nos mandaban correos de que ellos sabían. **Pero nunca nos descontaron [...].****

Audiencia del 8 de abril de 2021 (2:32:29 a 2:34:07)

Carlos José López corroboró también que los aludidos sensores de peso no operaron correctamente a pesar de que OPL siguió facturándolos y Carbosan continuó pagando ininterrumpidamente la tarifa plena, incrementada por Suárez:

Testimonio de Carlos José López

Respuesta: Nosotros nos enteramos de que la compañía estaba pagando una tarifa por tonelada al contratista OPL por unos sensores de peso. Cuando investigamos en la junta, porque realmente nos llamó la atención, encontramos:

(1) Que la junta directiva no había autorizado la compra de esos equipos, no obstante que, por las facultades o por la cuantía, debió dar la autorización.

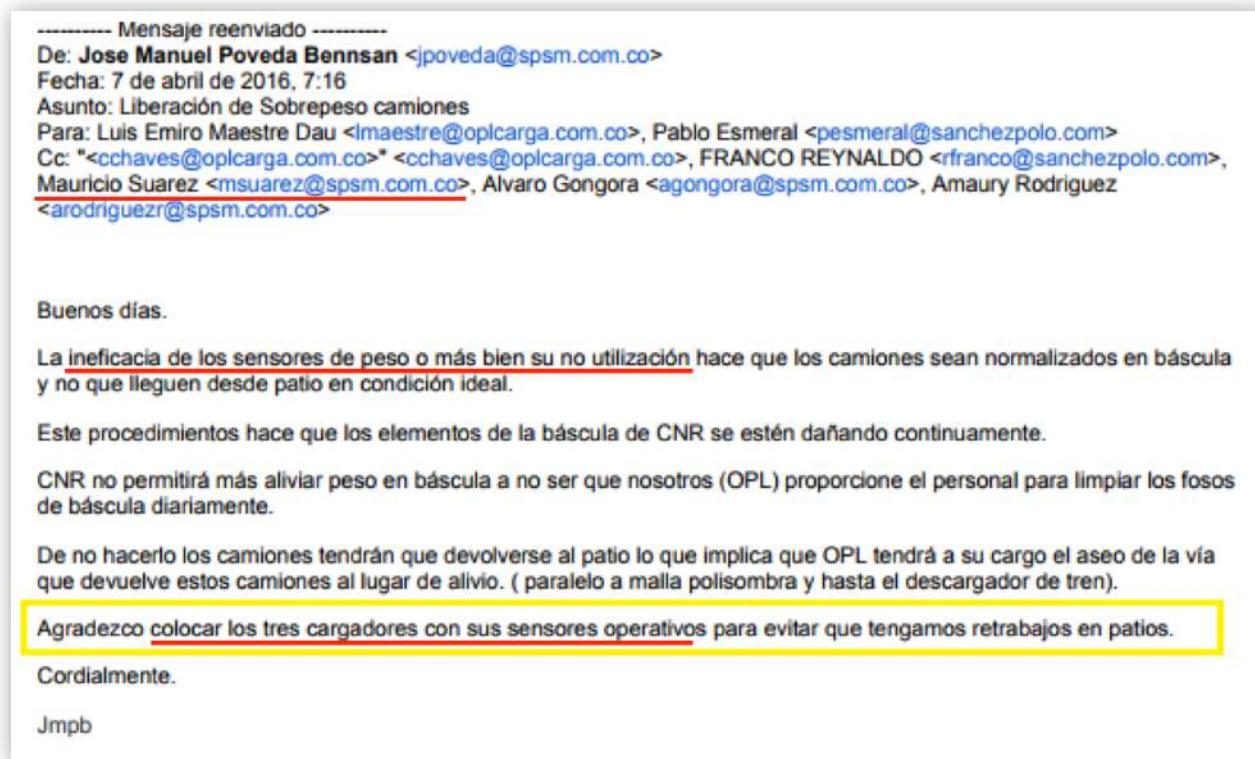
(2) **Que no se habían instalado esos equipos a todos los cargadores** que estaban en operación en el Puerto de Río Córdoba. Luego, por tanto, **esa tarifa que se había pactado por tonelada no podía cobrarse o facturarse para todas las toneladas** que se descargaban en Puerto de Río Córdoba [...]

(3) **Que de los 3 sensores de peso que se compraron [...] dos de esos sensores funcionaron defectuosamente** desde el principio y que, en un momento de la operación, **incluso los tres sensores de peso dejaron de funcionar**, no obstante lo cual **OPL seguía facturando** a Carbosan el servicio de los sensores de peso y **Carbosan continuaba pagándolos a OPL**. Intervino también el señor Suárez, en la investigación que hicimos en este tema de los sensores de peso, dando instrucciones a sus subordinados, a su equipo, para que la tarifa que cobraba OPL por los sensores de peso se incrementara [...]

Audiencia del 8 de abril de 2021 (2:32:29 a 2:34:07)

Cabe destacar que el demandado estaba plenamente al tanto de los problemas que presentaron los sensores de peso. En verdad, él hacía parte de las cadenas de correos a las que hizo alusión Javier Prada, en las que se le ponía de presente a OPL

que algunos sensores ni siquiera se habían instalado al paso que otros no funcionaban correctamente, según puede apreciarse en el siguiente ejemplo:⁵⁶



Causa franca perplejidad que, ante la inequívoca evidencia testimonial y documental que obra en el expediente, la Superintendencia haya optado por desconocer que los sensores de peso fallaron. De las fallas no solamente dio cuenta el mismo Javier Prada, sino también el doctor Carlos José López en su testimonio. La falla se encuentra documentada en varios correos, no solamente remitidos por Luis Maestre, sino también por José Manuel Poveda. A pesar de las fallas demostradas—y que el Delegado optó por pasar por alto—Carbosan continuó pagando íntegramente la tarifa concedida por Suárez. Así lo confirmó también el dictamen elaborado por Jorge Arango. El siguiente extracto de la referida experticia confirma que entre junio de 2015 y junio de 2016 Carbosan pagó continuamente a

⁵⁶ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3, p. 45 del Informe de Kroll.

OPL cuantiosas sumas por concepto de sensores de peso, a pesar de las irregularidades descritas en los párrafos anteriores:⁵⁷

Para responder esta pregunta, hago referencia a las facturas causadas en la contabilidad de CARBOSAN que están directamente relacionadas con el servicio de sensores de peso.

Tabla 12. Causación de facturas que obedecen a los sensores de peso dentro de la contabilidad de CARBOSAN

Fecha	Consecutivo	Valor
30/jun/2015	134483	19.624.241
21/jul/2015	135916	17.515.267
31/jul/2015	136773	12.422.590
20/ago/2015	137876	25.323.230
31/ago/2015	138687	22.854.085
16/sep/2015	139737	29.293.680
24/sep/2015	140389	30.811.623
14/oct/2015	141025	28.537.618
3/nov/2015	43392	32.693.625
1/dic/2015	44040	30.751.865
1/dic/2015	44039	33.086.008
10/dic/2015	144685	24.725.720
17/dic/2015	145503	31.943.233
2/feb/2016	45858	22.515.120
22/ene/2016	146993	29.008.105
15/feb/2016	147989	21.989.898
17/feb/2016	148231	30.347.362
9/mar/2016	149432	35.083.795
9/mar/2016	149433	36.537.850
4/abr/2016	47734	31.029.600
13/abr/2016	151258	22.029.697
3/may/2016	48527	29.970.392
23/may/2016	153767	32.530.434
8/jun/2016	154402	34.603.026
21/jun/2016	155604	13.699.140
Total		678.927.204

No cabe duda, pues, de que Carbosan pagó de manera ininterrumpida, y OPL continuó facturando, la tarifa unitaria por concepto de sensores de peso, en el monto incrementado gracias a Suárez, a pesar de que los sistemas en comento no se instalaron o no operaron.

⁵⁷ Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 24 del dictamen.

4. Suárez recibió beneficios económicos irregulares gracias a Javier Prada, con quien tiene una relación estrecha de amistad

En la medida en que los pagos reseñados en la subsección anterior se realizaron en favor de OPL, es indispensable recordar que, entre el demandado y Javier Prada, accionista y representante de la aludida sociedad, existen estrechos vínculos de amistad. Tal y como se explicó detalladamente en el capítulo anterior, son abundantes las pruebas del expediente que confirman que las relaciones entre Prada y Suárez trascendían los simples vínculos comerciales habituales. Una valoración juiciosa de las múltiples pruebas que obran en el expediente—y que se relacionaron en el capítulo anterior—permite llegar a una conclusión diametralmente opuesta a la planteada de manera ligera por el Delegado.

Más aún importante aún, en el capítulo anterior se puso de presente que el señor Prada, a través de su compañía C.I. Pradaz, le habría propiciado cuantiosas prebendas económicas al demandado, superiores a \$400 millones, mediante la estructuración de una operación simulada. Lejos de valorar esta situación, la Superintendencia la pasó abiertamente por alto, de manera injustificada.

5. Suárez no obtuvo autorización de ningún órgano social

Por último, cabe resaltar que las pruebas que obran en el expediente confirman que los órganos sociales de Carbosan jamás autorizaron el pago de una tarifa adicional por la instalación y operación de sensores de peso, en favor de OPL. Ciertamente, una revisión pormenorizada de todas las actas de junta de socios⁵⁸ y junta directiva,⁵⁹ las cuales obran íntegramente en el expediente, confirma que en ninguna de ellas consta aprobación alguna sobre el particular.

⁵⁸ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, actas n.º 27 a 53, correspondientes a reuniones de la junta directiva celebradas entre el 28 de febrero de 2013 y el 29 de julio de 2020.

⁵⁹ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, actas n.º 175 a 257, correspondientes a reuniones de la junta directiva celebradas entre el 31 de enero de 2013 y el 29 de julio de 2020.

B. Las conductas de Suárez contrariaron el ordenamiento societario

En esta sección se explicará que los hechos probados en relación con los pagos a OPL por concepto de sensores peso constituyen violaciones al régimen de administradores sociales que la Superintendencia de Sociedades habría debido declarar. En verdad, Suárez no solo violó restricciones estatutarias (1) sino que también infringió sus deberes de cuidado (2) y lealtad (3).

1. Suárez violó restricciones estatutarias objetivas

Para comenzar, debe recordarse que el artículo 35, literal b), de los estatutos sociales de Carbosan dispone que la celebración de cualquier contrato que supere en cuantía los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes requiere autorización previa por parte de la junta directiva, tal y como se reproduce a continuación:⁶⁰

b) Celebrar y
ejecutar los actos, negocios y contratos comprendidos dentro
del objeto social o que se relacionen con la existencia y
funcionamiento de la sociedad. <u>Todos aquellos cuya cuantía</u>
<u>exceda la suma de CIENTO (100) salarios mínimos mensuales</u>
<u>legalmente vigente, requerirán de la previa autorización de</u>
<u>la Junta Directiva.</u> c) Contratar los empleados y asesores que

Pues bien, en la medida en que el salario mínimo legal mensual vigente en 2015 ascendía a \$644.350⁶¹ y en 2016 a \$689.455⁶² el tope estatutario fijado para las facultades de contratación del representante legal correspondía, para cada uno de esos años, a \$64.435.000 y \$68.945.500 respectivamente. No obstante lo anterior, los pagos realizados en favor de OPL, y por autorización e instrucción de Suárez, superaron con creces dicha limitación cuantitativa. Ciertamente, según se vio, las

⁶⁰ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA.

⁶¹ Serie histórica registrada por el Banco de la República, disponible en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/salarios>

⁶² *Id.*

pruebas del expediente confirman que entre 2015 y 2016 Carbosan pagó a OPL, por concepto de sensores de peso, \$678.927.204.

A pesar de que, por su cuantía, autorizar y realizar los referidos pagos requería de aprobación por parte de la junta directiva, lo cierto es que el demandado jamás solicitó al referido órgano de administración la autorización estatutaria correspondiente para hacerlo.

Debe advertirse, en línea con lo anterior, que a través de la conducta descrita Mauricio Suárez incumplió de manera flagrante los deberes que le correspondían en calidad de representante legal de Carbosan, al exceder las facultades que estatutariamente le fueron atribuidas. Sobre este particular es importante resaltar que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores sociales tienen el deber específico de “[v]elar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales **o estatutarias**” (se resalta). En esa medida, por virtud de lo establecido en el citado artículo 200 del Código de Comercio, el señor Suárez tendría que responder por los perjuicios derivados del referido incumplimiento.

En este sentido, vale la pena hacer referencia a la decisión proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en el proceso de *Empas S.A.* En esa oportunidad, la Superintendencia de Sociedades encontró que el administrador demandado celebró varios actos y contratos que, de conformidad con los estatutos de la compañía, requerían de la autorización de la asamblea general de accionistas. En palabras de la Superintendencia de Sociedades:

“de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, el Despacho encuentra que **el demandado parecería haber suscrito cuatro acuerdos [...] sin contar con las respectivas autorizaciones [...].** Así las cosas, el Despacho encuentra que el demandado [...] **incumplió con los deberes que le correspondían** en su calidad de administrador de Empas S.A., al tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En consecuencia, el Despacho le **ordenará al demandado que**

indemnice a la sociedad demandante por los perjuicios derivados de su conducta” (se resalta).⁶³

Así las cosas, por virtud de lo establecido en el artículo 200 del Código de Comercio, la sociedad se encuentra legitimada para reclamar la indemnización de los perjuicios que le ocasionó el señor Suárez. Lo anterior por cuanto el demandado aprobó, sin autorización de junta directiva, el pago a OPL, por concepto de sensores de peso, en una cuantía excedía el tope objetivo fijado en los estatutos.

2. Suárez violó su deber de cuidado

A continuación se explicará que el demandado no desvirtuó la culpa que el ordenamiento jurídico presume en relación con sus conductas contrarias a los estatutos (a) y que, además, los hechos probados confirman su flagrante negligencia (b).

a. El demandado no desvirtuó su culpa presunta

Según se explicó ya, el tercer inciso del citado artículo 200 del Código de Comercio dispone que “en los casos de incumplimiento o **extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa** del administrador” (se resalta). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en su más reciente fallo en materia de responsabilidad de administradores sociales. En verdad, tal y como lo explicó dicha entidad en el caso de *Ladrillera S.A.*:⁶⁴

⁶³ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-12 del 19 de febrero de 2015.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de julio de 2021. Radicado. n.º 08001-31-03-005-2012-00109-01. Magistrado ponente: doctor Álvaro Fernando García.

De manera, pues, que cuando se está en presencia de alguno de esos eventos concretos que hacen operante la referida presunción, por ejemplo, cuando se afirma que el daño cuya reparación se persigue proviene de un acto u omisión del administrador violatorio de un mandato legal, **el actor queda eximido de la carga de probar el dolo o negligencia del demandado, por expresa voluntad legislativa.**

Por lo mismo, **correrá para el administrador accionado, ante la presunción *iuris tantum* que pesa en su contra, la carga de demostrar la ausencia de dolo o culpa en su actuar** o abstención profesional, o que concurre a su caso

En igual sentido, el Tribunal Superior de Cali, en la sentencia proferida en el caso de *CI Confecol S.A.*, precisó lo siguiente en relación con la aludida presunción de culpa:

“Por ende, ante la presunción legal citada, y la ausencia de prueba del actuar diligente de los demandados, también puede arribarse a la conclusión tantas veces expuesta, esto es, que el actuar de los señores de Lima Lefranc y Piedrahita Plata fue culposo” (se resalta).⁶⁵

Además de haber desconocido el precedente vertical que sobre la presunción de culpa han sentado sus superiores jerárquicos, la Delegatura también pasó por completo por alto su propio precedente horizontal, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de la sentencia n.º 2018-01-375562, del 16 de agosto de 2018:

⁶⁵ Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez

“De conformidad con la referida disposición, ‘en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador’. Pese a ello, de acuerdo con lo señalado por este Despacho [...], la aludida presunción de culpa no compromete, en forma automática, la responsabilidad patrimonial de los administradores. **Para tales efectos, es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial** que le sea imputable, en forma específica, a las acciones u omisiones de estos funcionarios. En otras palabras, el demandante debe satisfacer una carga probatoria relacionada con la **verificación, ante las instancias judiciales, de los perjuicios derivados de las actuaciones de los administradores**” (se resalta).

Por consiguiente, en la medida en que el demandado acordó realizar pagos a favor de OPL en exceso de las facultades que los estatutos expresamente le atribuyen, lo cierto es que la disposición citada hace que su culpa se presuma. Cabe destacar, en tal sentido, que en el presente proceso se acreditó cabalmente la existencia de perjuicios derivados de la celebración del referido negocio, según se verá al final de este capítulo. Así las cosas, puesto que la parte demandada no desplegó ningún esfuerzo en el transcurso del proceso para desvirtuar dicha culpa presunta en lo referente al contrato con OPL, Suárez debe ser condenado a indemnizar los perjuicios derivados de dicha operación.

b. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez

Además de que la parte demandada no logró desvirtuar la presunción de negligencia a que alude el artículo 200 del Código de Comercio, las pruebas del expediente confirman que Mauricio Suárez violó su deber de cuidado. Aunque la regla de la discrecionalidad suele poner a salvo a los administradores frente a cualquier reclamación por violaciones de dicho deber, lo cierto es que no impide que los administradores respondan por omisiones negligentes. En palabras de la Delegatura:

“En verdad, aunque la deferencia de los jueces cobija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, **tal protección no puede extenderse a las omisiones**

negligentes en que incurran tales funcionarios. En el presente caso, la sociedad demandante logró demostrar que el [representante legal] llevó a cabo la construcción de una vía de acceso a las instalaciones de la compañía sin contar con las licencias ambientales requeridas para el efecto. La precitada violación [...], derivada en forma directa del descuido injustificado del [administrador], dio lugar a que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impusiera diversas sanciones a Morocota Gold S.A.S. Por consiguiente, es claro que la omisión negligente en el cumplimiento de las funciones de representación legal compromete la responsabilidad del [representante legal], a la luz de lo previsto en los artículos 200 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995”.⁶⁶

Adicionalmente, la deferencia judicial tampoco suele ser aplicada cuando se demuestra que los administradores no han desplegado esfuerzos de supervisión respecto de los funcionarios y empleados de la compañía. Esto no solamente ha sido reconocido de tiempo atrás en derecho societario comparado,⁶⁷ sino que también se ha aceptado en la jurisprudencia local. En palabras del Tribunal Superior de Cali:⁶⁸

“Así, al administrador de una sociedad pueden asignársele como cargas propias de su parámetro de conducta (el del buen hombre de negocios) el **deber de vigilancia de la actividad empresarial, tanto del personal que presta sus servicios a la empresa, como de todas las actividades y negocios a que esta se dedica**” (se resalta).

⁶⁶ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-85 del 9 de julio de 2015. En igual sentido, cfr. Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-7 del 12 de febrero de 2016. En palabras de Reyes Villamizar, la legislación societaria vigente impone un “deber de cuidado sobre los funcionarios que trabajan bajo la dependencia de los administradores y que, por tanto, actúan a menudo con sujeción a las órdenes impartidas por aquéllos. Con ello se procura un mayor rigor en la supervisión de las labores de dependientes y subalternos”.

⁶⁷ Cfr. *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 968 (Del. Ch. 1996)

⁶⁸ Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez.

Así, pues, los pagos por concepto de sensores de peso en favor de OPL ascendieron a \$679,682,224 a pesar de que los sistemas no se instalaron en su totalidad y, en los casos en que sí lo hicieron, los sensores fallaron constantemente. No obstante—producto de una flagrante omisión negligente por parte de Suárez en el monitoreo de la operación y de sus subalternos—Carbosan continuó pagando íntegramente la tarifa convenida en favor de OPL y posteriormente inflada por el propio demandado. El señor Suárez incumplió su deber de cuidado al omitir desplegar esfuerzos mínimos de supervisión respecto de los funcionarios y empleados de la compañía encargados de la facturación y pagos a favor de OPL. Pagos que, por su cuantía, necesariamente habrían debido ser de conocimiento del Gerente, quien tenía la obligación estatutaria de someterlos a consideración de la Junta Directiva. Aunque se aceptara que el señor Suárez no estuvo al tanto de los pagos, a pesar de que los autorizó, ¿cómo puede pensarse que un administrador cuidadoso puede permitir que bajo sus narices se realicen erogaciones cuantiosas, que superan con creces los límites estatutarios que se le han impuesto?

Así las cosas, aunque se aceptara que el señor Suárez no incurrió en violaciones deliberadas de la ley y los estatutos—a pesar de que las pruebas confirman lo contrario—en cualquier caso debe reconocerse que los pagos en cuestión fueron consecuencia de inaceptables omisiones negligentes atribuibles a Mauricio Suárez. Conductas negligentes que, a la postre, le irrogaron a Carbosan los cuantiosos perjuicios que al final de este capítulo se reseñan y que, por consiguiente, deben ser resarcidos.

3. Suárez violó su deber de lealtad

Además de lo anterior, cabe ahora destacar que el demandado incumplió también su deber de lealtad al autorizar cuantiosos pagos a favor de OPL por concepto de sensores de peso. Lo anterior por cuanto el referido acto le representó un marcado conflicto de intereses al señor Suárez y se ejecutó sin contar con la autorización del máximo órgano social, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por virtud de lo establecido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, a los administradores les está prohibido celebrar actos que les representen un conflicto de intereses, a menos de que hayan agotado previamente el procedimiento contemplado en el referido numeral para efectos de lograr la correspondiente

autorización del máximo órgano social. En este punto es importante advertir que los conflictos de intereses no solamente se predicen de contratos o negocios ejecutados por el administrador en representación de la sociedad. Es perfectamente viable que el conflicto de intereses se configure en relación con un acto jurídico unilateral que deba desplegar el administrador en representación de la compañía correspondiente. No debe olvidarse que, según el tenor literal del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores sociales deben “[a]bstenerse de participar por sí o por interpuesta persona [...] en **actos** respecto de los cuales exista conflicto de intereses” (se resalta). El régimen de conflictos de intereses, entonces, no solamente cobijaría operaciones o negocios jurídicos celebrados por los administradores, sino también la ejecución de cualquier tipo de **acto** jurídico. En línea con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha definido el acto jurídico como “**una manifestación de voluntad** que tiene por fin la creación, la modificación o la extinción de un derecho” (se resalta).⁶⁹

Pues bien, el acto de autorizar y realizar los aludidos pagos en favor de OPL, por concepto de sensores de peso, efectivamente le representó a Mauricio Suárez un conflicto de esa naturaleza. Lo anterior por cuanto, según lo acreditan plenamente las pruebas que obran en el proceso—y que fueron pasadas por alto o valoradas inadecuadamente por la Superintendencia—Suárez recibió beneficios económicos de Javier Prada (a) y porque entre ambos existen vínculos que, además de tener el referido contenido económico, puede catalogarse como una relación de estrecha amistad y complicidad (b). En la medida en que los referidos pagos en favor de OPL no contaron con la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23, Suárez está llamado a indemnizar los perjuicios que le ocasionó a Carbosan (c).

a. Las prebendas económicas que recibió Suárez gracias a Prada nublan su juicio

En este punto debe recordarse que ni el citado artículo 23, ni las demás normas que componen el ordenamiento societario colombiano, definen qué debe entenderse por “conflictos de interés”. Sin embargo, la manera en que la propia Superintendencia de Sociedades ha llenado ese vacío legal en los últimos años permite concluir que no existe una taxonomía cerrada de situaciones potencialmente conflictivas. Ciertamente, los jueces están llamados a “establecer si el

⁶⁹ CSJ, SC, 27 de septiembre de 1961, GJ, XCVII, pág. 98 a 103.

administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido [...]” (se resalta).⁷⁰

Pues bien, el hecho de que entre Prada y Suárez existiesen irregulares vínculos de contenido económico permite concluir que aprobar y realizar pagos en favor de OPL por concepto de sensores de peso le representaba un marcado conflicto de intereses al demandado. No debe perderse de vista, en verdad, que gracias al concurso de Prada—quien accedió a expedir facturas de C.I. Pradaz, con cargo de SPSM, por servicios jamás prestados— Suárez percibió el cuantioso beneficio de \$400 millones, suma que se empleó para amortizar un crédito que había contraído para la construcción de su vivienda. Esta situación, sin duda, suscita un evidente conflicto de intereses en la medida en que tiene la virtualidad de comprometer el juicio objetivo del demandado a la hora de pagar tarifas adicionales a favor de OPL por los sensores de peso. Así lo ha reconocido la propia Delegatura en múltiples pronunciamientos:

“Por lo demás, este Despacho ya ha estudiado distintas hipótesis en las que un administrador cuenta con un interés económico significativo en una operación determinada. Sobre este aspecto, en la misma sentencia, se indicó que **puede presentarse un conflicto cuando el administrador tenga un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo.**⁷¹

En otros antecedentes, la Superintendencia advirtió que el conflicto de intereses para el administrador puede configurarse cuando ha recibido comisiones o prerrogativas económicas de otra índole. Según se puede apreciar en la sentencia n.º 800-52 de 2014:

⁷⁰ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-52 de 2014

⁷¹ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 2019-01-027460 del 2 de agosto de 2019. Cfr., así mismo, las sentencias n.º 2019-01-076754, 2019-01-086268, 2019-01-289510, 2019-01-292566 y 2019-01-321272

“El Despacho también pudo constatar que el señor Santiago Luque Torres **no cuenta con un interés económico significativo** en la operación controvertida, diferente del que le asiste en su calidad de socio de Luque Torres Ltda.³³ En este orden de ideas, el señor Luque Torres no es accionista de Constructora Urbana San Rafael S.A., **ni recibió una comisión** de esta compañía por la venta del inmueble en cuestión. Tampoco fue posible constatar la existencia de **otras prerrogativas económicas** que pudiesen nublar el buen juicio del señor Luque Torres en su calidad de representante legal de Luque Torres Ltda.”

En sentido similar se pronunció la Superintendencia de Sociedades en la sentencia n.º 2019-01-215807 del 27 de mayo de 2019, proferida en el caso de Grupo Marquitech S.A.S., así:

“Lo que sí resulta claro es, más bien, que entre el señor Munar Munar y el señor Layton Caviedes **existe una relación de amistad**, pues así se indicó por ambos demandados durante sus declaraciones.¹³

”El Despacho considera, en cualquier caso, que las circunstancias invocadas por la apoderada de los demandantes son insuficientes para concluir que la constitución de la hipoteca en cuestión se encuentra viciada de nulidad por conflicto de interés. Ello se debe a que, con la información aportada al expediente, no pudo verificarse la existencia de un **interés económico verdaderamente significativo** del demandado en la operación, como para que su juicio objetivo pudiera estar comprometido. No se acreditó, por ejemplo, que el señor Munar Munar **tuviera alguna expectativa económica** que pudiera haberse visto satisfecha con la celebración del referido acto jurídico. Tampoco existen indicios que apunten a que el demandado tuviera motivos para favorecer injustificadamente al señor Layton Caviedes a fin de obtener **prebendas personales con ocasión de algún negocio** celebrado entre los dos, por ejemplo” (se resalta).

En el presente caso, más grave aún que las hipótesis contempladas en las sentencias citadas, el demandado obtuvo prebendas y prerrogativas económicas **a partir de una operación simulada que el mismo Suárez clasificó como “de papel”** en sus cruces de correo con Prada. Esa operación anómala, en verdad, fue facilitada por el señor Javier Prada a partir de la irregular expedición de facturas por servicios no prestados, con lo cual no cabe duda de que le reportó una cuantiosa prerrogativa económica al demandado por valor superior a \$400 millones.

Debe hacerse especial énfasis en que esta situación no denota una simple relación comercial, como tendenciosamente pretendieron sugerirlo tanto Suárez como Prada, en sus declaraciones plagadas de información imprecisa y falsa. Lejos de haberse tratado de una simple operación habitual entre Suárez y CI Pradaz, las pruebas del expediente confirman que se trató de una maniobra simulada, carente de cualquier realidad económica, que le reportó una cuantiosa prebenda a Suárez. Difícilmente podría pensarse en otras circunstancias que puedan nublar en mayor medida el juicio objetivo de un administrador y sumirlo en un conflicto de intereses tan profundo. Causa franca perplejidad, por lo tanto, que la Superintendencia haya pasado por alto las anteriores circunstancias para desconocer la existencia de un marcado conflicto de intereses en este caso. Ello no solamente denota hondos defectos en la valoración probatoria adelantada por el Delegado, sino un desconocimiento frontal e injustificado del propio precedente sentado por la Superintendencia.

b. La estrecha relación de amistad y complicidad con Prada nubló el juicio del demandado

Por si lo anterior fuera poco, en el proceso se acreditó a cabalidad que entre Prada y Suárez existe también una estrecha relación de cercanía, amistad y complicidad, de suficiente entidad como para nublar el juicio objetivo del administrador en el contexto del contrato con OPL. Debe reconocerse en este punto que la Superintendencia de Sociedades ha indicado que una simple relación de amistad no basta para entender configurado un conflicto de intereses. Es indispensable acreditar, además, circunstancias que apunten a una cercanía de suficiente entidad como para, efectivamente, comprometer el discernimiento objetivo del administrador demandado. En el caso de Luque Torres, por ejemplo, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles precisó lo siguiente:

“la simple existencia de relaciones afectivas o de confianza suele ser insuficiente por sí sola—es decir, sin que además confluyan lazos de parentesco—para que se configure un conflicto de interés [...]. En todo caso, **no puede descartarse la posibilidad de que un demandante diligente logre acreditar vínculos afectivos o de confianza que puedan comprometer el buen juicio** de un administrador” (se resalta).⁷²

En el presente caso, la aprobación y realización de pagos adicionales en favor de OPL por concepto de sensores de peso le representaba un marcado conflicto de intereses al demandado, no solo por los beneficios económicos que habría recibido gracias a Prada, sino también por la cercanía que los unía a ambos, según se puede apreciar a partir de un verdadero caudal de indicios recopilados en el transcurso del proceso que dan cuenta de vínculos profundísimos entre ambos, capaces de nublar el juicio del demandado. En verdad, según se ha explicado ya, los siguientes elementos de juicio—inadecuadamente valorados o sencillamente ignorados por la Superintendencia—denotan cercanía, complicidad, amistad de Mauricio Suárez con Javier Prada y una inclinación marcada por favorecerlo:

- a. Existen cruces de correo que confirman un viaje conjunto en el que habrían participado Javier Prada y Mauricio Suárez a Cartagena, en el que por lo demás se organizó un fin de semana en paseo bote. Esto está lejos de constituir un comportamiento propio de simples relaciones comerciales.
- b. Otro cruce de correos da cuenta de la participación de Prada en la preparación de un viaje del demandado a Costa Rica. El representante legal y accionista de OPL le solicita a su pariente hacer “todo lo que se pueda para ayudar a este gran amigo y socio” y lo exhorta a llevarlo en “plan de pesca”.
- c. Un tercer cruce de correos da cuenta de reuniones privadas entre Suárez y Prada en la casa de alguno de ellos para discutir asuntos ajenos a la operación entre Carbosan y OPL y relativos a la utilización de facturas por servicios no prestados. Esto desborda los comportamientos que son propios de una simple relación comercial habitual.

⁷² Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-52 de 2014.

- d. OPL, justamente, accedió a suministrar copiosa información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligada a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales.
- e. Funcionarios de OPL accedieron a celebrar reuniones privadas con los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligados a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales.
- f. C.I. Pradaz accedió a suministrar información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligada a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales.
- g. Julián Palacio aseguró que Alberto Polo, funcionario de Sánchez Polo le manifestó que la asociación con OPL les fue impuesta por Carbosan. Este tipo de comportamientos no son típicos de una simple relación comercial y sugieren una inclinación de Suárez por favorecer a Prada.
- h. Javier Morelli aseguró que, en un contexto completamente diferente al descrito por el señor Palacio, Reynaldo Franco, otro funcionario de Sánchez Polo, le manifestó que la asociación con OPL les había sido impuesta desde Carbosan. Este tipo de comportamientos no son típicos de una simple relación comercial y sugieren una inclinación de Suárez por favorecer a Prada.
- i. Javier Prada fraguó una operación simulada con Mauricio Suárez, y accedió a expedir facturas por servicios que C.I. Pradaz jamás habría prestado ni cobrado, para que el demandado pudiese acceder a una muy cuantiosa prebenda económica. Esto denota un elevadísimo grado de cercanía y complicidad que a todas luces desborda las interacciones que se producen en el marco de relaciones comerciales habituales.

La estrecha amistad y complicidad de Suárez con Prada, aunada al hecho de que a través de CI Pradaz el demandado habría recibido un cuantioso beneficio económico gracias al representante y accionista de OPL, confirman que la aprobación y realización de pagos adicionales por concepto de sensores de peso viciado por un marcado conflicto de intereses.

Incluso si se aceptara la distorsionada tesis que ha tratado de promover Suárez—según la cual lo que ha existido con Javier Prada es una estrecha relación de negocios de largo tiempo—lo cierto es que esa circunstancia ha sido también entendida, por la jurisprudencia societaria reciente, como indicativa de un conflicto de intereses. Ciertamente, en el caso de *Bluepharma* la Delegatura de Procedimientos Mercantiles formuló las siguientes consideraciones sobre el particular:

“Pues bien, a la luz de todo lo anterior, el Despacho pudo concluir que, en efecto, la celebración de los contratos controvertidos le representaron un conflicto de interés a Diego Felipe Echeverri Zajía como representante legal de Bluepharma Colombia S.A.S., y accionista y administrador de Biogen Laboratorios de Colombia S.A.S., Grupo Internacional Farmacéutico Grufarma S.A.S., Nobel Farmacéutica S.A.S., OTC Consumer Pharmaceutical S.A.S. y Rowell Laboratorios S.A.S., **no solo al tener las calidades indicadas sino también al encontrarse probada la estrecha relación de negocios de largo tiempo con Fernando Londoño Benveniste, socio controlante de Biogen Laboratorios de Colombia S.A.S.**” (se resalta).⁷³

De nuevo, la Superintendencia de Sociedades desatendió injustificadamente su propio precedente horizontal a la hora de establecer la existencia de un conflicto de intereses en cabeza del señor Suárez. De haber valorado adecuadamente las pruebas disponibles—y de haber respetado su propio precedente—la Delegatura habría detectado el conflicto en comento. A pesar, pues, de que los actos de Suárez en beneficio del propietario de OPL le representaban un marcado conflicto de

⁷³ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 2019-01-321272 del 2 de septiembre de 2019.

intereses, lo cierto es que el demandado no obtuvo autorización del máximo órgano social para convenir y realizar los pagos en comento, por concepto de sensores de peso.

c. La operación no contó con la autorización del máximo órgano social

En este punto debe reiterarse que Mauricio Suárez no reveló el conflicto de intereses en que estaba incurso ni solicitó autorización de la junta de socios de Carbosan, al amparo del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, para convenir y realizar pagos adicionales en favor de OPL por concepto de sensores de peso. En caso de que no se obtenga la autorización aludida, los administradores están llamados a responder por los perjuicios sufridos por la compañía como consecuencia de la operación viciada por un conflicto de interés. Ciertamente, en el segundo inciso del artículo 2.2.2.3.5. del Decreto 1014 de 2015 se establece que “el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios”. Según lo explicó el la mismísima Superintendencia en el reciente caso de *Metabólica S.A.S.*:

“Por lo demás, esta Superintendencia también se ha pronunciado acerca de las consecuencias que acarrea la violación de las reglas vigentes en materia de conflictos de interés. Por una parte, podrá solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin darle cumplimiento a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 [...] **Por otra parte, podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, con ocasión de la violación expresa de los deberes legales a su cargo, por los perjuicios que cause con su actuar.** En los términos del ya citado artículo 5 [del Decreto 1925 de 2009], —‘el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios’” (se resalta).⁷⁴

Así las cosas, pues, el demandado debe ser condenado a indemnizar los daños que sufrió Carbosan como consecuencia de los pagos indebidos que realizó en favor

⁷⁴ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 2019-01-228204 del 31 de mayo de 2019.

de OPL por concepto de sensores de peso, en abierta contravención del régimen societario vigente en materia de conflictos de intereses. Según se verá a continuación, las pruebas periciales que obran en el expediente confirman que la operación en comento le causó graves perjuicios a la Compañía.

C. Las conductas de Suárez causaron perjuicios a Carbosan

Finalmente, debe resaltarse que el doctor Jorge Arango concluyó, en su dictamen, que las conductas de Suárez reseñadas en este capítulo sí le causaron un perjuicio a Carbosan por un valor, indexado a junio de 2021, equivalente a \$1.796.120.469, según se aprecia a continuación:⁷⁵

Pregunta	Hecho dañoso	Fecha - Valor	IBC	IPC
Pregunta 01	No haber seleccionado la menor tarifa disponible.	5.111.346.701	13.752.626.866	6.258.545.585
Pregunta 02	No haber propendido por el punto de equilibrio del proyecto Murray.	5.940.137.590	14.458.849.245	6.975.206.669
Pregunta 03	Pagar por sensores de peso no autorizados en el contrato.	678.927.201	1.796.120.469	823.982.456
Pregunta 04	No haber actuado con diligencia respecto de Plan Ambiental	450.638.626	1.115.598.043	530.014.135
Pregunta 05	Obtener recursos por concepto de la Compensación Flexible	394.448.271	2.074.279.769	547.448.116
Total		12.575.498.392	33.197.474.392	15.135.196.961

En este punto es indispensable recordar que en el régimen jurídico colombiano tiene plena vigencia el principio de reparación integral del daño, según el cual la víctima tiene derecho a ser indemnizada de manera plena, de forma tal que sea restituida—de la forma más fiel posible—a la situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso. Según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia reciente:

“la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone que ‘(...) la valoración de daños irrogados a las personas y

⁷⁵ Cfr. Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 13.

a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad (...)’ (se resalta).

”La anterior supone [...] el deber jurídico de **resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o al menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo**” (se resalta).⁷⁶

En línea con lo anterior, es importante poner de presente que, en criterio técnico del perito Arango, la actualización mediante una tasa de indexación equivalente al IBC es aquella que permite reconocer cabalmente la pérdida de oportunidad sufrida por Carbosan como consecuencia de los daños irrogados por Suárez. La actualización por IPC, que de cualquier forma fue calculada en el dictamen, no reconoce ese costo de oportunidad sufrido por Carbosan, como lo advirtió el doctor Arango:⁷⁷

En el caso analizado, se debe suponer lo que habría ocurrido de no haber sufrido CARBOSAN una pérdida dineraria como consecuencia de las actuaciones del señor Mauricio Suárez. A este concepto se le denomina, como se mencionó, el costo de oportunidad de los recursos, ya que el dinero es un bien que, por sus características implícitas, está en capacidad de generar más dinero. Así, “puesto que los recursos son escasos, el costo de oportunidad de toda inversión en capital consiste en un consumo actual al que se renuncia.”⁹

Sí bien es cierto que la actualización por IPC mantiene el poder adquisitivo del dinero, la misma no reconoce una perspectiva de remuneración alguna para quien haya sufrido el menoscabo de su patrimonio. Es de uso común en la práctica jurídica reconocer que, al tenor del Artículo 884 del Código de Comercio, “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente.”

Dicho de otra forma, el único método de indexación que permite, además, reconocer la pérdida de oportunidad sufrida por mi poderdante—para en esa medida garantizarle una reparación integral—es aquel que emplea como referente la tasa del IBC. Esta aproximación, por lo demás, encuentra sustento en la literatura más

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de junio de 2018. Magistrado Ponente: doctor Luis Armando Tolosa.

⁷⁷ Cfr. Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 11.

especializada en materia de responsabilidad civil. En palabras del profesor Tamayo Jaramillo:

“Muchas veces el lucro cesante consiste en el interés lucrativo o puro que habría producido la suma de dinero que, en principio, perdió la víctima a causa de la ocurrencia del daño [...] En estos ejemplos, el capital que habría continuado en el patrimonio del actor (daño emergente) o habría ingresado en el mismo (lucro cesante), no solo se desvalorizó monetariamente sino que, a su vez, dejó de producirle utilidades al perjudicado. Por tanto, una indemnización plena debe comprender no solo esa desvalorización sino también el interés puro o lucrativo” (se resalta).⁷⁸

No cabe duda, por consiguiente, que una verdadera reparación integral del daño que le ocasionó Mauricio Suárez a mi poderdante debe partir de una tasación en cuya indexación se considere la tasa indicada de preferencia por el perito.

Cabe resaltar, por lo demás, que la tasación adelantada por el doctor Arango no fue objeto de una verdadera refutación o contradicción técnica por parte del demandado. En efecto, basta con revisar el “dictamen” rendido por César Rodríguez, perito designado por Mauricio Suárez, para constatar que se trata de una reproducción de los alegatos de conclusión de sus abogados, con tan solo algunas consideraciones sobre supuestos errores aritméticos que pretendió atribuirle al doctor Arango. Errores aritméticos que, según se pudo apreciar en la respectiva audiencia de contradicción, no fueron más que equivocaciones que el propio perito designado por el señor Suárez reconoció como suyas tras confesar que padecía de “dislexia numérica”.

Así las cosas, respetuosamente solicitamos al Despacho condenar a Mauricio Suárez a indemnizar los perjuicios, tasados en \$1.796.120.469, que le irrogó a Carbosan en el contexto de la autorización y realización de pagos a favor de OPL por el concepto de sensores de peso.

⁷⁸ Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, (2013, Editorial Legis, Bogotá, D.C.), p. 729

III. VIOLACIONES RELACIONADAS CON LAS SANCIONES DE LA ANLA

En este capítulo se explicará que la Superintendencia ignoró las pruebas que confirman que Mauricio Suárez ocultó a la junta directiva una crisis ambiental que desembocó en la suspensión temporal de actividades de Carbosan, a pesar de que estuvo siempre al tanto de múltiples visitas de la ANLA en las que se formularon requerimientos por desviaciones del Plan de Manejo Ambiental imputables a sus propias acciones y omisiones (A). Estas conductas, contrarias a la ley y a los estatutos (B), causaron perjuicios a la Compañía (C).

A. Acerca de los hechos que resultaron probados en el proceso

En esta sección se explicará que las pruebas practicadas en el transcurso del proceso confirman: que la sanción de la ANLA se impuso después de que en varias visitas, realizadas entre enero y mayo de 2016, se detectaron desviaciones en el Plan de Manejo Ambiental (1), que Mauricio Suárez estaba plenamente al tanto de las referidas visitas y de los hallazgos de la ANLA (2), que las desviaciones son imputables a acciones u omisiones del demandado (3) y que el demandado no informó oportunamente a la junta directiva acerca de la crisis ambiental (4).

1. La ANLA efectuó múltiples visitas y formuló requerimientos a Carbosan

La sanción de suspensión temporal de actividades fue impuesta por la ANLA tras siete visitas que se realizaron a las instalaciones de la Compañía en un período de diecisiete semanas, según se resume en la siguiente tabla:

Tabla n.º 2
Relación de Visitas de la ANLA
Medida de suspensión impuesta por Resolución n.º 505⁷⁹

Fecha	Objeto de la visita
22-Ene-16	Verificar el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental.
1-Feb-16	Verificar acciones de mejora a hallazgos del 22-Ene
8-Mar-16	Verificar el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental.
14-Abr-16	Verificar el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental.
4-May-16	Verificar el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental.
10-May-16	Verificar el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental.
18-May-16	Medida preventiva de suspensión de operaciones

En el transcurso de esas visitas, por lo demás, se registraron varios hallazgos de desviaciones del Plan de Manejo Ambiental—contenido en la Resolución n.º 1279 del 24 de diciembre de 1998, expedida por la autoridad medioambiental—y se formularon requerimientos reiterados a la Compañía para ajustar su actividad a las exigencias ambientales. Todo lo anterior puede corroborarse, por lo demás, en la Resolución n.º 505 del 12 de mayo de 2016 de la ANLA, de la cual se extraen a continuación algunos apartes relevantes:⁸⁰

⁷⁹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 51, p. 10-12 del anexo. Cfr., también, radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 201 de la junta directiva, correspondiente a reunión del 19 de mayo de 2016, pág. 2 de los anexos del acta. Diapositiva “visitas realizadas”.

⁸⁰ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 53, p. 9 del anexo (hoja 2 de la resolución).

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Que con el fin de verificar los hechos expuestos en las quejas antes citadas, el Grupo Técnico del Sector de Infraestructura de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, realizó la práctica de una visita técnica de seguimiento ambiental al proyecto "Puerto Carbonífero de Santa Marta" de la Sociedad Operadora de Carbón de Santa Marta LTDA -CARBOSAN LTDA, el día 15 de marzo de 2016.

Que igualmente, la Inspectora Regional del Magdalena de esta Autoridad Ambiental efectuó visitas técnicas los días 22 de enero, 01 de febrero, 08 de marzo, 14 y 15 de abril del 2016, al área del proyecto "Puerto Carbonífero de Santa Marta".

Que con ocasión a lo evidenciado por el Grupo Técnico de esta Autoridad Ambiental, se emitió el Concepto Técnico No. 1761 del 20 de abril de 2016, a través del cual se recomendó imponer medida preventiva de suspensión inmediata de las operaciones de recibo, almacenamiento y cargue de carbón, toda vez que en la fecha de la realización de las visitas arriba señaladas se verificó que la Sociedad Operadora de Carbón de Santa Marta LTDA -CARBOSAN LTDA, presuntamente está incumplimiento con las obligaciones previstas en la Resolución No. 1279 del 24 de diciembre de 1998, modificada por la Resolución No. 0094 del 25 de enero de 2005 y demás actos administrativos, y está poniendo en riesgo de afectación de los recursos aire, fauna y agua.

De las referidas visitas reiteradas, y de los hallazgos realizados, también da cuenta pormenorizada el Concepto Técnico n.º 1761, proferido por la ANLA tras una visita realizada el 15 de marzo de 2016, tal y como se puede apreciar en el siguiente extracto:⁸¹

2.1. Hallazgos visitas de Inspección Ambiental

En las vistas realizadas por la Inspectora Regional de la ANLA, los días 22 de enero, 01 de febrero y 08 de marzo de 2016, las cuales fueron acompañadas por representantes de la empresa; en dichas visitas se realiza recorrido por las áreas operativas del puerto, evidenciando, que la empresa, aunque gradualmente ha implementado mejoras, no está cumpliendo con las medidas de manejo ambiental definidas en el Plan de Manejo Ambiental.

⁸¹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 52, pp. 15 del concepto.

Sobre las visitas y los requerimientos de la ANLA que antecedieron la imposición de la sanción de suspensión también se pronunciaron varios miembros de la junta directiva de Carbosan. En palabras de Carlos José López:

Testimonio de Carlos José López

Pregunta: ¿Existió alguna relación entre la sanción impuesta por la ANLA y un episodio de auto-combustión del carbón?

Respuesta: No, no. Ninguna. Los motivos por los cuales la ANLA impone la sanción están consignados en un concepto técnico que emitió la ANLA en la última visita que hizo a las instalaciones en el mes de mayo. Ese concepto técnico lo reproduce la resolución que impuso la medida de suspensión provisional. Ese concepto técnico no hace mención de ese episodio. Las causas por las que se toma la medida de suspensión **son el incumplimiento, o la falta de atención, a cinco o seis requerimientos que hizo la ANLA y que incluía o consideraba desviaciones al Plan de Manejo Ambiental** y que la ANLA requería que se corrigieran.

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (01:51:14 a 01:51:30)

En igual sentido se pronunció Javier Morelli, miembro de junta directiva de Carbosan, según se puede apreciar en el siguiente extracto:

Testimonio de Javier Morelli

Respuesta: “Fuimos sorprendidos en el año 2016 con una resolución de la ANLA donde nos suspendía las actividades [...]. Eso ocurrió, lamentablemente, **después de 4 o 5 llamados de atención que hizo el ANLA** y que desafortunadamente no atendió Carbosan en su momento.

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (4:53:58 a 4:55:19)

Es importante advertir, en este punto, que la situación ambiental por la que atravesó la Compañía a comienzos del 2016 no fue trivial, como intentó hacerlo ver el señor Suárez en su interrogatorio. En verdad, los hallazgos y requerimientos de la ANLA no correspondieron a asuntos cotidianos o de poca trascendencia. Se trataba, en realidad, de hallazgos de especial envergadura, que trascendían los asuntos habituales que solía identificar la referida autoridad en sus visitas. Así lo reconoció Raúl Maestre, uno de los testigos solicitados por la parte demandada:

Testimonio de Raúl Maestre

Pregunta: ¿Cómo veía usted, encargado de este punto, los hallazgos que se estaban presentando? ¿Eran hallazgos importantes o eran hallazgos suaves?

Respuesta: Tan críticos que lo informamos a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales. **Tan críticos que informamos lo que nos estaba ocurriendo [...]** Digamos que es una situación que **calificamos como como una desviación importante** en la operación. Y era **conocimiento del comité y era conocimiento del presidente** y seguramente la junta se enteró, porque hubo una carta de la ANLA diciendo lo que nos estaba ocurriendo.

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (08:34:53 a 08:36:35)

En síntesis, pues, en la antesala de la sanción de suspensión la ANLA realizó siete visitas a las instalaciones de Carbosan durante una ventana de tiempo de diecisiete semanas, vale decir, entre el 22 de enero y el 18 de mayo de 2016. Durante las referidas visitas se detectaron importantes desviaciones del Plan de Manejo Ambiental y se formularon requerimientos para la mitigación de hallazgos que desbordaban lo meramente cotidiano. A continuación, se verá que Suárez estaba plenamente al tanto de la situación reseñada o, a lo menos, habría debido estarlo.

2. Suárez sabía de las visitas, hallazgos y requerimientos de la ANLA

Como de costumbre, el demandado faltó a la verdad en su interrogatorio y le hizo creer a la Superintendencia la inverosímil tesis de que se enteró de las visitas, hallazgos de desviaciones y requerimientos de la ANLA al mismo tiempo en que lo supo la junta directiva, vale decir, solo cuando se impuso la medida de suspensión preventiva de operaciones. Según su declaración:

Interrogatorio de Mauricio Suárez

Pregunta: ¿En qué momento se enteró usted de los requerimientos formulados por la inspectora regional de la ANLA [...] y que constan en las actas de múltiples visitas practicadas entre enero y mayo de 2016?

Respuesta: Pues yo realmente recuerdo que eso fue un tema de análisis en la junta directiva de Carbosan. Y realmente nosotros vivimos en ese momento, cuando se toma la medida cautelar, los requerimientos en detalle y en un informe que hizo un auditor externo. **Pero me enteré junto con la junta directiva.**

Audiencia del 24 de septiembre de 2020 (3:56:49 a 3:57:30)

La mentira del señor Suárez se cae de su propio peso. Si él informó a la junta directiva de la crisis ambiental, ¿cómo es posible que se haya enterado de ella en el mismo momento en que se enteró el órgano de administración? A pesar del desesperado intento del demandado por sugerir que nunca tuvo conocimiento previo de la situación, las pruebas del expediente confirman, con absoluta contundencia, que Mauricio Suárez estuvo plenamente al tanto de las numerosas visitas, hallazgos y requerimientos de la ANLA durante el referido período de diecisiete semanas. Pruebas que, cabe resaltar, la Superintendencia valoró inadecuadamente o ignoró por completo.

El principal canal a través del cual el señor Suárez tuvo conocimiento de la crisis ambiental fue el Comité de Gerencia que sesionaba periódicamente con los

vicepresidentes y directores de CarboSan. Según lo podrá apreciar el Despacho a partir de la valoración de las pruebas practicadas, es claro que el señor Mauricio Suárez lideraba el referido comité, y que las reuniones de dicho órgano se celebraban de manera asidua. Causa sorpresa que la Superintendencia no hubiese dado crédito a las múltiples pruebas que confirman la existencia de las referidas reuniones, cuando de ella dio cuenta no solamente el demandado, sino por lo menos otros tres o cuatro testigos.

En verdad, sobre la composición del Comité de Gerencia vale la pena traer a colación la siguiente declaración de Raúl Maestre, testigo que fue solicitado por la parte demandada:

Testimonio de Raúl Maestre

Pregunta: ¿Nos podría precisar, el comité al que tantas veces ha hecho alusión, quienes lo integraban, en donde se enteró de estas situaciones?

Respuesta: Sí. Estaba el presidente de la compañía, Mauricio Suárez Ramírez, el director jurídico que a su vez era el secretario general de la junta directiva, el director o directora financiera, el director o directora comercial, el director de seguridad, el director de operaciones y el director técnico

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (7:24:43 a 7:25:22)

Adicionalmente, el señor Maestre precisó que el aludido comité se reunía con bastante frecuencia, particularmente cuando la Compañía atravesaba situaciones o enfrentaba contingencias que exigían prioritaria atención. En sus palabras, las reuniones de comité se llegaban a celebrar semanalmente:

Testimonio de Raúl Maestre

Respuesta: Hacíamos recurrentemente comités. Incluso había meses que eran comités semanales, porque eran temas que teníamos que atender de manera prioritaria.

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (7:24:43 a 7:25:22)

Fue justamente en el contexto de esas habituales reuniones del Comité de Gerencia que se ventilaron, ampliamente, los hallazgos y requerimientos formulados por la ANLA durante las siete visitas realizadas entre el 22 de enero y el 18 de mayo de 2016. Si el comité se reunía con elevada frecuencia, incluso semanalmente, es impensable que entre esas fechas—que cobijan una ventana de diecisiete (17) semanas—no se haya celebrado ni una sola reunión de Comité para abordar asuntos ambientales.

De hecho, la discusión de estos asuntos en el seno del referido Comité no solamente la confirmaron dos vicepresidentes, Álvaro Góngora y Raúl Maestre, sino que el propio Suárez. El demandado confesó que en esas reuniones uno de los asuntos que se discutía con particular detenimiento tenía que ver con la situación ambiental de la sociedad. En verdad, el propio demandado advirtió lo siguiente, que contradice su propia aseveración de no haber estado al tanto de la situación a tiempo:

Interrogatorio de Mauricio Suárez

Respuesta: Entonces nuestra... nuestra... nuestra... llamemos las funciones mías en ese aspecto, básicamente era en los comités de gerencia. **El primer punto que se trataba antes de la operación, como también el primer punto que se llevaba a todas las juntas directivas, era el informe precisamente ambiental.**

Audiencia del 24 de septiembre de 2020 (3:12:32 a 3:13:48)

La Superintendencia ignoró por completo, en su Sentencia, que el propio demandado confesó que en su Comité de Gerencia se ventilaban, como primer punto de orden, los asuntos ambientales. También ignoró las contundentes afirmaciones del Vicepresidente de Operaciones de Carbosan, Álvaro Góngora, quien de manera consistente con el propio decir de Suárez aseguró, en su testimonio, que las visitas, hallazgos y requerimientos de la ANLA fueron objeto de discusión y análisis en el seno del referido Comité de Gerencia:

Testimonio de Álvaro Góngora

Pregunta: ¿Cómo sabe usted que el señor Suárez conoció esos requerimientos [de la ANLA]?

Respuesta: Bueno, eso fue motivo de varias reuniones. Tengo presente tal vez, en alguna oportunidad, **un comité donde la Vicepresidencia de Seguridad [Raúl Maestre] expuso y llevó, con la Vicepresidencia de Infraestructura, algunas soluciones o algunas propuestas** para mejorar o mitigar el impacto [...] implementando barreras, o algo. El impacto de la erosión de las pilas de carbón. Esa, por ejemplo, la tengo presente en su momento. Se habló y se discutió el tema sobre eso.

Pregunta: ¿Esta reunión del comité que se está mencionando ocurrió **antes de la suspensión** ordenada por la ANLA?

Respuesta: Sí, sí, sí, sí. **Sí, estoy seguro.**

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (2:01:28 a 2:02:39)

En idéntico sentido, el señor Raúl Maestre, Vicepresidente de Seguridad y encargado de la dimensión ambiental de las operaciones de Carbosan para la época en que ocurrieron los hechos, confirmó que las visitas, los hallazgos y los requerimientos de la ANLA eran oportunamente puestos en conocimiento del Comité de Gerencia, del cual hacía parte Mauricio Suárez. Según Maestre:

Testimonio de Raúl Maestre

Pregunta: ¿Usted informó acerca de estos hallazgos de la ANLA, de la visita del 22 de enero, a alguien dentro de la compañía?

Respuesta: **Todos esos hallazgos.** Cuando el ANLA va a la empresa, o visita cualquier instalación portuaria, se levanta un acta. Esa acta se firma por los que acompañamos esa visita. Se da a conocer al gerente de operaciones, pues por ser un documento ambiental hace parte del sistema de gestión. **Y se presenta en comité de gerencia. Se da a conocer de que hay una contingencia** [...]

Pregunta: ¿De ese comité forma parte el señor Mauricio Suárez?

Respuesta: **Por supuesto.**

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (8:26:17 a 8:27:22)

Cabe resaltar, por lo demás, que al Comité de Gerencia se le informó acerca de absolutamente todas las demás visitas de la ANLA y, según se aprecia en el siguiente extracto del testimonio del señor Maestre:

Testimonio de Raúl Maestre

Pregunta: Le voy a leer las fechas de las siguientes visitas de la ANLA, anteriores a la adopción de esta medida especial [...]: 8 de marzo, 14 de abril, 4 de mayo, 10 de mayo y 18 de mayo del 2016. ¿Esas se le informaron al Comité de Gerencia?

Respuesta: Sí. Todas eran informadas. Probablemente las de mayo, que eran casi que consecutivas, se informaron de manera en una sola reunión por decir algo, pero eso está informado

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (8:27:58 a 8:28:58)

En síntesis, pues, en la antesala de la sanción de suspensión, las visitas de la ANLA y sus hallazgos, permanentemente se informaron a Suárez en el contexto del Comité de Gerencia. A pesar de la contundencia de las declaraciones transcritas, en la Sentencia se puede apreciar la siguiente preocupante aseveración:

Se destaca que en ninguna de las declaraciones testimoniales que se practicaron en el presente proceso se afirmó de forma categórica que el demandado conoció de todas las desviaciones del plan de manejo ambiental que dieron origen a la medida preventiva de la autoridad ambiental pues, según ha quedado registrado, los testigos que declararon acerca de los hechos asociados a este evento se centraron solo en algunas pocas infracciones en particular. En todo caso, no existe en el expediente ninguna clase de prueba que soporte lo declarado por los testigos acerca de la realización de comités o reuniones en los que se le informara al administrador acerca de la totalidad de los hallazgos ambientales encontrados por la respectiva autoridad.

Es incomprensible que la Superintendencia haya concluido que las pruebas no daban cuenta del conocimiento, por parte de Suárez, de la situación medioambiental. La propia declaración del demandado lo sugiere y, por lo demás, dos testigos—que no fueron objeto de tacha de sospecha, como equivocadamente se dijo en la Sentencia—categóricamente aseguraron que la crisis ambiental se discutió en el

Comité de Gerencia. No solo uno sino dos testigos solicitados por el propio Suárez confirmaron que todos los hallazgos de la ANLA se ventilaron en el Comité de Gerencia. Comité durante el cual, según la declaración del mismísimo Suárez, el primer punto de orden tenía que ver con la situación medioambiental. Semejante ligereza en la valoración probatoria, por parte del Delegado, distorsionó por completo el resultado del litigio.

A pesar de que las anteriores pruebas confirman, con contundencia, que en efecto durante dichas reuniones se ventilaron los hallazgos de la ANLA, la Superintendencia echó de menos la existencia de documentos que resumieran lo ocurrido durante las sesiones o que confirmara lo que varios testigos adujeron. Es decir, la Delegatura creó una suerte de tarifa legal para el tipo de prueba que debe aportarse en relación con lo ocurrido durante reuniones entre un representante legal y sus vicepresidentes. En la medida en que los Comités de Gerencia no son un órgano estatutario o legal, sino simplemente un foro informal que utilizaban los administradores de Carbosan para coordinar semanalmente el desarrollo de las funciones, es comprensible que de dichos encuentros no existan actas. Bajo la tesis de la Superintendencia, entonces, sería necesario que de toda reunión con un representante legal se levante un acta, para poder luego demostrar en instancias judiciales lo ocurrido.

¿Acaso los testimonios no son una prueba admitida bajo la legislación procesal vigente para acreditar lo que pudo haber ocurrido en una determinada reunión respecto de la cual la legislación no exige el levantamiento de actas? Por supuesto que sí lo son. Y recuérdese que aquí no se trató simplemente del testimonio aislado de algún funcionario. Fueron varios los testigos, todos ellos solicitados por el demandado. Además, sus declaraciones no solamente fueron consistentes entre sí a la hora de asegurar que los hallazgos se ventilaron en el Comité, sino que también guardan coherencia con las manifestaciones del señor Suárez durante su interrogatorio.

Ahora bien, incluso si no se hubiese llevado el asunto a los Comités de Gerencia—a pesar de que numerosas pruebas confirman que sí ocurrió—lo cierto es que eso no exonera al señor Suárez de su deber de mantenerse al tanto de lo que ocurría en materia de cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental. Además de que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 le impone la obligación perentoria de velar por el cumplimiento de la ley, los estatutos de Carbosan expresamente le asignan la

responsabilidad de monitorear el correcto cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental, tal y como se desprende de las siguientes funciones que el artículo 35, en sus literales k) y o), le atribuye al representante legal:⁸²

k) Cumplir y hacer cumplir las exigencias y requisitos relacionados con el funcionamiento de la sociedad.

o) Dirigir, coordinar y controlar la ejecución de los planes y programas de la sociedad.



Como bien puede apreciarse, los estatutos sociales expresamente le asignaban al señor Suárez la función de “cumplir y hacer cumplir” exigencias que, como las del Plan Ambiental, están relacionadas con el funcionamiento de la sociedad. En igual sentido, era su deber “dirigir, coordinar y controlar la ejecución de planes” como el Plan de Manejo Ambiental.

Y es que no sobra recordar que el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental no es un asunto cualquiera. No se trata, como al parecer lo entendió la Superintendencia, de un tema de segundo orden sobre el cual un representante legal puede desentenderse simplemente mediante la delegación de funciones o labores a algunos subalternos. Para una sociedad como Carbosan, cuyo principal objeto no es otro que el de operar un puerto bajo la correspondiente licencia ambiental conferida por el Estado, el cumplimiento del referido Plan de Manejo Ambiental es tal vez el asunto medular y de mayor trascendencia para la actividad económica de la compañía.

Es evidente, por tanto, que Mauricio Suárez sabía de las desviaciones del referido plan. De ello dan cuenta numerosos testimonios que son consistentes entre

⁸² Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA.

sí e incluso coinciden con el contenido del mismísimo interrogatorio del demandado. De cualquier manera, es indudable que el señor Suárez habría debido, de conformidad con la ley y los estatutos, estar al tanto de las desviaciones medioambientales.

3. Las desviaciones del Plan de Manejo Ambiental son imputables a Suárez

En esta subsección se explicará que las desviaciones del Plan de Manejo Ambiental son directamente imputables a acciones u omisiones deliberadas del señor Mauricio Suárez. En verdad, las pruebas del expediente demuestran que: Suárez participó en la decisión de utilizar vehículos que estaban prohibidos en el referido Plan de Manejo Ambiental (a), que incluso si se aceptara que no participó activamente en la toma de dicha decisión, de cualquier manera estaba al tanto de la utilización de dichos vehículos y no adoptó ninguna medida para impedirlo (b) y que durante reuniones del comité de gerencia decidió no instalar las barreras requeridas para cumplir con el Plan de Manejo Ambiental (c).

a. Suárez decidió usar vehículos prohibidos en el Plan de Manejo Ambiental

En este punto es de vital relevancia llamar la atención del Despacho sobre la que fue una de las principales desviaciones que motivó la sanción de suspensión impuesta por la ANLA a Carbosan en mayo de 2016. Según se puede apreciar en el Concepto Técnico que emitió dicha entidad tras una visita efectuada a la Compañía el 15 de marzo de 2016, una de las desviaciones ambientales detectadas tuvo que ver con la utilización de camiones volcos para descargar carbón directamente en el patio de Carbosan:⁸³

⁸³ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 52, pp. 3, 24 y 28 del anexo.

- Se observó el ingreso de un Volco de placas TTU985, para descargar carbón en patio ANCON, el representante del puerto informa que se hace transferencia de carbón entre patios, sin embargo, se confirma la placa con la representante de CNR quien confirma que el volcó salió de CNR.



Foto 87. Patio Ancón. Volco que iba a dejar la carga directamente en el patio.



Fuente: Equipo Técnico de la ANLA – Visita de seguimiento Atención a Queja Marzo 15 de 2016

La referida desviación del Plan de Manejo Ambiental fue luego reproducida en la Resolución n.º 505 de la ANLA como uno de los motivos para imponer la

medida provisional consistente en ordenar la suspensión de operaciones de Carbosan. Según se lee en el referido acto administrativo:⁸⁴

- Se observó el ingreso de un Volco de placas TTU985, para descargar carbón en patio ANCON, el representante del puerto informa que se hace transferencia de carbón entre patios, sin embargo, se confirma la placa con la representante de CNR quien confirma que el volcó salió de CNR.

Varios testigos—e incluso el mismo demandado—reconocieron que la utilización de camiones volcos para descargar directamente el carbón en los patios de la Compañía constituyó la violación más grave del Plan de Manejo Ambiental que desembocó en la imposición de la sanción de suspensión por parte de la ANLA. Así lo explicó, por ejemplo, el doctor Javier Morelli, director de la Compañía:

Testimonio de Javier Morelli

Respuesta: Fuimos sorprendidos en el año 2016 con una resolución de la ANLA donde nos suspendía las actividades. **De las razones gruesas de la resolución, la primera de ellas era que estábamos incumpliendo el Plan de Manejo Ambiental: particularmente, la compañía Carbosan estaba descargando los carbones que llegaban al puerto en volquetas.** Esto estaba prohibido claramente en el Plan de Manejo Ambiental y eso lo venía haciendo la sociedad.

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (4:53:58 a 4:55:19)

En igual sentido se pronunció el testigo Carlos José López, quien también identificó la utilización de volquetas para descargar carbón como una de desviaciones centrales que motivaron la suspensión de operaciones:

⁸⁴ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 53, p. 13 del anexo (hoja 11 de la Resolución).

Testimonio de Carlos José López

Respuesta: Las causas por las que se toma la medida de suspensión **son el incumplimiento, o la falta de atención, a cinco o seis requerimientos que hizo la ANLA y que incluía o consideraba desviaciones** al Plan de Manejo Ambiental y que la ANLA requería que se corrigieran. **La principal de las cuales, repito, el descargue de carbón con unas volquetas** directamente en el patio, sin pasar por el sistema de cargue directo, violando flagrantemente una expresa prohibición del Plan de Manejo Ambiental.

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (01:51:14 a 01:51:30)

Aunque intentó negar haber estado al tanto de la situación ambiental, lo cierto es que el mismo demandado reconoció, en la ampliación de su interrogatorio, que la utilización de camiones tipo volco constituyó el detonante que condujo a la imposición de la sanción por parte de la ANLA. En sus propias palabras dubitativas:

Ampliación del interrogatorio de Mauricio Suárez

Pregunta: ¿No le informaron sobre los requerimientos?

Respuesta: No, señor. Yo me entero... yo me entero... o sea... yo me entero de... llamémoslo así... de la... del... el detonante de la suspensión porque me entero de... cuando ya pasa el tema que **había sido por unos camiones que no se debieron haber recibido, que creo que se fue tal vez el detonante importante.** Y que había unos temas que venían siendo manejados que era... ese si lo teníamos de conocimiento... Que era el de el de la limpieza. Pero eso eso... eso era recurrente y hasta ese momento no había habido ningún inconveniente con el tema de la limpieza porque se ponían las cuadrillas, el funcionario volvía al día siguiente y teníamos eso limpio y no nos paraba la operación. Pero realmente **ahí hay un elemento, que fue la utilización de un sistema de transporte que no debió haber sido utilizado.**

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (03:51:59 a 03:54:07)

En este punto debe advertirse que en la Sentencia se llegó a la incomprensible conclusión según la cual la utilización de volcos en la ejecución del contrato con OPL no le es imputable al señor Suárez por cuanto él no suscribió dicho negocio jurídico.⁸⁵ Bajo esta lógica, entonces, si un subalterno de un representante legal firma un contrato que viola la ley o la regulación aplicable, ninguna responsabilidad le cabría al representante legal principal a la hora de monitorear y vigilar que, en el

⁸⁵ El primer argumento de la Superintendencia para desestimar las pretensiones conexas a las sanciones de la ANLA tuvo que ver con que el señor Suárez no suscribió el contrato con OPL: “Una vez analizadas las circunstancias asociadas a la imposición de la medida preventiva de suspensión impuesta por la ANLA, este despacho desestimaré las pretensiones de la Demanda en este asunto. Lo primero que debe mencionarse al respecto es que, como ya fue objeto de análisis en la presente providencia, el contrato de transporte del 13 de abril de 2015 no fue suscrito por el demandado Mauricio Suárez Ramírez” (pp. 19-20).

desarrollo de las actividades económicas de la compañía, y en la ejecución de dicho contrato, se cumpla la ley. Semejante aproximación desatinada de la Superintendencia desnaturaliza por completo los deberes a cargo de los administradores y le ofrece un blindaje artificial aquellos principales que opten, bajo tal desafortunada tesis, por delegar en lo sucesivo la firma de contratos a sus suplentes.

En el presente caso no solamente no se acreditó la configuración de alguna falta temporal o absoluta que facultara al señor Suárez para delegarle la suscripción del contrato con OPL a su suplente, sino que está plenamente acreditado que el demandado tuvo directa injerencia en la estructuración de dicho negocio y en su ejecución.

Según ya se dijo, el Despacho podrá apreciar—a partir de las pruebas que la Superintendencia omitió valorar—que una conducta reiterada de Mauricio Suárez consistía en marginarse de la suscripción de los contratos finales que celebraba Carbosan, a pesar de haber participado activamente en la estructuración del negocio y en la determinación de sus condiciones. Así ocurrió no solamente con el contrato de transporte del 13 de abril de 2015, sino también con el contrato suscrito entre Carbosan y CNR el 7 de febrero de 2015 y su otrosí del 30 de junio del mismo año.

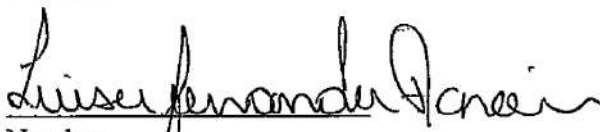
Por ejemplo, a pesar de que el acta n.º 189 de junta directiva da cuenta de que el señor Suárez participó en el cierre de las negociaciones con CNR en diciembre de 2014, el contrato finalmente fue firmado por una de sus suplentes.⁸⁶

b) Informe Operación

El informe de operación fue **presentado por el Gerente**, de acuerdo con el documento único. Seguidamente, **continuó la presentación de la producción el mes de diciembre de 2014, destacando el cierre de la negociación con CNR para la movilización de un millón de toneladas durante 4 meses** y con proyección a movilizar 3 millones de toneladas; la operación de Trafigura que se está realizando en centro de acopio externo para 30.000 toneladas y un acopio más en el mes de febrero para finos de coque y la operación de Coquecol de 78.000 toneladas exportadas, quien continuará acopiando en febrero.

⁸⁶ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 7. Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 189, p. 3. del PDF, folio 3341 del libro de actas.

OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA.

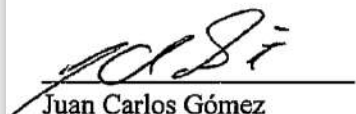


Nombre:
Cargo:

En igual sentido, el acta n.º 192 refleja la participación de Suárez en la negociación y estructuración de las condiciones de un otrosí entre Carbosan y CNR. Incluso, **es el demandado quien solicita autorización** para celebrar dicho instrumento, al amparo de las limitaciones estatutarias de contratación para el representante legal. No obstante, el otrosí fue firmado, finalmente, por la representante legal suplente.⁸⁷

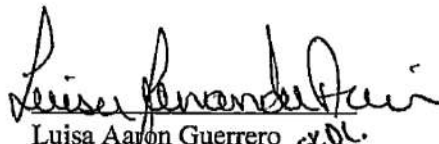
Las Partes suscriben el presente Otrosí en señal de la aceptación libre y voluntaria de su contenido en dos originales con el mismo tenor y valor, el 30 de junio de 2015.

Por **CI Colombian Natural Resources I SAS**



Juan Carlos Gómez
Gerente General

Por **Carbosán Ltda.**



Luisa Aaron Guerrero *adl.*
Representante Legal

En relación con el contrato de transporte con OPL ocurrió exactamente lo mismo. A pesar de que existen comunicaciones cruzadas en las que Suárez dio su

⁸⁷ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 9. Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 192, p. 4 del PDF, folio 3396 del libro de actas.

visto bueno final, con instrucciones expresas en relación con la inclusión de OPL, el documento definitivo lo suscribe su suplente:⁸⁸

Re: Contrato Transporte Sánchez Polo

1 mensaje

Mauricio Suarez <msuarez@spsm.com.co>

20 de febrero de 2015,

Para: Diana Lozano <dlozano@spsm.com.co>

Cc: Jose Poveda <jpoveda@spsm.com.co>, Raul Maestre <rmaestre@spsm.com.co>, Alvaro

Gongora <agongora@spsm.com.co>, Luisa Aaron <laaron@spsm.com.co>

Diana , dado que nos han anunciado que OPL y TSP estan juntos , quisiera tener la firma de ambas firmas en el contrato.. Lo anterior para solidaridad mutua frente a cualquier incumplimiento en el contrato.... financieramente OPL esta mucho mas fuerte que TSP..... Incluyelos y envialo así.....

Para constancia se firma a los trece (13) días del mes de abril (04) del año dos mil quince (2015) en la ciudad de Barranquilla.

OPERADORA DE CARBON DE SANTA MARTA LTDA



Luisa Aaron Guerrero
Representante

Pues bien, más allá de que el señor Suárez haya intervenido activamente en el contenido del referido contrato que luego fue firmado por su subalterno, lo cierto es que las pruebas que obran en el expediente confirman que la utilización de camiones volcos—motivo medular de la sanción de suspensión—**fue expresamente consentida por Mauricio Suárez durante una reunión que se celebró en la ciudad de Barranquilla** y a la que, además del demandado, asistieron otros funcionarios de Carbosan, de OPL y de CNR. En verdad, dos testigos dieron cuenta de la celebración de la referida reunión y uno de ellos explicó que en ella, con la presencia de Suárez, se resolvió utilizar volquetas.

En primera medida, debe advertirse que tanto José Poveda como Javier Prada hicieron alusión a una reunión sostenida entre Carbosan, OPL y CNR para evaluar

⁸⁸ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 3 (p. 13) y anexo n.º 8 (p. 9).

asuntos relacionados con la operación. En su testimonio, Javier Prada se refirió a la reunión en Barranquilla cuando se le interrogó acerca de la instalación de sensores de peso, sobre los cuales se hizo alusión en el capítulo anterior. Prada confirmó la participación de OPL en la referida reunión con Carbosan y CNR así:

Testimonio de Javier Prada

Pregunta: ¿Podría por favor, explicarnos un poco más a qué se refería con la adquisición de estos sensores? ¿Qué motivó esa adquisición y por qué se hizo?

Respuesta: [...] Hay unos correos electrónicos, donde después de **una reunión que tuvimos en Barranquilla con CNR, con la gente de Carbosan, estaban José Poveda**, estaba Luisa Aaron. [...] Nos lo pidió Carbosan a través de su cliente, CNR [...]

Audiencia del 8 de abril de 2021 (2:21:22 a 2:27:15)

Por su parte, José Poveda también hizo alusión a la misma reunión en Barranquilla entre los tres actores clave de la operación con CNR. Advirtió que fue justamente en esa reunión que se tomó la determinación de emplear volquetas para transportar el carbón y descargarlo en los patios de Carbosan. Según el testigo:

Testimonio de José Manuel Poveda

Pregunta: Cuéntenos por favor si ustedes, allá en Carbosan, en algún momento, durante esa época, estaban haciendo descargue en volquetas, o qué tipo de vehículos utilizaban para hacer el descargue de carbón.

Respuesta: Nosotros básicamente teníamos un contrato nuevo en el año 2015, que era el cargue de CNR. Y esta acción, pues como tal, era un volumen muy alto de carga. Y como le comenté anteriormente, **estábamos teniendo fallas en los sistemas** [...] Cuando se producen fallas reiteradas en los equipos de Carbosan, implicaba que los sistemas de recibo quedaban parados y los camiones como tal quedaban en cola, lo que hacía que se retrasaran los ciclos [...]. **Se tomó la determinación, para superar estas contingencias, de usar volcos.** Porque el volco no tenía necesidad de usar la plataforma, sino que **entraba dentro del patio, descargaba el material y podía salir** [...].

Pregunta: ¿Y esa decisión quién la adoptó? [...]

Respuesta: Esa decisión se toma después de **una reunión que se tiene en la ciudad de Barranquilla con el cliente** [...] **La decisión se toma en conjunto con Carbosan, el transportador y el cliente** [...]

Audiencia del 8 de abril de 2021 (00:25:44 a 00:30:37)

Como puede verse, entonces, la utilización de volquetas fue producto de una decisión positiva que se adoptó durante la aludida reunión en Barranquilla a la que hicieron alusión ambos testigos. Pues bien, la participación del señor Suárez quedó acreditada en el proceso durante el testimonio del señor Poveda, tras algunas preguntas que sobre el particular formuló el Delegado. En verdad, el señor Poveda fue enfático al establecer que el demandado participó en la referida reunión:

Testimonio de José Manuel Poveda

Respuesta: Esa decisión se toma después de una reunión que se tiene en la ciudad de Barranquilla con el cliente [...] La decisión se toma en conjunto con Carbosan, el transportador y el cliente [...]

Pregunta: Sí, pero, pero mi pregunta va no a qué entidad, sino que nombres de personas que estaban tomando la decisión por parte de Carbosan [...] ¿Usted estaba oyendo esas conversaciones? ¿Usted fue partícipe de esta negociación?

Respuesta: Pues yo estaba ahí, en esa reunión.

Pregunta: ¿Y quién más estaba en la reunión? [...] Para tenerlo más claro, y para que usted, no nos diga quiénes eran todos...
¿El señor Mauricio Suárez estaba en la reunión?

Respuesta: Sí, estaba en la reunión.

Audiencia del 8 de abril de 2021 (00:28:18 a 00:30:37)

Las pruebas que obran en el expediente acreditan, entonces, que el señor Suárez no solo estuvo plenamente al tanto de las visitas, hallazgos, y requerimientos que en su momento efectuó la ANLA, sino que participó directamente en la toma de la decisión consistente en permitir la utilización de volquetas en la operación, a pesar de tratarse de una conducta que, en sus propias palabras, no estaba permitida y detonaría la sanción consistente en la suspensión de operaciones de Carbosan.

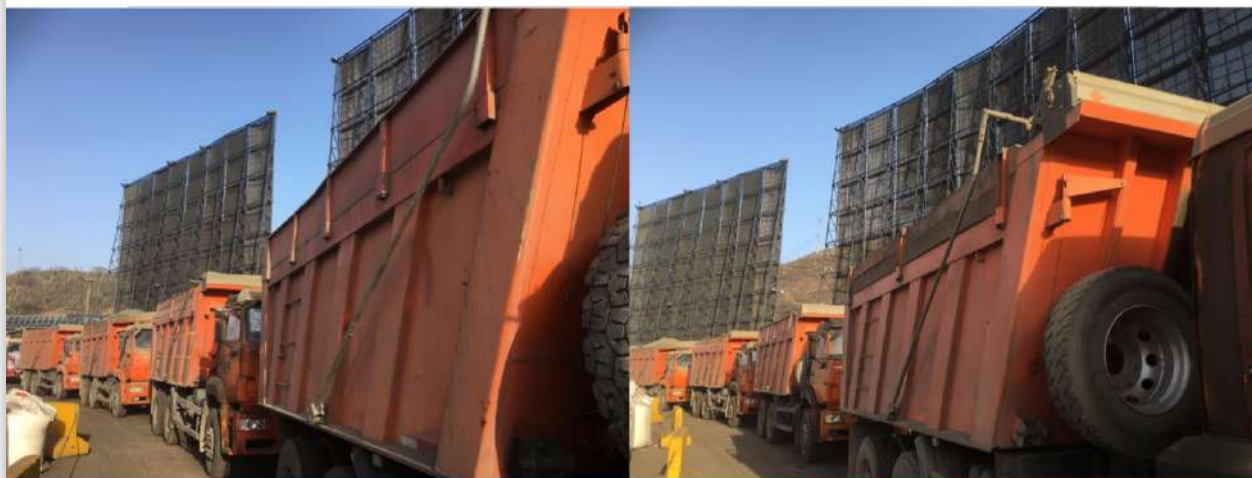
a. Suárez omitió adoptar medidas para impedir el uso de volquetas

Incluso si se aceptara que el demandado no dio su consentimiento expreso para la utilización de este tipo de vehículos—a pesar de que las pruebas demuestran lo contrario—lo cierto es que el señor Suárez estaba al tanto de la utilización

irregular de esos vehículos y no adoptó ninguna medida orientada a remediar lo que, en sus propias palabras, constituía la “utilización de un sistema de transporte que no debió haber sido utilizado” y que “fue tal vez el detonante importante” de la sanción de la ANLA.

Es importante resaltar, en este sentido, que la utilización de camiones volcos no constituye, de ninguna manera, una actividad imperceptible. De hecho, los registros fotográficos que obran en el expediente permiten corroborar que las enormes y vistosas volquetas difícilmente pasan desapercibidas en los patios del puerto. Lo anterior puede constatar, por ejemplo, en las siguientes imágenes, vertidas en el informe técnico que rindió Francisco Javier Hoyos Pardo, experto contratado por Carbosan para evaluar las desviaciones ambientales:⁸⁹

EXTENSIONES EN VOLCOS / CAMIONES



⁸⁹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 51, p. 21 del anexo.

La magnitud de los vehículos puede apreciarse también, con claridad, en los registros fotográficos plasmados en el concepto técnico que rindió la ANLA, según se reproduce a continuación:⁹⁰



Foto 87. Patio Ancón. **Volco** que iba a dejar la carga directamente en el patio.



Fuente: Equipo Técnico de la ANLA – Visita de seguimiento Atención a Queja Marzo 15 de 2016

⁹⁰ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 52, p. 28 del anexo.

Resulta a todas luces inverosímil, por consiguiente, que el demandado jamás se hubiese enterado de la utilización de este tipo de vehículos en los patios de Carbosan, particularmente si se tiene en cuenta que en ejercicio de sus funciones como representante legal de la Compañía debía realizar visitas periódicas a los patios en los que se desarrolla la actividad de operación portuaria. En verdad, las pruebas que obran en el expediente demuestran que el demandado debía visitar—y efectivamente recorría con frecuencia—dichos patios.

En palabras de uno de los miembros de junta directiva de Carbosan, el gerente de la sociedad—cuyo objeto social consiste justamente en adelantar compleja una operación portuaria—necesariamente debe visitar recurrentemente la operación y hacer recorridos frecuentes por las instalaciones del puerto. Según lo manifestó Carlos José López en su testimonio:

Testimonio de Carlos José López

Respuesta: El representante legal y gerente de Carbosan no es el gerente de una entidad financiera. Es el gerente de un operador portuario [...] El objeto social de la Compañía es realizar una operación portuaria que consiste en el descargue de camiones de carbón, en el almacenamiento del carbón en unos patios de almacenamiento y en el cargue ese carbón al buque [...] **Y ese negocio no se puede gerenciar o administrar correctamente si está el gerente, llámese como se llame, sentado durante toda su jornada laboral detrás de un escritorio** en una oficina, con aire acondicionado. **Forzosamente en su rutina tiene que existir una visita** diaria, o dos veces al día, o cada dos días, o una vez por semana a las operaciones. Es elemental.

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (1:47:06 a 1:48:57)

El propio demandado confesó, durante la ampliación de su interrogatorio, que efectivamente realizaba dos visitas semanales a las instalaciones del puerto, según se puede apreciar en el siguiente extracto de su declaración:

Ampliación del Interrogatorio de Mauricio Suárez

Respuesta: Superintendente, yo le voy a decir... Yo hacía en dos visitas a la semana recorridos al puerto.

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (3:32:18 a 13:32:25)

Por consiguiente, atenta contra los más elementales postulados de la lógica y el sentido común suponer que durante los referidos recorridos—que debieron ser cerca de treinta y cuatro durante las diecisiete semanas en que se realizaron las visitas de la ANLA—el demandado jamás haya detectado la presencia de varios camiones volcos, de semejante tamaño y color vistoso, en los patios de Carbosan. Esta circunstancia jamás fue valorada por el Delegado. ¿Acaso el hecho de que el contrato correspondiente haya sido firmado por su suplente constituye una patente de corso para que el señor Suárez pudiese luego hacerse el de la vista gorda y voltear la mirada frente a una protuberante, visible y grave infracción del Plan de Manejo Ambiental?

En síntesis, pues, incluso si se aceptara que el demandado no participó activamente en la toma de la decisión de usar volquetas—a pesar de que las pruebas demuestran claramente lo contrario—no cabe duda de que estuvo plenamente al tanto de la presencia irregular de esos vehículos en los patios de Carbosan. A pesar de saberlo, por virtud de sus visitas periódicas a los referidos patios, no obra en el expediente ni una sola prueba que sugiera que el señor Suárez tomó alguna determinación orientada a remediar esa conducta. Conducta que, vale recalcar, él mismo reconoció que estaba prohibida y que fue uno de los principales detonantes de la suspensión impuesta por la ANLA.

b. Suárez decidió no adoptar medidas para mitigar las desviaciones

Además de lo anterior, debe advertirse que Suárez habría impedido la implementación de medidas orientadas a corregir las desviaciones advertidas por la ANLA respecto del Plan de Manejo Ambiental. En otras palabras, a pesar de que los vicepresidentes de la Compañía plantearon propuestas de solución para lograr un cumplimiento cabal del referido plan, fue el demandado el que tomó la decisión de no corregir oportunamente esas irregularidades.

En verdad, en el testimonio de Álvaro Góngora se puede apreciar con claridad que en el Comité de Gerencia mencionado por varios testigos se discutieron, antes de la imposición de la sanción de suspensión, algunas medidas tendentes a cumplir con el Plan de Manejo Ambiental:

Testimonio de Álvaro Góngora

Respuesta: Bueno, eso fue motivo de varias reuniones. Tengo presente tal vez, en alguna oportunidad, **un comité donde la Vicepresidencia de Seguridad expuso y llevó, con la Vicepresidencia de Infraestructura, algunas soluciones o algunas propuestas para mejorar o mitigar el impacto [...]**.

Pregunta: ¿Y nos puede describir qué medidas se discutieron en esa en ese comité? ¿Qué medidas debían aprobarse?

Respuesta: A ver, yo recuerdo algo así como que **se estaba planteando implementar una barrera como las que tienen actualmente sobre la vía a los patios de Carbosan**. Una barrera que contiene el material particulado, cuando la brisa erosiona la pila. Se iban a implantar unas barreras del lado de lo que nosotros llamamos acá el Cerro de la Virgen, que es uno de los costados de los patios de Carbosan. **Eran obras principalmente de infraestructura y mitigación de esos impactos** por erosión de material particulado.

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (2:01:34 a 2:03:08)

A pesar de que en el Comité de Gerencia se plantearon explícitamente medidas orientadas a alinear la actividad de Carbosan con la reglamentación medioambiental aplicable, dichos correctivos no se implementaron oportunamente. Las desviaciones persistieron hasta el punto en que, como bien se sabe, la ANLA impuso la medida de suspensión de actividades en la medida en que los

requerimientos no fueron atendidos, según consta en la citada Resolución n.º 505 de mayo de 2016.

¿Por qué no se implementaron las medidas de mitigación trazadas por las vicepresidencias de Carbosan para corregir las desviaciones y prevenir la consecuente sanción de la ANLA? En verdad, las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que fue el propio demandante quien, en una reunión del Comité de Gerencia, deliberadamente bloqueó la aplicación de correctivos. En otras palabras, el señor Mauricio Suárez tomó la decisión, supuestamente para ahorrar costos adicionales, de que Carbosan continuara incurriendo en violaciones del Plan de Manejo Ambiental. Lo anterior se puede apreciar en las siguientes transcripciones:

Testimonio de Álvaro Góngora

Respuesta: ¿Recuerda si esas medidas se implementaron antes de la suspensión ordenada por la ANLA?

Pregunta: No. En su momento digamos que el costo de esas medidas era muy alto y **el señor Mauricio no autorizó la implementación**. Y pues eso específicamente no se llevó a cabo.

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (2:03:40 a 2:04:10)

Así las cosas, pues, el demandado activamente impidió la instalación de mecanismos de mitigación encaminados a dar cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental. En otras palabras, Mauricio Suárez tomó una decisión positiva, consistente en que Carbosan continuara operando en contravía de la regulación medioambiental aplicable. Las medidas que el demandado se rehusó expresamente a implementar, sin embargo, fueron luego adoptadas por Carbosan, una vez la junta directiva se enteró de la crisis ambiental, para conjurar la suspensión decretada por la ANLA. Lo anterior se desprende de las pruebas practicadas en el proceso, según se puede apreciar en la siguiente transcripción de la declaración de Álvaro Góngora, testigo pedido por el mismo Suárez:

Testimonio de Álvaro Góngora

Respuesta: Si entiendo bien, ¿hubo una **decisión de no levantar esas barreras para disminuir el impacto ambiental**, eso es lo que nos está diciendo?

Pregunta: Sí. [...] **Mauricio dijo que no. No se puede.** Era muy costoso y realmente en unas obras de infraestructura costosas [...]

Pregunta: ¿Alguna de esas medidas se tomó después de la suspensión de la ANLA?

Respuesta: Sí, sí. Ya posteriormente. Actualmente está esa barrera. Específicamente ese sistema se implementó en el Patio Ancón y hoy existe.

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (2:04:10 a 2:06:02)

Cabe hacer especial énfasis, pues, en que el Comité de Gerencia no discutió simples inversiones cuya ejecución puedan ubicarse en la órbita de discrecionalidad de los empresarios. Se trataban de gastos necesarios para dar cumplimiento a la regulación medioambiental. En un comportamiento plenamente equiparable al de un administrador que decide evadir el pago de impuestos para ahorrarle costos a la Compañía, Mauricio Suárez descartó la implementación de medidas necesarias para garantizar que Carbosan atendiera sus obligaciones bajo el Plan de Manejo Ambiental. Esto, de nuevo, no fue valorado por la Superintendencia.

4. Suárez ocultó a la junta directiva la crisis ambiental

A pesar de que estaba plenamente al tanto de las visitas, hallazgos y requerimientos de la ANLA—relacionados con desviaciones imputables a sus propias acciones y omisiones—el Mauricio Suárez no informó oportunamente a la junta directiva acerca de la situación. No debe perderse de vista, en tal sentido, que el señor Suárez conocía plenamente, gracias a su posición en el Comité de Gerencia, la crisis ambiental por la que atravesaba Carbosan. A pesar de ser el encargado de

transmitir esta información al órgano de administración de la Compañía, lo cierto es que no lo hizo. Como lo reseñó Raúl Maestre en su testimonio:

Testimonio de Raúl Maestre

Respuesta: El señor Mauricio Suárez era el presidente de la compañía. **Él tenía a su cargo la información que generaba el Comité de Directivos y era el vaso vinculante con la junta directiva.** Por supuesto que en su papel de presidente tenía la responsabilidad de las empresas del grupo.

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (6:17:10 a 6:17:31)

Es de resaltar, en ese sentido, que la junta directiva de Carbosan sesionó seis veces, con la presencia de Suárez, entre el 22 de enero de 2016, cuando tuvo lugar la primera visita de la ANLA, y el 12 de mayo de 2016, fecha en que finalmente se impuso la sanción de suspensión. No obstante, en ninguna de esas seis reuniones el demandado puso de presente a los directores de la Compañía las graves desviaciones detectadas por la ANLA. La situación no se comunicó a la junta sino hasta la reunión del 19 de mayo de 2016, posterior a la decisión de la ANLA consistente en suspender temporalmente las operaciones de Carbosan. La siguiente tabla ilustra esta realidad:

Tabla n.º 3
Visitas, hallazgos y requerimientos de la ANLA
Análisis de revelaciones a la junta directiva⁹¹

Visitas ANLA	Reuniones de JD (n.º Acta)	¿Suárez informa?		Comentarios
		Sí	No	
22-Ene-16	27-Ene (195)		•	No se informó a la junta acerca de las visitas, hallazgos o requerimientos de la ANLA que habían tenido lugar antes de la reunión respectiva.
1-Feb-16	19-Feb (196)		•	
	2-Mar (197)		•	
8-Mar-16	28-Mar (198)		•	
	1-Abr (199)		•	
14-Abr-16	27-Abr (200)		•	
4-May-16	19-May (200)	•		Solo con ocasión de la sanción de suspensión impuesta por la ANLA se presenta a la junta una relación de las visitas, hallazgos y requerimientos de la referida autoridad.
10-May-16				
18-May-16				

En un argumento no solamente tautológico sino abiertamente contrario a lo que se probó en el proceso, la Superintendencia concluyó que la falta de informes a la junta directiva sobre la crisis medioambiental detectada por la ANLA probaba que el señor Suárez no estaba al tanto de las visitas y los hallazgos realizados por dicha entidad. Según lo expresó el Delegado:⁹²

⁹¹ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, actas n.º 195 a 201 de la junta directiva.

⁹² Cfr., Sentencia, p. 21

Así las cosas, este despacho tuvo la oportunidad de analizar los informes asociados a los asuntos operativos y de protección ambiental que fueron presentados a la junta directiva durante el primer cuatrimestre del año 2016⁴⁷ — periodo en el cual se adelantaron las visita de la ANLA— y no encontró en ninguno de ellos mención alguna sobre la múltiples y reiteradas observaciones efectuadas por la autoridad ambiental. Conforme lo anterior, en vista de que los informes eran presentados a título personal, se pregunta entonces el despacho ¿Cuál era el verdadero conocimiento del señor Mauricio Suárez Ramírez en torno a las observaciones efectuadas por la ANLA?

El ejercicio de valoración probatoria adelantado por el Delegado en este punto es francamente deficiente. En verdad, en un evidente caso de falacia *non sequitur*, la Superintendencia dedujo que el señor Suárez **no estaba al tanto** de las visitas de la ANLA y de los hallazgos sobre desviaciones medioambientales **porque no se lo informó a la junta** directiva. Esta conclusión, sin embargo, no se desprende de las actas de junta y de hecho ignora abiertamente lo que se alegó en la Demanda y durante el proceso. Lo único que puede apreciarse a partir de la revisión de dichos documentos, en un juicioso ejercicio de valoración probatoria, es que el demandado **no informó a la junta** acerca de la crisis ambiental de Carbosan. Es imposible establecer, simplemente a partir de las actas, si el señor Suárez se abstuvo de informar la situación porque no lo conocía o porque prefirió ocultarla.

Las demás pruebas que ya se reseñaron en este acápite—más allá de las actas de junta directiva—confirman que el demandado sí estaba al tanto de la crisis ambiental o por lo menos debía estarlo. En efecto, él mismo reconoció que en los Comités de Gerencia se ventilaban prioritariamente asuntos ambientales, al paso que varios de sus subalternos (muchos de ellos solicitados como testigos por el propio Suárez) confirmaron con contundencia que en las aludidas reuniones de Comité se ventilaron extensamente los hallazgos de la ANLA.

Las actas de la junta directiva no demuestran entonces—como erradamente lo valoró la Superintendencia—desconocimiento de Suárez sino su intento por ocultar la situación ambiental de la que estaba al tanto, según varios testimonios que son consistentes con su propio interrogatorio. La opacidad exhibida por Suárez frente a la junta directiva y su sistemático silencio acerca de las visitas reiteradas que había

efectuado la ANLA impidió que dicho órgano de administración adoptara medidas tempranas para impedir la suspensión de operaciones. Así lo manifestó con claridad el miembro de junta directiva Carlos José López, según puede apreciarse en el siguiente extracto de su declaración:

Testimonio de Carlos José López

Pregunta: ¿Sabe si el señor Mauricio Suárez le informó a la junta directiva sobre las visitas y hallazgos de la ANLA antes de que se impusiera la sanción de suspensión?

Respuesta: No, no lo hizo. No lo hizo. Y lo sabemos porque después de la sanción la junta contrató a un perito a para que nos ayudará a determinar las causas que llevaron a la ANLA a imponer la sanción con el objeto de corregir y evitar que se repitiera el futuro. Y en su informe ese perito, Francisco Hoyos, se llama, enseñó a la Junta directiva las infracciones. Y quedó claro que esos requerimientos nunca fueron informados por el señor Suárez a la junta directiva. **De haberlo hecho, estoy seguro que la junta directiva de inmediato toma cartas en el asunto y ordena darle la respuesta que merecía y estaba solicitando la ANLA.**

Audiencia del 9 de febrero de 2021 (1:17:30 a 1:18:40)

Tanto es así que, una vez la junta directiva se enteró de la situación medioambiental en la reunión del 19 de mayo de 2016, efectivamente se tomaron cartas en el asunto y se adoptaron medidas céleres para darle pronta atención a las desviaciones identificadas por la ANLA en sus visitas y requerimientos. Según lo explicó el director José Ignacio Díaz Granados en su declaración, una vez la junta directiva se apersonó del asunto la crisis se pudo conjurar en pocos días:

Testimonio de José Ignacio Díaz Granados

Pregunta: ¿Usted recuerda esta circunstancia [la suspensión de la ANLA]?

Respuesta: Sí. Fue una época muy difícil. Muy desafortunada. Se nos citó a una junta extraordinaria para informarnos acerca de la decisión de la ANLA con la cual estaba suspendiendo las operaciones de la operadora de carbón, de Carbosan. [...] Y pues naturalmente ese hecho, que en ese momento **no sabíamos por qué se estaba dando y por qué había sobrevenido de esa manera**, causó mucha alarma entre los miembros de junta. Y **la junta determinó iniciar, a partir de ese momento, casi que una actividad permanente de sesiones y seguimientos para, en primer lugar, tratar de corregir las cosas [...]**15 o 20 días después se logró levantar, afortunadamente.

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (00:17:29 a 00:21:20)

Así las cosas, pues, tras diecisiete semanas de pasmosa inactividad de Suárez, en menos de dos semanas la junta directiva, finalmente enterada de la situación que el gerente había ocultado durante las seis sesiones previas, coordinó la adopción de medidas correctivas inmediatas que condujeron al levantamiento de la suspensión mediante Resolución n.º 574 del 3 de junio de 2016.⁹³ De haberse revelado la situación a la junta directiva antes, muy seguramente se habría podido prevenir la gravosa suspensión.

B. Las conductas de Suárez contrariaron el ordenamiento societario

En esta sección se explicará que los hechos probados en relación con la sanción de la ANLA configuran claras violaciones al régimen de administradores

⁹³ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 54, Resolución 574, proferida por la ANLA el 3 de junio de 2016

sociales. En verdad, Suárez no solo violó el régimen jurídico aplicable (1) sino que también infringió sus deberes de cuidado (2) y lealtad y buena fe (3).

1. Suárez violó el régimen jurídico aplicable

Debe advertirse, en línea con lo anterior, que, a través de la conducta descrita, Mauricio Suárez incumplió de manera flagrante el Plan de Manejo Ambiental, tal y como lo advirtió la ANLA en varios de sus pronunciamientos. Plan cuyo cumplimiento, según los literales k) y o) del artículo 35 de los estatutos de Carbosan, era deber y función del demandado.

El hecho de que el surgimiento o permanencia de las principales desviaciones en el Plan de Manejo Ambiental—como el uso de volquetas o la falta de construcción de barreras—hayan sido consecuencia de decisiones positivas o de deliberadas omisiones del demandado implica una flagrante violación del referido plan, vertido en la Resolución n.º 1279 de 1998, proferida por el Ministerio del Medio Ambiente y cuyos artículos 2.3.1, 2.3.3. y 2.3.8. se transcriben a continuación:⁹⁴

2.3.1. El transporte del material de carbón desde el sitio de almacenamiento (patios de acopio) hasta el área de la tolva alimentadora y de esta al sitio de cargue de barcazas en el muelle, deberá llevarse a cabo por medio de bandas transportadoras completamente cerradas, las cuales deberán diseñarse de manera que no se produzca ningún tipo de emisión durante su recorrido. Por ningún motivo se permitirá el uso, para el cargue y descargue de volquetas, para la operación y manejo del material de carbón dentro de las instalaciones del muelle.

⁹⁴ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 50.

2.3.3. Para el almacenamiento de carbón, se deberá construir sistemas de volteo de los vagones del tren y/o tractomulas, sobre tolvas de recepción subterránea. El material de carbón deberá ser conducido por medio de una banda colocada a nivel del suelo a los apiladores, los cuales conformarán las pilas respectivas. Para la alimentación de la banda transportadora que conducirá el carbón desde la zona de patios a la plataforma de cargue de las barcazas, se deberá instalar un sistema de reclamadores y/o alimentadores con un sistema adecuado de riego (nebulizadores y /o aspersores tipo flauta) a la entrada de los mismos. No se permitirá la circulación interna de volquetas. A la entrada de la zona de descargue de carbón (tolva receptora) se deberá contar con un sistema de

2.3.8. La Sociedad CARBOANDES S.A., deberá levantar y realizar mantenimiento continuo a las barreras artificiales alrededor de los dos patios de acopio. Adicionalmente y previa autorización por parte de la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A., deberá construir sardineles (eras) con el fin de sembrar barreras vivas que minimizen los efectos por emisión de material particulado y los impactos paisajísticos y visuales. Para tal fin dicha sociedad deberá solicitar asesoría a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG

Por si lo anterior fuera poco, es indispensable recordar también que el artículo 35 de los estatutos sociales de Carbosan, en su literal k), establece que entre las funciones del representante legal de la Compañía se encuentra la de “[c]umplir y hacer **cumplir las exigencias y requisitos relacionados con el funcionamiento** de la sociedad” (se resalta).⁹⁵ En tal sentido, cabe resaltar que es requisito para el funcionamiento de Carbosan, justamente, cumplir con las obligaciones establecidas en la licencia y el Plan de Manejo Ambiental. De lo contrario, como precisamente

⁹⁵ Cfr. radicación nº 2021-01-138757, Anexo AAA.

ocurrió, la operación de la Compañía se puede ver comprometida por sanciones de suspensión de la autoridad ambiental.

Así, pues la conducta del demandado configura una clara infracción de relevancia societaria en la medida en que vulnera el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, por cuya virtud los administradores sociales tienen el deber específico de “[v]elar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias” (se resalta). En esa medida, a la luz de lo establecido en el citado artículo 200 del Código de Comercio, el señor Suárez tendría que responder por los perjuicios derivados del referido incumplimiento de la regulación ambiental aplicable a Carbosan.

2. Suárez violó su deber de cuidado

A continuación, se explicará que el demandado no desvirtuó la culpa que el ordenamiento jurídico presume en relación con sus conductas contrarias a la ley (a) y que, además, los hechos probados confirman su flagrante negligencia (b).

a. El demandado no desvirtuó su culpa presunta

Debe reiterarse que el tercer inciso del citado artículo 200 del Código de Comercio dispone que “en los casos de incumplimiento o **extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa** del administrador” (se resalta). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en su más reciente fallo en materia de responsabilidad de administradores sociales. En verdad, tal y como lo explicó dicha entidad en el caso de *Ladrillera S.A.*:⁹⁶

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de julio de 2021. Radicado. n.º 08001-31-03-005-2012-00109-01. Magistrado ponente: doctor Álvaro Fernando García.

De manera, pues, que cuando se está en presencia de alguno de esos eventos concretos que hacen operante la referida presunción, por ejemplo, cuando se afirma que el daño cuya reparación se persigue proviene de un acto u omisión del administrador violatorio de un mandato legal, **el actor queda eximido de la carga de probar el dolo o negligencia del demandado, por expresa voluntad legislativa.**

Por lo mismo, **correrá para el administrador accionado, ante la presunción *iuris tantum* que pesa en su contra, la carga de demostrar la ausencia de dolo o culpa en su actuar** o abstención profesional, o que concurre a su caso

En igual sentido, el Tribunal Superior de Cali, en la sentencia proferida en el caso de *CI Confecol S.A.*, precisó lo siguiente en relación con la aludida presunción de culpa:

“Por ende, ante la presunción legal citada, y la ausencia de prueba del actuar diligente de los demandados, también puede arribarse a la conclusión tantas veces expuesta, esto es, que el actuar de los señores de Lima Lefranc y Piedrahita Plata fue culposo” (se resalta).⁹⁷

Además de haber desconocido el precedente vertical que sobre la presunción de culpa han sentado sus superiores jerárquicos, la Delegatura también pasó por completo por alto su propio precedente horizontal, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de la sentencia n.º 2018-01-375562, del 16 de agosto de 2018:

⁹⁷ Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez

“De conformidad con la referida disposición, ‘en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador’. Pese a ello, de acuerdo con lo señalado por este Despacho [...], la aludida presunción de culpa no compromete, en forma automática, la responsabilidad patrimonial de los administradores. **Para tales efectos, es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial** que le sea imputable, en forma específica, a las acciones u omisiones de estos funcionarios. En otras palabras, el demandante debe satisfacer una carga probatoria relacionada con la **verificación, ante las instancias judiciales, de los perjuicios derivados de las actuaciones de los administradores**” (se resalta).

Por consiguiente, en la medida en que el demandado tomó decisiones abiertamente contrarias al Plan de Manejo Ambiental de Carbosan, lo cierto es que la disposición citada hace presumir su culpa. Cabe destacar, en tal sentido, que en el presente proceso se acreditó cabalmente la existencia de perjuicios derivados de la suspensión decretada por la ANLA, según se verá al final de este capítulo. Así las cosas, puesto que la parte demandada no desplegó ningún esfuerzo exitoso en el transcurso del proceso para desvirtuar dicha culpa presunta en lo referente a la sanción impuesta por la autoridad ambiental, Suárez debe ser condenado a indemnizar los perjuicios derivados de dicha operación.

b. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por omisiones negligentes

Además de que la parte demandada no logró desvirtuar la presunción de negligencia a que alude el artículo 200 del Código de Comercio, las pruebas del expediente confirman que Mauricio Suárez violó su deber de cuidado. En verdad, incluso si se aceptara—a pesar de que las pruebas confirman lo contrario—que el señor Suárez jamás autorizó la utilización de volquetas, lo cierto es que el uso reiterado y visible de dichos vehículos prohibidos en los patios de Carbosan confirman que el demandado no tomó correctivos, durante los múltiples recorridos semanales que realizaba por el puerto, frente a una desviación evidente y que, en sus propias palabras, fue el “detonante” de la sanción de la ANLA. Esto, en sí mismo, constituiría una grave violación del deber de cuidado a cargo del demandado.

Tal y como se explicó en secciones precedentes, aunque la regla de la discrecionalidad suele llevar a que los jueces se abstengan de auscultar las decisiones de negocios, esa deferencia judicial no se extiende a las omisiones negligentes imputables a los administradores y mucho menos a decisiones abiertamente ilegales. En el caso de Morocota Gold, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades declaró responsable a un representante legal por la violación de su deber de cuidado en la medida en que infringió algunas normas ambientales que le eran aplicables a la compañía. La Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia puntualizó lo siguiente:

“aunque la deferencia de los jueces cobija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, **tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios.** En el presente caso, la sociedad demandante logró demostrar que el señor Rincón llevó a cabo la construcción de una vía de acceso a las instalaciones de la compañía sin contar con las licencias ambientales requeridas para el efecto. **La precitada violación de las normas ambientales colombianas, derivada en forma directa del descuido injustificado del señor Rincón, dio lugar a que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impusiera diversas sanciones** a Morocota Gold S.A.S. Por consiguiente, es claro que la omisión negligente en el cumplimiento de las funciones de representación legal compromete la responsabilidad del señor Rincón, a la luz de lo previsto en los artículos 200 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995” (se resalta).

Las consideraciones formuladas por la Superintendencia en el caso de Morocota Gold—y reiteradas en varias sentencias posteriores ⁹⁸—resultan plenamente aplicables respecto de la conducta desplegada por el señor Suárez. En la medida en que las sanciones impuestas por las autoridades ambientales se derivaron de decisiones ilegales—o en el mejor de los casos, de graves omisiones negligentes

⁹⁸ Cfr., por ejemplo, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencias n.º 2019-01-394971 del 31 de octubre de 2019, 2019-01-306481 del 14 de agosto de 2019, 2019-01-289510 del 29 de julio de 2019, entre otras.

atribuibles al antiguo representante legal de Carbosan—sería posible reclamar la indemnización de los perjuicios que la compañía hubiese sufrido como consecuencia de la medida preventiva impuesta por la ANLA.

c. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por falencias en la supervisión de subordinados

Finalmente, debe advertirse que el señor Suárez constantemente ha pretendido alegar, en el transcurso del proceso, que las situaciones que se reprochan en la Demanda son imputables a conductas de todos sus subalternos y no a comportamientos suyos. En lo referente a las sanciones de la ANLA, de nuevo, el demandado ha sostenido—y seguramente intentará alegarlo nuevamente a pesar de que las pruebas lo han desmentido—que las desviaciones en el Plan de Manejo Ambiental ocurrieron a sus espaldas y son enteramente atribuibles a quienes en aquel entonces eran sus subordinados.

Lo cierto, sin embargo, es que el deber de cuidado envuelve también la obligación insoslayable de supervisar adecuadamente las labores de los demás funcionarios de la Compañía y particularmente de los subalternos inmediatos del administrador. En verdad, según se acepta de tiempo atrás en las más emblemáticas sentencias de derecho societario comparado,⁹⁹ la regla de la discrecionalidad no suele ser aplicada cuando se demuestra que los administradores no han supervisado efectivamente a los funcionarios y empleados a su cargo. Esta tesis ha permeado también nuestra jurisprudencia nacional. En palabras del Tribunal Superior de Cali:

100

“Así, al administrador de una sociedad pueden asignársele como cargas propias de su parámetro de conducta (el del buen hombre de negocios) el **deber de vigilancia de la actividad empresarial, tanto del personal que presta sus servicios a la**

⁹⁹ Cfr. *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 968 (Del. Ch. 1996)

¹⁰⁰ Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez. Cfr., así mismo

empresa, como de todas las actividades y negocios a que esta se dedica” (se resalta).

Así las cosas, aunque se aceptara la cuestionable tesis de que las desviaciones en el Plan de Manejo Ambiental ocurrieron todas a espaldas de Suárez y por errores imputables a sus vicepresidentes y directores, ello no cambiaría el hecho de que el demandado violó su deber de cuidado. La infracción de dicho deber, en tal caso, consistiría en que Suárez falló a la hora de supervisar adecuadamente las labores de sus subalternos. Y es que no podría entenderse de otra manera. Aceptar una tesis contraria implicaría que el representante legal de cualquier compañía estaría en capacidad de blindar artificialmente su responsabilidad mediante el simple argumento de que ciertas labores centrales las asignó—como es apenas habitual en organizaciones de negocios—a sus subalternos. En tales casos el deber de cuidado le impone al administrador la obligación de desplegar acuciosas labores de vigilancia y supervisión. El señor Suárez—incluso bajo la interpretación más benévola de su cuestionable conducta—por lo menos falló en desplegar esas labores de monitoreo.

Así las cosas, no puede sino concluirse que la gravosa sanción de la ANLA fue consecuencia de decisiones ilegales y omisiones negligentes atribuibles a Mauricio Suárez. Decisiones y omisiones que le irrogaron a Carbosan los cuantiosos perjuicios que al final de este capítulo se reseñan y que, por consiguiente, el demandado debería resarcir.

3. Suárez violó sus deberes de lealtad y buena fe

Por si todo lo anterior fuera poco, el hecho de que el antiguo representante legal de Carbosan hubiese ocultado, durante diecisiete semanas, información a la junta directiva en relación con las visitas, requerimientos y hallazgos de la ANLA constituyen frontales violaciones a los deberes de lealtad y buena fe a su cargo.

En este punto debe advertirse que en Colombia aún no se han resuelto casos en los que se identifiquen infracciones a los referidos deberes fiduciarios de los administradores sociales por ocultamiento de información relevante. Sin embargo, algunos autores han reconocido, particularmente en estudios de responsabilidad civil contractual, que el deber de lealtad—postulado que se deriva del principio de la buena fe—envuelve la obligación de apertura en la revelación de información relevante. Así lo ha explicado, por ejemplo, Tamayo Jaramillo:

“Admitido que en el derecho colombiano existe un principio general [de buena fe] que establece a cargo de las partes la obligación de lealtad en la formación y ejecución del contrato, veamos cómo en uno y otro período **esa obligación consiste básicamente en informar y aconsejar en forma adecuada [...] a su contraparte**”¹⁰¹

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha identificado un deber de información—derivado de la lealtad que impone la buena fe—en contextos contractuales como el de los seguros. Así, por ejemplo, en una sentencia proferida el 29 de enero de 2020, la Sala de Casación Civil advirtió lo siguiente:

“El tomador o el asegurado, **en cumplimiento de la buena fe comercial, debe dar una información clara y fidedigna** sobre el aspecto puntual que se le indaga, relativo al interés asegurable, pues si así no lo hace, **conduce a la compañía a contratar con base en la creencia de hechos diversos a los que en verdad existen**, esto es, la lleva a emitir el consentimiento cimentado en el error” (se resalta).¹⁰²

Si en el plano contractual la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la lealtad y la buena fe imponen a los contratantes un deber de información frente a la contraparte, con mayor razón debería entenderse que actúa de manera desleal el administrador que oculta información relevante para la compañía. A diferencia de las relaciones típicamente contractuales, en donde las partes pueden encontrarse en un plano adversarial o de contraposición de intereses, debe recordarse que el administrador ocupa una posición fiduciaria, o de confianza, respecto de la sociedad. Esta relación fiduciaria, con mayor razón, debería permitir concluir que la lealtad impone al administrador social el insoslayable deber de revelar información importante para la compañía.

¹⁰¹ J. Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, Tomo I, 2a Ed. (2013, Legis Editores, Bogotá, D.C.) pp. 560 a 561

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicación n.º 41001-22-14-000-2019-00181-01 del 29 de enero de 2020. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. En igual sentido, cfr. CSJ. SC5327-2018 de 13 de diciembre de 2018, exp. 68001-31-03-004-2008-00193-01

Cabe resaltar, por lo demás, que en otras jurisdicciones los jueces especializados en derecho societario ya han determinado que un componente fundamental del aludido deber de lealtad de los administradores consiste, precisamente, en la obligación de revelar cualquier información que sea material y relevante para proteger los intereses de la compañía.

En este punto es relevante traer a colación decisiones adoptadas por jueces estadounidenses en materia de deberes fiduciarios de los administradores, en la medida en que el régimen colombiano contenido en la Ley 222 de 1995 se inspiró en los desarrollos jurídicos de la referida jurisdicción. En el caso de *State Ex Rel. Hayes Oyster Co. contra Keypoint Oyster Co.*, por ejemplo, la Corte Suprema de Washington hizo la siguiente afirmación contundente: “abstenerse de revelar información relevante por parte de un administrador es, en sí mismo, injusto y desleal”.¹⁰³

Así mismo, en el caso de *Mills Acquisition Co. contra Macmillan, Inc.*, la Corte Suprema de Delaware encontró que tres administradores de Macmillan Inc., infringieron su deber de lealtad al ocultar a los demás miembros de la junta directiva de la compañía información relevante para los intereses de la sociedad. En criterio de la corte, los referidos demandados tenían la imperiosa obligación de revelar a la junta directiva la información que tenían sobre algunas irregularidades en el proceso de negociación de una posible adquisición de la sociedad. En palabras de la corte:

“puesto que la candidez es uno de los elementos fundamentales de la lealtad, el derecho de sociedades de Delaware impone a los administradores la obligación absoluta de revelar información [que sea relevante para la toma de decisiones societarias]”.¹⁰⁴ Por consiguiente, en la sentencia se concluyó que “el silencio que guardaron [los directores demandados], a pesar de la obligación positiva que tenían de revelar a la junta directiva toda la información material en su poder, fue tan tramposo como

¹⁰³ *State Ex Rel. Hayes Oyster Co. v. Keypoint Oyster Co.*, 391 P.2d 979 (Wash. 1964).

¹⁰⁴ *Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc.*, 559 A.2d 1261 (1988)

engañoso. En síntesis, defraudaron los intereses del órgano de administración”.¹⁰⁵

Mal podría obrar con lealtad o buena fe un administrador que, frente a la junta directiva, guarda absoluto silencio acerca de una situación medular para los intereses de la Compañía. Silencio que, como se vio en este caso, se prolongó por diecisiete semanas y se mantuvo inquebrantable en el contexto de varias reuniones del órgano de administración. Silencio que impidió a la junta directiva adoptar oportunamente las medidas que, a la postre, permitieron sortear efectivamente la crisis ambiental. Este comportamiento de Suárez constituye entonces una violación clara de sus deberes de lealtad y buena fe que le impone la obligación de indemnizar los perjuicios que Carbosan sufrió como consecuencia de sus conductas.

C. Las conductas de Suárez causaron perjuicios a Carbosan

Finalmente, debe resaltarse que el doctor Jorge Arango concluyó en su pericia que las conductas de Suárez reseñadas en este capítulo causaron un perjuicio a Carbosan por un valor, indexado a junio de 2021, equivalente a \$1.115.598.043, según se aprecia a continuación:¹⁰⁶

Pregunta	Hecho dañoso	Fecha - Valor	IBC	IPC
Pregunta 01	No haber seleccionado la menor tarifa disponible.	5.111.346.701	13.752.626.866	6.258.545.585
Pregunta 02	No haber propendido por el punto de equilibrio del proyecto Murray.	5.940.137.590	14.458.849.245	6.975.206.669
Pregunta 03	Pagar por sensores de peso no autorizados en el contrato.	678.927.204	1.796.120.469	823.982.456
Pregunta 04	No haber actuado con diligencia respecto de Plan Ambiental	450.638.626	1.115.598.043	530.014.135
Pregunta 05	Obtener recursos por concepto de la Compensación Flexible	394.448.271	2.074.279.769	547.448.116
Total		12.575.498.392	33.197.474.392	15.135.196.961

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Cfr. Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 13.

En este punto es indispensable recordar que en el régimen jurídico colombiano tiene plena vigencia el principio de reparación integral del daño, según el cual la víctima tiene derecho a ser indemnizada de manera plena, de forma tal que sea restituida—de la forma más fiel posible—a la situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso. Según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia reciente:

“la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone que ‘(...) la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de **reparación integral y equidad** (...)’ (se resalta).

”La anterior supone [...] el deber jurídico de **resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o al menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo**” (se resalta).¹⁰⁷

En línea con lo anterior, es importante poner de presente que, en criterio técnico del perito Arango, la actualización mediante una tasa de indexación equivalente al IBC es aquella que permite reconocer cabalmente la pérdida de oportunidad sufrida por Carbosan como consecuencia de los daños irrogados por Suárez. La actualización por IPC, que de cualquier forma fue calculada en el dictamen, no reconoce ese costo de oportunidad sufrido por Carbosan, como lo advirtió el doctor Arango:¹⁰⁸

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de junio de 2018. Magistrado Ponente: doctor Luis Armando Tolosa.

¹⁰⁸ Cfr. Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 11.

En el caso analizado, se debe suponer lo que habría ocurrido de no haber sufrido CARBOSAN una pérdida dineraria como consecuencia de las actuaciones del señor Mauricio Suárez. A este concepto se le denomina, como se mencionó, el costo de oportunidad de los recursos, ya que el dinero es un bien que, por sus características implícitas, está en capacidad de generar más dinero. Así, “puesto que los recursos son escasos, el costo de oportunidad de toda inversión en capital consiste en un consumo actual al que se renuncia.”⁹

Sí bien es cierto que la actualización por IPC mantiene el poder adquisitivo del dinero, la misma no reconoce una perspectiva de remuneración alguna para quien haya sufrido el menoscabo de su patrimonio. Es de uso común en la práctica jurídica reconocer que, al tenor del Artículo 884 del Código de Comercio, “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente.”

Dicho de otra forma, el único método de indexación que permite, además, reconocer la pérdida de oportunidad sufrida por mi poderdante—para en esa medida garantizarle una reparación integral—es aquel que emplea como referente la tasa del IBC. Esta aproximación, por lo demás, encuentra sustento en la literatura más especializada en materia de responsabilidad civil. En palabras del profesor Tamayo Jaramillo:

“Muchas veces el lucro cesante consiste en el interés lucrativo o puro que habría producido la suma de dinero que, en principio, perdió la víctima a causa de la ocurrencia del daño [...] En estos ejemplos, el capital que habría continuado en el patrimonio del actor (daño emergente) o habría ingresado en el mismo (lucro cesante), no solo se desvalorizó monetariamente sino que, a su vez, dejó de producirle utilidades al perjudicado. Por tanto, una indemnización plena debe comprender no solo esa desvalorización sino también el interés puro o lucrativo” (se resalta).¹⁰⁹

No cabe duda, por consiguiente, que una verdadera reparación integral del daño que le ocasionó Mauricio Suárez a mi poderdante debe partir de una tasación en cuya indexación se considere la tasa indicada de preferencia por el perito.

¹⁰⁹ Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, (2013, Editorial Legis, Bogotá, D.C.), p. 729

Cabe resaltar, por lo demás, que la tasación adelantada por el doctor Arango no fue objeto de una verdadera refutación o contradicción técnica por parte del demandado. En efecto, basta con revisar el “dictamen” rendido por el señor César Rodríguez, designado por Mauricio Suárez, para constatar que se trata de una reproducción de los alegatos de conclusión de los abogados del demandado, con tan solo algunas consideraciones sobre supuestos errores aritméticos que pretendió atribuirle al doctor Arango. Errores aritméticos que, según se pudo apreciar en la respectiva audiencia de contradicción, no fueron más que equivocaciones que el propio perito designado por el señor Suárez reconoció como suyas tras confesar que padecía de “dislexia numérica”.

Así las cosas, respetuosamente solicitamos al Despacho condenar a Mauricio Suárez a indemnizar los perjuicios, tasados en \$1.115.598.043, que le irrogó a Carbosan en el contexto de las sanciones impuestas por la ANLA.

IV. VIOLACIONES EN EL CONTEXTO DEL PROYECTO MURRAY

En la Sentencia la Superintendencia se limitó a advertir que el señor Suárez se extralimitó en el ejercicio de sus funciones en el marco del Proyecto Murray, a pesar de que las irregularidades van mucho más allá de eso y no fueron siquiera evaluadas por el Delegado.

En este capítulo se explicará entonces que Mauricio Suárez se valió de datos incompletos, distorsionados y abiertamente falsos para lograr que la junta directiva aprobara un acuerdo con CNR para el transporte de carbón en barcazas. Ese acuerdo ya lo había suscrito de manera precipitada y sin la más elemental información básica para determinar su viabilidad y conveniencia para Carbosan (A). Estas conductas son contrarias al régimen legal y estatutario aplicable a los administradores sociales (B) y causaron perjuicios a Carbosan (C).

A. Acerca de los hechos que resultaron probados en el proceso

En esta sección se explicará que las pruebas practicadas en el transcurso del proceso confirman: que Suárez suscribió un acuerdo con CNR sin autorización previa de la junta directiva (1), que para someter el Proyecto a consideración de junta el demandado se valió de información incompleta, distorsionada o abiertamente

falsa (2) y que dilató el proceso de selección de transportadores marítimos para en el entretanto promover activamente la contratación de OPL (3).

1. Suárez pactó las condiciones del Proyecto Murray sin contar con autorización de la junta directiva

Las pruebas practicadas en el presente proceso confirman que el 15 de diciembre de 2015 el demandado suscribió, en representación de Carbosan, un acuerdo con CNR para sustituir el transporte terrestre por barcazas entre el Puerto de Río Córdoba y el Puerto de Santa Marta, con unas tarifas unitarias reducidas, así (el “Proyecto Murray” o el “Proyecto”):¹¹⁰

Tabla n.º 4
Ajustes tarifarios por fase
 Proyecto Murray

Fase	Tarifa
Tarifa vigente antes del MOU	USD \$9.48 por tonelada
Fase I	USD \$7.45 por tonelada
Fase II	USD \$5.74 por tonelada
Fase III	USD \$5.34 por tonelada

El acuerdo suscrito el 15 de diciembre de 2015—y en consecuencia el ajuste tarifario contemplado en él—comenzó a ejecutarse el 1º de enero de 2016 sin contar con la aprobación requerida por parte de la junta directiva de Carbosan.¹¹¹ Peor aún, tal y como se verá a continuación, al someter el Proyecto a consideración de la junta directiva, Mauricio Suárez suministró sistemáticamente información incompleta,

¹¹⁰ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 10.

¹¹¹ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 10, en el que se puntualiza que las prestaciones vertidas en el acuerdo comienzan a ejecutarse a partir del 1º de enero de 2016. Cfr., así mismo, radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, actas de junta directiva.

distorsionada y abiertamente falsa. Sobre este asunto guardó absoluto silencio la Superintendencia.

2. Suárez suministró a la junta información incompleta, distorsionada y abiertamente falsa sobre el Proyecto

En esta sección se explicará que al someter el Proyecto a consideración de la junta directiva, Mauricio Suárez se valió, deliberada y sistemáticamente, de información incompleta, distorsionada y falsa. A continuación se sintetizan las diferentes instancias en que el demandado indujo a la junta directiva a error:

1. Suárez mintió a la junta directiva al manifestarles que los transportadores actuales ya contaban con licencias de transporte marítimo de la DIMAR para operar con barcazas. Lo cierto, sin embargo, es que ni OPL ni Transportes Sánchez Polo jamás contaron con estas licencias, tal y como lo certificó la propia DIMAR y lo reconoció Javier Prada. El Delegado guardó silencio sobre este asunto.
2. Mauricio Suárez engañó a la junta directiva al expresarle, sin que fuera cierto, que en el evento en que las tarifas del Proyecto Murray no fueran aceptadas se correría el riesgo de que CNR exportara su carbón a través del puerto de Drummond. Lo cierto, sin embargo, es que esa posibilidad estaba proscrita por virtud de una acción de nulidad que promovió exitosamente Carbosan incluso antes de que se concibiera el proyecto de transporte en barcazas. El Delegado guardó silencio sobre este asunto.
3. Mauricio Suárez indujo a error a la junta directiva al manifestarle que el Decreto 3083 de 2005 permitiría el transporte en barcazas, cuando en el transcurso del presente proceso confesó que su verdadero entendimiento era que la referida reglamentación prohibía ese tipo de transporte. El Delegado guardó silencio sobre este asunto.
4. Una vez se recibieron las propuestas de diferentes transportadores marítimos, Suárez mintió a la junta directiva acerca de la tarifa que planteó ETE. En verdad, explícitamente le manifestó al órgano de administración que el flete cotizado por dicha compañía ascendía a USD \$1,48, cuando en realidad la

propuesta contemplaba una tarifa superior, equivalente a USD \$2,68. El Delegado guardó silencio sobre este asunto.

5. Suárez indujo a la junta directiva a error al contemplar que para el Proyecto Murray se contrataría transporte marítimo a una tarifa unitaria de USD \$1,27 por tonelada, cuando en realidad el costo del flete sería de más del doble. Suárez manifestó que esa tarifa se proyectó a partir de cotizaciones que se habían realizado, pero lo cierto es que no existe prueba de que efectivamente se hubiesen solicitado y obtenido cotizaciones para la época en que se suministró esta información distorsionada a la junta. El Delegado guardó silencio sobre este asunto.
6. Suárez indujo a la junta directiva a error al contemplar que para el Proyecto Murray se adquirirían equipos succionadores cuyo valor aproximado sería de USD \$6 millones cuando en realidad el valor de dichos equipos fue de casi USD \$9 millones. El Delegado guardó silencio sobre este asunto.
7. A pesar de que Mauricio Suárez estaba al tanto de proyecciones y modelos internos que sugerían la inviabilidad o inconveniencia del Proyecto Murray para Carbosan, lo cierto es que jamás reveló esa información a la junta directiva. El Delegado guardó silencio sobre este asunto.

En las siguientes subsecciones se ahondará en cada una de estas instancias en las que Mauricio Suárez suministró información falsa, distorsionada o incompleta a la junta directiva cuando sometió a su consideración el Proyecto Murray.

a. Suárez mintió acerca de la existencia de licencias de la DIMAR para transporte en barcas

Las pruebas que obran en el expediente confirman que Mauricio Suárez engañó abiertamente a la junta directiva al manifestarles que Sánchez Polo y OPL ya contaban con la licencia requerida para realizar las operaciones de transporte marítimo previstas bajo el Proyecto Murray, según puede apreciarse en el siguiente extracto del acta n.º 195, correspondiente a la reunión de junta directiva de Carbosan que se celebró el 27 de enero de 2016:¹¹²

¹¹² Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 195, folio 3482 del libro de actas.

La VP Financiera explicó que la TIR presentada es la de Carbosan y no la del inversionista. El doctor Mauricio Suárez informó que en reuniones con el consorcio conformado por las empresas Sánchez Polo y OPL, **quienes prestan actualmente el servicio de transporte y tienen licencia para realizar operaciones de transporte marítimo,** ha discutido esquemas de operación que permitan contar con la disponibilidad de camiones en caso de contingencia, sin que a la fecha se tenga acuerdo con ninguna empresa de transporte. Así mismo, se ha tenido en cuenta para la valoración, un esquema de financiación del diferencial de tarifa por parte de los transportadores, a quienes se le propondría llevar como parte de su CAPEX.

En igual sentido, varios miembros de la junta directiva, en sus testimonios, reconocieron que en la toma de decisiones sobre el Proyecto Murray se partió de la base de que los transportadores actuales ya contaban con licencias para el transporte marítimo en barcazas. Ese entendimiento fue producto de las manifestaciones abiertas falsas que hizo Mauricio Suárez en su exposición del Proyecto Murray. En palabras de Carlos José López:

Testimonio de Carlos José López

Respuesta: Cuando el señor Suárez presenta el acuerdo que suscribió con Murray en diciembre de 2015 a la junta directiva que se hizo en el mes de enero del 2016 él planteó que el transporte marítimo entre Río Córdoba en barcazas y el Puerto de Santa Marta lo harían los transportadores actuales, que eran Sánchez Polo y OPL. **Manifestó, y así consta en el acta, que tenían licencia o permiso para realizar ese transporte marítimo.**

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (2:10:34 a 2:11:26)

En igual sentido, el director José Ignacio Díaz Granados manifestó, al ponerse de presente el precitado extracto del acta n.º 195, que lo allí consignado efectivamente ocurrió en el seno de la junta directiva tal y como se documentó. En sus palabras, los miembros de la junta directiva, en un acto de confianza, partieron del supuesto de que esa información que transmitió el demandado era cierta:

Testimonio de José Ignacio Díaz Granados

Respuesta: Tengo perfectamente claro lo que allí dice y creo que eso está en línea... Eso que está dicho ese párrafo está exactamente igual a como fue en la junta directiva. Nosotros no entramos a pedir explicación de este detalle aquí o allá. Porque **hay un acto de confianza en la administración para creer en las cosas que le están informando a la junta. Para que la junta se informe y tome las decisiones.**

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (1:37:45 a 1:38:12)

Mauricio Suárez mintió abiertamente a la junta directiva. No era cierto entonces, ni es cierto ahora, que los referidos transportadores contaran con licencias para adelantar transporte marítimo contemplado para el Proyecto Murray, según lo certificó la Dirección General Marítima (“DIMAR”) en respuesta a un requerimiento que formuló el Despacho sobre el particular. A continuación, se puede verificar, pues, que la información suministrada por Suárez a la junta directiva no se acompasaba con la realidad:¹¹³

Con referencia a su comunicado del 9 de marzo de 2021, radicado bajo No. 292021102534, **Proceso Judicial Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda., Proceso verbal 2019-800-00407**, mediante el cual solicita información de las sociedades Transportes Sánchez Polo S.A. u OPL Carga S.A.S., con toda atención me permito informar que, verificada la base de datos de la Subdirección de Marina Mercante de la Dirección General Marítima, no se encontró información registrada de las mencionadas Sociedades.

Atentamente,



¹¹³ Cfr. radicación n.º 2021-01-091716, Anexo AAB

Por su parte, Javier Prada, accionista y administrador de OPL, desmintió la información suministrada por Suárez a la junta directiva. Durante su testimonio confirmó que la referida compañía jamás contó con licencias de la DIMAR para adelantar actividades de transporte marítimo, según puede apreciarse en la siguiente transcripción:

Testimonio de Javier Prada

Respuesta: Nosotros, para operar en el puerto, en la jurisdicción de Santa Marta y Ciénaga, nosotros en la DIMAR, porque la DIMAR son por zonas, **no tenemos una licencia expresa de transporte de cabotaje de carbón**. Eso sí lo dejo bien claro.

Audiencia del 8 de abril de 2021 (2:57:58 a 2:58:21)

La información falsa que suministró Suárez a la junta directiva, en lo que toca con las licencias de la DIMAR para adelantar el transporte marítimo, no es de poca monta. En verdad, la flagrante mentira de Suárez a la junta directiva distorsionó por completo la toma de decisiones que adelantaría dicho órgano de administración en relación con el Proyecto Murray, toda vez que versó sobre uno de los principales postulados o presupuestos de la operación propuesta. Tan vital resultaba el tema de la referida licencia que Verónica Zúñiga, en su testimonio, manifestó que no haber contado con ella fue un factor determinante en el fracaso del Proyecto Murray:

Testimonio de Verónica Zúñiga

Pregunta: Usted le respondió al Superintendente que esto finalmente no se pudo llevar a cabo y que la compañía Carbosan asumió la pérdida. ¿Pero sabe usted por qué el proyecto no llegó a su término?

Respuesta: Si mal no recuerdo, sería la no consecución de los permisos para el transporte marítimo en barcazas.

Audiencia del 10 de febrero de 2021 (00:58:10 a 00:58:30)

En igual sentido lo precisó Javier Morelli, miembro de junta directiva de Carbosan, en el transcurso de su testimonio, así:

Testimonio de Javier Morelli

Pregunta: Quisiera preguntarle si para ese transporte en barcazas se requiere algún tipo de licencia o permiso.

Respuesta: Claro que sí. Se necesitan permisos para este transporte de cabotaje. Se necesitan permisos de la DIMAR.

Pregunta: En esa medida, en su criterio, ¿sería razonable sostener que **el Proyecto Murray y su viabilidad dependían de contar con esos permisos** [para transporte marítimo]?

Respuesta: Sí. Contar con esos permisos y con los permisos ambientales [...]. **Y fundamentalmente el permiso de las barcazas.**

Audiencia del 4 de marzo de 2021 (5:18:30 a 5:19:29)

Es importante advertir que en ninguna de las reuniones subsiguientes de la junta directiva—en las que se deliberó acerca del Proyecto Murray—Mauricio Suárez rectificó la información falsa que suministró a la junta. Así las cosas, pues, todas las discusiones subsiguientes de la junta, relacionadas con el proyecto de cabotaje estuvieron cimentadas sobre una abierta mentira del demandado.

b. Suárez mintió a la junta directiva sobre la posibilidad de que CNR utilizara el puerto de Drummond

Adicionalmente, durante la misma reunión del 27 de enero de 2016 el señor Suárez mintió a la junta directiva acerca del riesgo de que CNR exportara su carbón por el puerto de Drummond en el evento en que no se implementara el Proyecto Murray. Según puede leerse en el acta n.º 195 de la junta directiva:¹¹⁴

¹¹⁴ Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA.

El Presidente de la Sociedad informó que el contrato de prestación de servicios que tenía Carbosán con CNR terminaba en el mes de diciembre pasado, fecha en la cual CNR había anunciado que se iría del Puerto ya que estaba en conversaciones con Drummond para la exportación de su carbón. Para conservar el cliente, se requería hacer económicamente

Lo cierto es que el demandado tenía pleno conocimiento de que la anterior afirmación, encaminada a presionar la aprobación del Proyecto Murray por parte de la junta directiva, era abiertamente falsa. Suárez estaba al tanto de que no era legalmente posible que CNR exportara sus carbones por el puerto de Drummond en la medida en que se trataba de un puerto privado y de servicio privado.

Ciertamente, con ocasión de una Demanda promovida por el mismo Suárez desde Carbosan, la Sección Primera del Consejo de Estado había proferido una decisión, el 15 de agosto de 2015 y confirmada el 15 de noviembre del mismo año, que dejó sin efectos la Resolución n.º 2272 de 2014 del Ministerio del Transporte. Justamente era a través de esa resolución—suspendida a finales de 2015—que el Ministerio había “dictado una medida temporal y excepcional para los puertos concesionados de servicio privado” y se había permitido temporalmente movilizar, a través las instalaciones de puertos privados, como el de Drummond, carga perteneciente a terceros, como CNR.¹¹⁵

Todo lo anterior fue confirmado expresamente por el testigo Ernesto Forero, quien para la época de los hechos se desempeñaba como vicepresidente jurídico de Carbosan:

¹¹⁵ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexos n.º 45, 46 y 47.

Testimonio de Ernesto Forero

Respuesta: El Gobierno de la ministra Cecilia Álvarez Correa, como ministra de transporte, ella autorizó que puertos privados prestaran servicios públicos. Y al parecer todo eso iba encaminado a que Drummond le prestará servicios a CNR. Y entonces eso hubiera supuesto que se iba de manera definitiva ese cliente. Entonces **Carbosan, incluso, tomó la decisión de presentar una acción de nulidad** contra ese decreto que emitió el Ministerio de Transporte. **El Consejo de Estado aprobó la suspensión de los efectos del acto administrativo y finalmente no pudo CNR irse a Drummond. Entonces fue cuando se retomó un poco la relación nuevamente con CNR, ya en cabeza de Murray [...]**

Audiencia del 10 de febrero de 2021 (5:00:16 a 5:01:18)

Es importante advertir que en ninguna de las reuniones subsiguientes de la junta directiva—en las que se deliberó acerca del Proyecto Murray—Mauricio Suárez rectificó la información falsa que suministró a la junta acerca del supuesto riesgo de que CNR exportara sus carbones a través del puerto de Drummond. Peor aún, en la reunión celebrada el 1º de abril de 2016 el demandado insistió en ese falso riesgo:¹¹⁶

El Presidente informó que el señor Turner le había expresado que a raíz de la manifestación de Carbosán de no aceptar las tarifas para la Fase II, había activado la estructuración de las alternativas que permitieran a CNR exportar su carbón. **El Presidente expresó que las alternativas podrían ser que exporten su carbón a través de Drummond** o Puerto Nuevo, y resaltó que este último pudiera tener interés en prestarle servicios a CNR en razón a las investigaciones que recientemente inició la Superintendencia de Industria y Comercio, en las cuales sostiene que Puerto Nuevo no cumple con su naturaleza de puerto de servicio público.

¹¹⁶ Cfr. radicación nº 2021-01-138757, Anexo AAA.

Así las cosas, pues, todas las discusiones de la junta relacionadas con el proyecto de cabotaje estuvieron cimentadas sobre otra abierta mentira del demandado que no fue nunca rectificada.

c. Suárez indujo a error a la junta acerca del alcance del Decreto 3083

Además de lo anterior, las pruebas que se practicaron en el presente proceso confirman que Mauricio Suárez también engañó abiertamente a la junta directiva en relación con el alcance del Decreto 3083 de 2005 su incidencia en la viabilidad de realizar transporte marítimo de carbón en barcazas. En verdad, durante la reunión de junta directiva que se celebró el 27 de enero de 2016 para discutir por primera vez las bases del Proyecto Murray, el demandado dio un falso parte de tranquilidad a la junta directiva al asegurarles que sería incorrecto interpretar que el referido decreto prohibía el cabotaje en barcazas encapsuladas, tal y como se desprende del siguiente extracto:¹¹⁷

El Presidente explicó que, sin perjuicio de los estudios que se están adelantando, la prohibición del Decreto 3083 de 2005 y demás normas relacionadas, consiste en el cargue de buques en fondeo. Lo que se plantea en el Proyecto Murray es un cabotaje de barcazas encapsuladas entre dos puertos. Las operaciones de cargue de buque se harían en el Puerto de Santa Marta a través del sistema de cargue directo de carbón. No obstante lo anterior, expresó que debe trabajarse de manera importante en el tema de presentación del proyecto, ya que de lo contrario éste podría ser entendido como una actividad no permitida, lo cual no es correcto. El Presidente informó que ha socializado el Proyecto con el doctor Gabriel Jurado, y que debe trabajarse con la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y en la estrategia de medios. Informó que la idea sería evidenciar como una barcaza es menos contaminante que 400 camiones atravesando barrios de la ciudad. No obstante lo anterior, el Presidente expresó que es previsible que Glencore y Drummond se opongan al Proyecto.

En un inexplicable giro, sin embargo, durante la ampliación de su interrogatorio el demandado confesó que, en su criterio, el referido Decreto 3083 de 2005 sí prohibía el transporte marítimo en barcazas encapsuladas, tal y como puede apreciarse en la siguiente transcripción:

¹¹⁷ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA.

Ampliación del Interrogatorio de Mauricio Suárez

Respuesta: Mal haría yo en desconocer un decreto que además era de público conocimiento en ese momento nacional que es el Decreto 3083 del 2005 **que prohibía específicamente, a partir del primero de diciembre del 2013, el uso de barcazas en la zona.**

Audiencia del 10 de marzo de 2021 (3:13:46 a 3:14:04)

Es importante advertir que en ninguna de las reuniones subsiguientes de la junta directiva—en las que se deliberó acerca del Proyecto Murray—Mauricio Suárez rectificó esta información distorsionada que le suministró a los directores de Carbosan. Así las cosas, pues, todas las discusiones subsiguientes de la junta, relacionadas con el proyecto de cabotaje estuvieron cimentadas sobre una abierta distorsión atribuible al demandado.

d. Suárez engañó a la junta acerca del valor del flete marítimo de ETE

La tendencia de Suárez por distorsionar abiertamente la realidad que se presentaba a la junta directiva en lo referente al Proyecto Murray se hace evidente también en las discusiones que tuvieron lugar en la reunión del 25 de agosto de 2016, cuando se discutieron algunas propuestas recibidas por parte de potenciales transportadores marítimos. En efecto, según consta en el acta n.º 208, el demandado engañó a la junta directiva al manifestarles que la tarifa planteada por ETE, según la propuesta **que ya había recibido la Compañía**, se acercaba a las proyecciones que realizó la administración y ascendía a US\$1,48 por tonelada, según se aprecia a continuación:¹¹⁸

¹¹⁸ Cfr. radicación nº 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 208, correspondiente a reunión de junta del 25 de agosto de 2016, folio 3851 del libro de actas.

El doctor Carlos José López preguntó al doctor Mauricio Suárez por las propuestas recibidas en la invitación privada para transporte de carbón en barcazas entre Río Córdoba y el Puerto de Santa Marta, que cerró el 19 de agosto de 2016. . El doctor Suárez respondió que se recibieron dos (2) propuestas: ETE y la Union Temporal Green Cargo

Compañía Transnaval y Big River Flota Naviera. . Indicó el doctor Suárez que en la próxima reunión de Junta Directiva se presentaría el análisis de las propuestas, por cuanto la administración aún estaba analizando la información aportada por los oferentes. Sin perjuicio de lo anterior, informó que ETE, firma portuguesa de reconocida experiencia en el sector, cotizó US\$1.48 por tonelada. Anotó que esta tarifa era cercana a la proyectada por la administración, y la Unión Temporal ofertó una tarifa en pesos de COP\$8.685 por tonelada. En razón a lo anterior, el doctor López llamó la atención de la administración sobre la diferencia significativa entre las dos (2) propuestas económicas.

Lo cierto es que la tarifa ponderada de que planteó Grupo ETE en su propuesta, según se pudo corroborar en la reunión de junta directiva celebrada el 30 de septiembre de 2016, ascendía a casi el doble del valor que Mauricio Suárez anunció en la reunión anterior, según se puede apreciar en el siguiente extracto del acta n.º 209, correspondiente a la reunión de junta directiva del 30 de septiembre de 2016:¹¹⁹

¹¹⁹ Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA.

A continuación, **presentó la propuesta de tarifas presentadas por el Grupo ETE:**

Volumen Anual	Tarifa USD
2.000,000	2,95
2.000,001 - 2.100,000	2,8
2.100,001 - 2.200,000	2,65
2.200,001 - 2.300,000	2,5
2.300,001 - 2.400,000	2,35
2.400,001 - 2.500,000	2,2
2.500,001 - 2.600,000	2,05
2.600,001 - 2.700,000	1,9
2.700,001 - 2.800,000	1,75
2.800,001 - 2.900,000	1,6
2.900,001 - o más...	1,45

El doctor Carlos José López expresó que considera costosa la tarifa, y no conveniente realizar el proyecto dado que la tarifa se costeó con costo por transporte marítimo de \$1,55 y **la ponderada de la propuesta del Grupo ETE está en \$2,68.** Así las cosas, la Junta

El valor real de la tarifa contenida en la propuesta que recibió Carbosan el 19 de agosto de 2016, como puede verse, definitivamente no era equivalente a US\$1,48, como de manera amañada lo sugirió Suárez en la reunión de junta, ni se acercaba a las proyecciones que había realizado la administración. De nuevo, se trata de una instancia, adicional y verificable, en que Mauricio Suárez incurrió en su sistemática conducta de suministrar información distorsionada o abiertamente falsa a la junta directiva en el contexto de discusiones relativas al Proyecto Murray.

e. Suárez suministró a la junta directiva proyecciones imprecisas de fletes marítimos

En línea con lo anterior, debe insistirse en que durante la reunión de junta directiva celebrada el 27 de enero de 2016 el señor Suárez indicó a la junta directiva que el modelo financiero del Proyecto Murray proyectaba la contratación de transporte marítimo por un valor unitario de COP \$4.278 (aproximadamente USD \$1,26), tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto del acta n.º 195:¹²⁰

¹²⁰ Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 195, folios 3482 y 3488 del libro de actas. Una versión más legible del cuadro se puede encontrar en el anexo n.º 3 de la demanda, p. 29. Cfr. Demanda, Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972

Transporte Terrestre	COP/USD	11.736
<u>Transporte Marítimo</u>	<u>COP/USD</u>	<u>4.278</u>
Diferencial costo del transportador	COP	7.503
	Tons	2.000.000
Valor a Financiar por Proveedor	COP	15.016.000.000 ¹²¹
Plazo	Años	7 años
Periodo de Gracia	Años	0 años
Periodicidad Pago		90 días
DTF TA		5.89%
Spread		5.75%

Justamente en esa misma reunión, la junta directiva impartió la instrucción a Suárez, de adelantar una invitación en la que participaran varias compañías, para la contratación del transporte marítimo.¹²¹ A pesar de que la referida instrucción le fue impartida en una etapa temprana del proceso de negociación del Proyecto Murray, tan solo hasta agosto de 2016 se cerró la invitación a transportadores.

Tan solo hasta ese momento, con la recepción de propuestas de dos compañías, resultó evidente la marcada distorsión de las proyecciones realizadas por Suárez. Lejos del flete marítimo informado a la junta en enero de 2016—equivalente a USD \$1,26—la propuesta más económica, proveniente de Grupo ETE, contemplaba una tarifa ponderada de USD \$2,68 por tonelada de carbón transportada. Debe hacerse énfasis, en este punto, que además de que Suárez planteó proyecciones a todas luces distorsionadas a la junta directiva en enero de 2016, su pasmosa inactividad en los meses subsiguientes en lo referente a la invitación de transportadores condujo a que solo en agosto se recibieran propuestas que permitieran desvirtuar sus proyecciones y dimensionar el verdadero costo del transporte marítimo. Peor aún, tal y como se explicó en la subsección anterior, Suárez mintió a la junta directiva en agosto acerca del verdadero costo propuesto por Grupo ETE y tan solo un mes después, el 30 de septiembre, reveló que la tarifa real sería de más del doble de la que originalmente proyectó.

¹²¹ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n° 195, folio 3482 (“la junta directiva por unanimidad resolvió: [...] Para la contratación del transporte marítimo, **debería realizarse una invitación en la que se inviten varias empresas interesadas**”).

f. Suárez suministró a la junta directiva proyecciones imprecisas sobre costo de maquinaria de descargue

Por si lo anterior fuera poco, el 27 de enero de 2016 el demandado indicó a la junta directiva que el modelo financiero del Proyecto Murray contemplaba la adquisición de un equipo succionador para el descargue de carbón por valor aproximado de USD \$6.000.000, el cual se compraría en España, previa visita que realizarían subordinados de Suárez para verificar las condiciones del equipo.¹²²

Inversión Op. Temprana: USD 4.966.600 Inversión Op. Definitiva: USD 941.520 Total Inversión CAPEX USD 5.908.120 Inversión OPEX: USD 3.601.096 VPN(12%): USD 2.968.562 TIR: 27% Payback: 4 años	Financiación por parte del proveedor de la diferencia entre el transporte terrestre y el marítimo mientras se llega a la operación definitiva. Costo Financiero en Periodo de Gracia: COP 630/Ton (2 Trim) Costo Financiero: COP 1.175/Ton. <table> <tr><td>Transporte Terrestre</td><td>COP/USD</td><td>11.786</td></tr> <tr><td>Transporte Marítimo</td><td>COP/USD</td><td>4.278</td></tr> <tr><td>Diferencia costo de transporte</td><td>COP</td><td>7.508</td></tr> <tr><td></td><td>Ton</td><td>3.000.000</td></tr> <tr><td>Valor financiado por proveedor</td><td>COP</td><td>\$5.016.000.000</td></tr> <tr><td>Financ</td><td></td><td>7.508</td></tr> <tr><td>Financ de Gracia</td><td></td><td>0.000</td></tr> <tr><td>Financ de Pago</td><td></td><td>0.000</td></tr> <tr><td>Costo</td><td></td><td>5.016</td></tr> <tr><td>Costo</td><td></td><td>5.016</td></tr> </table>	Transporte Terrestre	COP/USD	11.786	Transporte Marítimo	COP/USD	4.278	Diferencia costo de transporte	COP	7.508		Ton	3.000.000	Valor financiado por proveedor	COP	\$5.016.000.000	Financ		7.508	Financ de Gracia		0.000	Financ de Pago		0.000	Costo		5.016	Costo		5.016
Transporte Terrestre	COP/USD	11.786																													
Transporte Marítimo	COP/USD	4.278																													
Diferencia costo de transporte	COP	7.508																													
	Ton	3.000.000																													
Valor financiado por proveedor	COP	\$5.016.000.000																													
Financ		7.508																													
Financ de Gracia		0.000																													
Financ de Pago		0.000																													
Costo		5.016																													
Costo		5.016																													

En relación con la operación en las Fases II y III, el Presidente explicó que el carbón se descargaría de las barcazas a través de un equipo en tierra de succión, **para lo cual se tiene cotizado un equipo Siwertell, ubicado en Tenerife, España. Informó así mismo que los Vicepresidentes de Operaciones y de Infraestructura y Equipos tienen previsto viajar la semana entrante con el personal de Murray al sitio donde se encuentra el equipo para conocer y revisar el equipo.** El Presidente explicó que si bien el descargue de la Fase II se plantearía con cucharas, la idea es trabajar en la implementación de la Fase III en la cual el descargue se haga con succionador. En consecuencia, la diferencia entre las fases II y III consistiría en el transporte del carbón desde el muelle hasta el patio, la cual se haría en camiones y en bandas transportadoras.

A pesar de que la visita para verificar las condiciones del equipo se habría realizado en febrero, tan solo hasta octubre de ese año se le informó de manera definitiva a la junta que el succionador ubicado en España no había resultado ser

¹²² Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.° 195, folios 3480, 3482 y 3488 del libro de actas.

idóneo. Por consiguiente, sería necesario adquirir otro equipo sueco, cuyo costo era significativamente mayor:¹²³

Luego mostró los equipos y sus características y recalcó que Siwertel Suecia ST 64d es el equipo ideal que tiene un costo aproximado de USD8.7 millones de dólares más el envío, seguros y otros rubros como obras civiles y bandas entre otros. Así las cosas la inversión total estimada en diciembre de 2015 pasaría de USD 6 millones a USD 8.7

Sorprende, por consiguiente, que a pesar de que la inspección del equipo succionador se haya llevado a cabo en **febrero**, tan solo en **octubre** se le haya informado a los directores que el equipo originalmente proyectado por Suárez no sería el ideal. Nuevamente, Mauricio Suárez incurrió en su sistemática conducta de suministrar información falsa, distorsionada, o sospechosamente tardía a la junta directiva al someter a su consideración el Proyecto Murray.

g. Suárez ocultó proyecciones financieras desfavorables sobre el Proyecto

Además de que el demandado reiteradamente suministró a la junta directiva información falsa y distorsionada, también ocultó proyecciones elaboradas por el equipo financiero de Carbosan que ponían en franca tela de juicio la viabilidad y conveniencia del Proyecto Murray. En verdad, las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de un análisis financiero, preparado en diciembre de 2015, en el que se indica que el valor presente neto (“VPN”) del Proyecto Murray para Carbosan sería cercano a cero, tal y como puede apreciarse a continuación:¹²⁴

¹²³ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.° 210, folios 3924 del libro de actas.

¹²⁴ Cfr. Demanda, radicado n.° 2019-01-396972, anexo n.° 3, p. 26

----- Mensaje reenviado -----

De: **Veronica Zuñiga** <vzuniga@spsm.com.co>

Fecha: 10 de diciembre de 2015, 18:09

Asunto: Re: CNR

Para: Luisa Aaron <laaron@spsm.com.co>

Hola Luisa,

hice el análisis teniendo en cuenta lo que recibe SPSM y Carbosan, suponiendo lo siguiente:

- Desde el año entrante la tarifa es la misma que la de la operación definitiva (USD 5.51/ton).
- La operación con camiones dura todo el 2016 y se empieza la inversión de la etapa temprana
- La operación temprana dura 1 año (2017) y se invierte lo restante
- A partir del 2018 se inicia la operación definitiva

De acuerdo a lo anterior, para Carbosan el VPN es casi 0, pero viendo el negocio como un todo su VPN es de USD 15.581.648 con una tir de 58%.
Quedo pendiente a tus comentarios.

Lo cierto, sin embargo, es que en ninguna de las deliberaciones que tuvieron lugar en el seno de la junta directiva en relación con el Proyecto Murray, ni en una sola de las presentaciones que hizo Suárez al referido órgano de administración acerca del proyecto, se puso de presente que algunos modelos adelantados por el equipo financiero de Carbosan sugerían que la inviabilidad o inconveniencia de la operación proyectada.

3. Suárez dilató la invitación de para seleccionar a transportadores y en el entretanto promovió activamente la contratación de OPL

Finalmente, cabe hacer especial énfasis en que, además de suministrar información imprecisa, distorsionada y falsa a la junta directiva, Suárez dilató injustificadamente el proceso de selección de los transportadores marítimos. En verdad, debe recordarse que durante la reunión del 27 de enero de 2016 la junta directiva impartió la instrucción al demandado de adelantar una invitación en la que participaran varias compañías, para la contratación del transporte marítimo, según puede leerse en el siguiente extracto:¹²⁵

¹²⁵ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 195, folio 3482 (“la junta directiva por unanimidad resolvió: [...] Para la contratación del transporte marítimo, **debería realizarse una invitación en la que se inviten varias empresas interesadas**”).

Luego de deliberar en relación con el Proyecto, **la Junta Directiva por unanimidad resolvió:**

1. Realizar un análisis integral de todos los riesgos asociados al Proyecto Murray para cada una de las etapas, así como de las medidas para mitigar tales riesgos, buscando llevar a cero la exposición al riesgo por parte de Carbosán;
2. Realizar la valoración del Proyecto, teniendo en cuenta las variables anteriores y simulando escenarios bajo, medio y bueno, así como la presentación de usos, fuentes, garantías, etc.
3. **Para la contratación del transporte marítimo, debería realizarse una invitación en la que se inviten varias empresas interesadas (Impala, por ejemplo).**

A pesar de que la referida instrucción le fue impartida en una etapa bastante temprana del proceso de negociación del Proyecto Murray, tan solo siete meses después de la orden de la junta directiva, en agosto de 2016, se cerró la invitación a transportadores.¹²⁶ En el transcurso de esos siete meses que transcurrieron después de la reunión del 27 de enero, en lugar de adelantar prontamente el respectivo proceso de selección, Suárez promovió activamente, en el seno de la junta directiva, la propuesta de vincular a los actuales transportadores—OPL y Transportes Sánchez Polo—al Proyecto Murray. Esta posibilidad la planteó, incluso, desde la aludida reunión de enero, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto, en el cual Suárez reiteró falsamente que dichos transportadores—uno de los cuales pertenece a su amigo y cómplice—contaban con licencias para transporte marítimo:¹²⁷

¹²⁶ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.° 208, folio 3851 (“El doctor Carlos José López preguntó al doctor Mauricio Suárez por las propuestas recibidas en la invitación privada para transporte de carbón en barcazas entre Río Córdoba y el Puerto de Santa Marta, **que cerró el 19 de agosto de 2016. . El doctor Suárez respondió que se recibieron dos (2) propuestas: ETE y la Unión Temporal**”)

¹²⁷ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.° 195

El doctor Mauricio Suárez informó que en reuniones con el consorcio conformado por las empresas Sánchez Polo y OPL, quienes prestan actualmente el servicio de transporte y tienen licencia para realizar operaciones de transporte marítimo, ha discutido esquemas de operación que permitan contar con la disponibilidad de camiones en caso de contingencia, sin que a la fecha se tenga acuerdo con ninguna empresa de transporte. Así mismo, se ha

En igual sentido, durante la reunión celebrada el 28 de marzo de 2016, el señor Suárez insistió en que una de las alternativas para la ejecución del Proyecto Murray consistía, justamente, en vincular a los actuales transportadores, entre los que se encontraba OPL:¹²⁸

Expresó que como alternativas de solución se tendrían: i) aceptar la propuesta de los transportadores actuales, quienes han expresado su interés de financiar el diferencial de la tarifa amortizable a un plazo de 10 años; sin embargo, expresó que hasta el momento a los transportadores les ha manifestado que se abrirá una licitación; ii) otra alternativa consiste en proponer a Murray que realice el pago de USD \$7,45 por tonelada desde abril hasta que la operación marítima entre en funcionamiento, y una vez esto ocurra, Carbosán devolvería tal diferencia mediante un valor por tonelada a definir.

Así mismo, la promoción activa de los actuales transportadores por parte de Suárez continuó durante la siguiente reunión de junta directiva, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto del acta n.º 199:¹²⁹

El Presidente, el doctor Mauricio Suarez, expresó que en términos de financiación del límite de los USD \$2,0 millones que se están proponiendo de limite en el contrato, los transportadores, en asocio con CF LATAM, han expresado su voluntad de financiar hasta un total de \$6,000 millones a través de la tarifa de transporte, la cual se amortizaría en el largo plazo con las toneladas movilizadas.

¹²⁸ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 198, folio 3598 del libro de actas.

¹²⁹ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 199, folio 3648 del libro de actas.

Posteriormente, en la reunión del 6 de julio de 2016, el señor Suárez insistió en la posibilidad de estructurar un esquema en el que OPL y Transportes Sánchez Polo concurrieran a la financiación de la operación a través de un préstamo a largo plazo. Lo anterior se puede apreciar en el siguiente extracto del acta n.º 204:¹³⁰

En aras de mejorar los números de Carbosán para el Proyecto Murray, la doctora Luisa Aarón expresó que se ha estado conversado con el proveedor de transporte actual para formalizar un préstamo por \$3,200 millones, los cuales se traducirían en una reducción de la tarifa. Adicionalmente se acordó una reducción de la tarifa en \$300/ton (hasta \$800 millones). El Presidente Mauricio Suárez expresó que con el transportador se ha sido claro en que el préstamo no asegura un contrato al largo plazo. Sin embargo, como la expectativa del transportador es que en efecto se suscriba un contrato a largo plazo, éste ha planteado que si se suscribe un contrato a largo plazo, el préstamo se haría a cero intereses, y si no se logra suscribir el contrato, el préstamo se pagaría a una tasa de interés a definir. Explicó que el transportador llevará a su Junta Directiva el próximo 8 de julio la propuesta de prestar a Carbosan los recursos.

Como puede verse pues, durante los siete meses siguientes a la fecha en que la junta directiva le impartió instrucciones expresas a Suárez para invitar a diferentes transportadores marítimos, el demandado dilató injustificadamente la estructuración de dicha invitación y, en cambio, promovió activamente, durante por lo menos cuatro sesiones de junta, la posibilidad de contratar a OPL, sociedad de propiedad de su amigo y cómplice, Javier Prada.

B. Las conductas de Suárez contrarían el ordenamiento societario

En esta sección se explicará que los hechos probados en relación con el Proyecto Murray denotan sistemáticas violaciones al régimen de administradores sociales por parte del demandado. En verdad, Suárez no solo violó restricciones estatutarias, como lo reconoció la Superintendencia (1) sino que también infringió sus deberes de lealtad y buena fe (2) así como el de cuidado (3).

¹³⁰ Cfr. radicación n.º 2021-01-138757, Anexo AAA, acta n.º 204, folio 3772 del libro de actas.

1. Suárez violó disposiciones estatutarias

En este punto debe recordarse, por lo demás, que el artículo 35, literal b), de los estatutos sociales de Carbosan dispone que la celebración de cualquier contrato que supere en cuantía los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes requiere autorización previa por parte de la junta directiva, tal y como se reproduce a continuación:¹³¹

b) Celebrar y
ejecutar los actos, negocios y contratos comprendidos dentro
del objeto social o que se relacionen con la existencia y
funcionamiento de la sociedad. <u>Todos aquellos cuya cuantía</u>
<u>exceda la suma de CIEN (100) salarios mínimos mensuales</u>
<u>legalmente vigente, requerirán de la previa autorización de</u>
<u>la Junta Directiva.</u> c) Contratar los empleados y asesores que

En igual sentido, no debe perderse de vista que el artículo 29, literal l), de los estatutos sociales es claro en establecer que le compete a la junta directiva decidir, con una mayoría especial, sobre las tarifas cobradas a los clientes. De acuerdo con el tenor literal de la referida cláusula estatutaria:¹³²

l) <u>Decidir respecto de las tarifas que se cobren a</u>
<u>los usuarios por concepto de la prestación de servicios</u>
<u>comprendidos en el objeto social.</u> Esta decisión requerirá el
voto favorable de cuando menos CUATRO (4) de los miembros de
la Junta Directiva.

¹³¹ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA.

¹³² *Id.*

Así las cosas, pues, es evidente que para la celebración y ejecución del Proyecto Murray Suárez requería, necesariamente, autorización de la junta directiva. No obstante, el referido proyecto se comenzó a ejecutar el 1º de enero de 2016, a pesar de que la junta directiva no lo había autorizado.

Más aún, las múltiples y graves instancias en que Suárez suministró información incompleta, distorsionada o abiertamente falsa—sin que luego fuese corregida o rectificada oportunamente—hace que sea sencillamente imposible concluir que la junta directiva autorizó el negocio que efectivamente se llevó a cabo. Tal fue el grado de opacidad de Suárez en relación con los pormenores del Proyecto Murray y sus presupuestos, que de ninguna manera podría entenderse que la autorización impartida por la junta directiva versó sobre el verdadero alcance y presupuestos de la operación. En verdad, las deliberaciones y decisiones de la junta directiva giraron en torno a una versión gravemente distorsionada de dicho proyecto, cimentada, desde la primera reunión de junta, en las premisas falsas e incompletas que promovió el demandado.

Debe advertirse, en línea con lo anterior, que a través de la conducta descrita, Mauricio Suárez incumplió entonces de manera flagrante los deberes que le correspondían en calidad de representante legal de Carbosan Ltda., particularmente el de “[v]elar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o **estatutarias**” (se resalta). En esa medida, por virtud de lo establecido en el citado artículo 200 del Código de Comercio, el señor Suárez tendría que responder por los perjuicios derivados del referido incumplimiento.

En este sentido, vale la pena hacer referencia a la decisión proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en el proceso de *Empas S.A.* En esa oportunidad, la Superintendencia de Sociedades encontró que el administrador demandado celebró varios actos y contratos que, de conformidad con los estatutos de la compañía, requerían de la autorización de la asamblea general de accionistas. En palabras de la Superintendencia de Sociedades:

“de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, el Despacho encuentra que **el demandado parecería haber suscrito cuatro acuerdos [...] sin contar con las respectivas autorizaciones [...]**. Así las cosas, el Despacho encuentra que el demandado [...] **incumplió con los deberes que**

le correspondían en su calidad de administrador de Empas S.A., al tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En consecuencia, el Despacho le **ordenará al demandado que indemnice a la sociedad demandante por los perjuicios derivados de su conducta**” (se resalta).¹³³

Así las cosas, por virtud de lo establecido en el artículo 200 del Código de Comercio, la sociedad se encuentra legitimada para reclamar la indemnización de los perjuicios que le ocasionó el señor Suárez. Lo anterior por cuanto el demandado suscribió y ejecutó un acuerdo con CNR para el transporte de carbón en barcazas sin contar con la autorización de la junta directiva.

2. Suárez violó sus deberes de lealtad y buena fe

En esta subsección se pondrá de presente que, más allá de lo reconocido por la Superintendencia, Mauricio Suárez violó sus deberes de lealtad y buena fe en la medida en que suministró información distorsionada, imprecisa y falsa a la junta directiva (a) y buscó favorecer a Javier Prada en el contexto del Proyecto Murray (b).

a. Deslealtad en el suministro de información distorsionada y falsa

La opacidad que caracterizó el comportamiento de Suárez frente a la junta directiva en todo lo relativo al Proyecto Murray constituye una flagrante violación de sus deberes de lealtad y buena fe en calidad de administrador social. Ciertamente, no puede sino catalogarse como desleal la tendencia sistemática del demandado consistente en inducir a error a los miembros de junta directiva mediante el ocultamiento de datos, el suministro de información distorsionada que jamás fue rectificada y la divulgación de mentiras frontales sobre el aludido proyecto.

En este punto debe advertirse que en Colombia aún no se han resuelto casos en los que se identifiquen infracciones a los referidos deberes fiduciarios de los administradores sociales por ocultamiento de información relevante. Sin embargo, algunos autores han reconocido, particularmente en estudios de responsabilidad civil contractual, que el deber de lealtad—postulado que se deriva del principio de la

¹³³ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-12 del 19 de febrero de 2015.

buena fe—envuelve la obligación de apertura en la revelación de información relevante. Así lo ha explicado, por ejemplo, Tamayo Jaramillo:

“Admitido que en el derecho colombiano existe un principio general [de buena fe] que establece a cargo de las partes la obligación de lealtad en la formación y ejecución del contrato, veamos cómo en uno y otro período **esa obligación consiste básicamente en informar y aconsejar en forma adecuada [...] a su contraparte**”¹³⁴

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha identificado un deber de información—derivado de la lealtad que impone la buena fe—en contextos contractuales como el de los seguros. Así, por ejemplo, en una sentencia proferida el 29 de enero de 2020, la Sala de Casación Civil advirtió lo siguiente:

“El tomador o el asegurado, **en cumplimiento de la buena fe comercial, debe dar una información clara y fidedigna** sobre el aspecto puntual que se le indaga, relativo al interés asegurable, pues si así no lo hace, **conduce a la compañía a contratar con base en la creencia de hechos diversos a los que en verdad existen**, esto es, la lleva a emitir el consentimiento cimentado en el error” (se resalta).¹³⁵

Si en el plano contractual la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la lealtad y la buena fe imponen a los contratantes un deber de información frente a la contraparte, con mayor razón debería entenderse que actúa de manera desleal, y contraria a la buena fe, el administrador que oculta información relevante para los intereses de la compañía. A diferencia de las relaciones típicamente contractuales, en donde las partes pueden encontrarse en un plano adversarial o de contraposición de intereses, debe recordarse que el administrador ocupa una posición fiduciaria, o de confianza, respecto de la sociedad. Esta relación fiduciaria, con mayor razón,

¹³⁴ J. Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, Tomo I, 2a Ed. (2013, Legis Editores, Bogotá, D.C.) pp. 560 a 561

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicación n.º 41001-22-14-000-2019-00181-01 del 29 de enero de 2020. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. En igual sentido, cfr. CSJ. SC5327-2018 de 13 de diciembre de 2018, exp. 68001-31-03-004-2008-00193-01

debería permitir concluir que la lealtad impone al administrador social el insoslayable deber de revelar información importante para la compañía.

Cabe resaltar, por lo demás, que en otras jurisdicciones los jueces especializados en derecho societario han determinado que un componente fundamental del aludido deber de lealtad de los administradores consiste, precisamente, en la obligación de revelar cualquier información que sea material y relevante para proteger los intereses de la compañía.

En este punto es relevante traer a colación decisiones adoptadas por jueces estadounidenses en materia de deberes fiduciarios de los administradores, en la medida en que el régimen colombiano contenido en la Ley 222 de 1995 se inspiró en los desarrollos jurídicos de la referida jurisdicción. En el caso de *State Ex Rel. Hayes Oyster Co. contra Keypoint Oyster Co.*, por ejemplo, la Corte Suprema de Washington hizo la siguiente afirmación contundente: “abstenerse de revelar información relevante por parte de un administrador es, en sí mismo, injusto y desleal”.¹³⁶

Así mismo, en el caso de *Mills Acquisition Co. contra Macmillan, Inc.*, la Corte Suprema de Delaware encontró que tres administradores de Macmillan Inc., infringieron su deber de lealtad al ocultar a los demás miembros de la junta directiva de la compañía información relevante para los intereses de la sociedad. En criterio de la corte, los referidos demandados tenían la imperiosa obligación de revelar a la junta directiva la información que tenían sobre algunas irregularidades en el proceso de negociación de una posible adquisición de la sociedad. En palabras de la corte:

“puesto que la candidez es uno de los elementos fundamentales de la lealtad, el derecho de sociedades de Delaware impone a los administradores la obligación absoluta de revelar información [que sea relevante para la toma de decisiones societarias]”.¹³⁷ Por consiguiente, en la sentencia se concluyó que “el silencio que guardaron [los directores demandados], a pesar de la obligación positiva que tenían de revelar a la junta directiva toda la información material en su poder, fue tan tramposo como

¹³⁶ *State Ex Rel. Hayes Oyster Co. v. Keypoint Oyster Co.*, 391 P.2d 979 (Wash. 1964).

¹³⁷ *Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc.*, 559 A.2d 1261 (1988)

engañoso. En síntesis, defraudaron los intereses del órgano de administración”.¹³⁸

Difícilmente obra con lealtad y buena fe un administrador que, como Suárez, desde el comienzo de las deliberaciones de la junta directiva plagó al órgano de administración con información falsa, distorsionada, incompleta e imprecisa a al someter a su consideración el Proyecto Murray. Las pruebas recaudadas en el proceso dan plena cuenta de las copiosas ocasiones en las que el demandado indujo a error a la junta directiva, en lo que constituye una flagrante contravención de los postulados más elementales de lealtad y buena fe que deben regir en todo momento las conductas de los administradores. Semejantes violaciones, de las que se derivaron cuantiosos perjuicios a la Compañía, deberían llevar a que el demandado sea condenado a indemnizar el daño sufrido por Carbosan.

b. Deslealtad asociada al favorecimiento de OPL

El ánimo de Suárez por promover activamente la contratación de OPL para la prestación de servicios de transporte en el contexto del Proyecto Murray—ánimo que estuvo acompañado por una dilación en el proceso de contratación de otros transportadores—denota una marcada deslealtad del demandado. Ciertamente, el señor Suárez antepuso los intereses de Javier Prada—amigo y cómplice que le reportó cuantiosas prebendas económicas—sobre los mejores intereses de la Compañía. Debe insistirse, en verdad, en que las relaciones entre Carbosan y OPL le representaban a Mauricio Suárez un profundo conflicto de intereses

Conflicto por prebendas económicas. No debe perderse de vista, en verdad, que gracias al concurso de Prada—quien accedió a expedir facturas de C.I. Pradaz, con cargo de SPSM, por servicios jamás prestados— Suárez recibió el cuantioso beneficio de \$400 millones, valor en que se redujo un crédito que había contraído con SPSM para la construcción de su vivienda. Esta situación, sin duda, suscita un evidente conflicto de intereses en la medida en que tiene la virtualidad de comprometer el juicio objetivo del demandado a la hora de contratar con OPL, compañía vinculada a Prada. Así lo había reconocido la propia Superintendencia en múltiples pronunciamientos:

¹³⁸ *Id.*

“Por lo demás, este Despacho ya ha estudiado distintas hipótesis en las que un administrador cuenta con un interés económico significativo en una operación determinada. Sobre este aspecto, en la misma sentencia, se indicó que **puede presentarse un conflicto cuando el administrador tenga un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo.**¹³⁹

En otros antecedentes, la Superintendencia advirtió que el conflicto de intereses para el administrador puede configurarse cuando ha recibido comisiones o prerrogativas económicas de otra índole. Según se puede apreciar en la sentencia n.º 800-52 de 2014:

“El Despacho también pudo constatar que el señor Santiago Luque Torres **no cuenta con un interés económico significativo** en la operación controvertida, diferente del que le asiste en su calidad de socio de Luque Torres Ltda.³³ En este orden de ideas, el señor Luque Torres no es accionista de Constructora Urbana San Rafael S.A., **ni recibió una comisión** de esta compañía por la venta del inmueble en cuestión. Tampoco fue posible constatar la existencia de **otras prerrogativas económicas** que pudiesen nublar el buen juicio del señor Luque Torres en su calidad de representante legal de Luque Torres Ltda.”

En sentido similar se pronunció la Superintendencia de Sociedades en la sentencia n.º 2019-01-215807 del 27 de mayo de 2019, proferida en el caso de *Grupo Marquitech S.A.S.*, así:

“Lo que sí resulta claro es, más bien, que entre el señor Munar Munar y el señor Layton Caviades **existe una relación de amistad**, pues así se indicó por ambos demandados durante sus declaraciones.¹³

¹³⁹ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 2019-01-027460 del 2 de agosto de 2019. Cfr., así mismo, las sentencias n.º 2019-01-076754, 2019-01-086268, 2019-01-289510, 2019-01-292566 y 2019-01-321272

”El Despacho considera, en cualquier caso, que las circunstancias invocadas por la apoderada de los demandantes son insuficientes para concluir que la constitución de la hipoteca en cuestión se encuentra viciada de nulidad por conflicto de interés. Ello se debe a que, con la información aportada al expediente, no pudo verificarse la existencia de un **interés económico verdaderamente significativo** del demandado en la operación, como para que su juicio objetivo pudiera estar comprometido. No se acreditó, por ejemplo, que el señor Munar Munar **tuviera alguna expectativa económica** que pudiera haberse visto satisfecha con la celebración del referido acto jurídico. Tampoco existen indicios que apunten a que el demandado tuviera motivos para favorecer injustificadamente al señor Layton Caviedes a fin de obtener **prebendas personales con ocasión de algún negocio** celebrado entre los dos, por ejemplo” (se resalta).

En el presente caso, más grave aún que las hipótesis contempladas en las sentencias citadas, el demandado obtuvo prebendas y prerrogativas económicas **a partir de una operación simulada que el mismo Suárez clasificó como “de papel”** en sus cruces de correo con Prada. Esa operación anómala, en verdad, fue facilitada por el señor Javier Prada a partir de la irregular expedición de facturas por servicios no prestados y por los cuales, en sus propias palabras “el dinero no entraría” a C.I. Pradaz, pues sería Suárez el beneficiario. No cabe duda, por consiguiente, de que Prada le reportó una cuantiosa prerrogativa económica al demandado por valor superior a \$400 millones.

Debe hacerse especial énfasis en que esta situación no denota una simple relación comercial, como tendenciosamente pretendieron sugerirlo tanto Suárez como Prada. Las pruebas del expediente confirman que se trató de una maniobra simulada, carente de cualquier realidad económica, que le reportó una cuantiosa prebenda a Suárez. Difícilmente podría pensarse en otras circunstancias que puedan nublar en mayor medida el juicio objetivo de un administrador y sumirlo en un conflicto de intereses tan profundo.

Conflicto por estrechas relaciones de amistad y complicidad. Por si lo anterior fuera poco, en el proceso se acreditó a cabalidad que entre Prada y Suárez existe

también una estrecha relación de cercanía, amistad y complicidad, de suficiente entidad como para nublarse el juicio objetivo del administrador en el contexto del contrato con OPL. Debe reconocerse en este punto que la Superintendencia de Sociedades ha indicado que una simple relación de amistad no basta para entender configurado un conflicto de intereses. Es indispensable acreditar, además, circunstancias que apunten a una cercanía de suficiente entidad como para, efectivamente, comprometer el discernimiento objetivo del administrador demandado. En el caso de *Luque Torres*, por ejemplo, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles precisó lo siguiente:

“la simple existencia de relaciones afectivas o de confianza suele ser insuficiente por sí sola—es decir, sin que además confluyan lazos de parentesco—para que se configure un conflicto de interés [...]. En todo caso, **no puede descartarse la posibilidad de que un demandante diligente logre acreditar vínculos afectivos o de confianza que puedan comprometer el buen juicio de un administrador**” (se resalta).¹⁴⁰

En el presente caso, las relaciones de Carbosan y OPL—que ahora Suárez pretendía afianzar en el contexto del Proyecto Murray—le representaba un marcado conflicto de intereses al demandado, no solo por los beneficios económicos que habría recibido gracias a Prada, sino también por la cercanía que los unía a ambos, según se puede apreciar a partir de un verdadero caudal de indicios recopilados en el transcurso del proceso que dan cuenta de vínculos profundísimos entre ambos, capaces de nublarse el juicio de cualquier administrador. En verdad, según se explicó en capítulos anteriores, los siguientes elementos de juicio denotan cercanía, complicidad, amistad de Mauricio Suárez con Javier Prada y una inclinación marcada por favorecerlo:

- a. Existen cruces de correo que confirman un viaje conjunto en el que habrían participado Javier Prada y Mauricio Suárez a Cartagena, en el que por lo demás se organizó un fin de semana en paseo bote. Esto está lejos de constituir un comportamiento propio de simples relaciones comerciales.

¹⁴⁰ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-52 de 2014.

- b. Otro cruce de correos da cuenta de la participación de Prada en la preparación de un viaje del demandado a Costa Rica. El representante legal y accionista de OPL le solicita a su pariente hacer “todo lo que se pueda para ayudar a este gran amigo y socio” y lo exhorta a llevarlo en “plan de pesca”.
- c. Un tercer cruce de correos da cuenta de reuniones privadas entre Suárez y Prada en la casa de alguno de ellos para discutir asuntos ajenos a la operación entre Carbosan y OPL y relativos a la utilización de facturas por servicios no prestados. Esto desborda los comportamientos que son propios de una simple relación comercial habitual.
- d. OPL, justamente, accedió a suministrar copiosa información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligada a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales.
- e. Funcionarios de OPL accedieron a celebrar reuniones privadas con los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligados a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales.
- f. C.I. Pradaz accedió a suministrar información de reserva a los peritos de Mauricio Suárez, sin ser parte del presente litigio ni estar obligada a ello. Este tipo de colaboración por parte de terceros que no hacen parte de un litigio ni tienen vínculos con las partes son, en palabras de los propios peritos de Suárez, inhabituales.
- g. Julián Palacio aseguró que Alberto Polo, funcionario de Sánchez Polo le manifestó que la asociación con OPL les fue impuesta por Carbosan. Este tipo de comportamientos no son típicos de una simple relación comercial y sugieren una inclinación de Suárez por favorecer a Prada.
- h. Javier Morelli aseguró que, en un contexto completamente diferente al descrito por el señor Palacio, Reynaldo Franco, otro funcionario de Sánchez Polo, le manifestó que la asociación con OPL les había sido impuesta desde

Carbosan. Este tipo de comportamientos no son típicos de una simple relación comercial y sugieren una inclinación de Suárez por favorecer a Prada.

- i. Javier Prada fraguó una operación simulada con Mauricio Suárez, y accedió a expedir facturas por servicios que C.I. Pradaz jamás habría prestado ni cobrado, para que el demandado pudiese acceder a una muy cuantiosa prebenda económica. Esto denota un elevadísimo grado de cercanía y complicidad que a todas luces desborda las interacciones que se producen en el marco de relaciones comerciales habituales.

La estrecha amistad y complicidad con Prada, aunada al hecho de que a través de CI Pradaz el demandado habría recibido un cuantioso beneficio económico gracias él, explican por qué el demandado pretendió promover activamente los intereses de OPL, compañía vinculada a Prada, en el contexto del Proyecto Murray.

Mal podría aceptarse que la deslealtad se agota en la efectiva celebración de operaciones viciadas por conflictos de intereses. El referido postulado de lealtad—que impone a los administradores la obligación de anteponer los intereses de la sociedad sobre los de cualquier otra persona—se vio irreparablemente vulnerado cuando el demandado, en un afán por promover la participación de OPL en el Proyecto Murray, dilató injustificadamente el proceso de selección de otros transportadores. Proceso que, de haberse llevado a prontamente, como lo indicó la junta, habría permitido corroborar que algunas proyecciones planteadas por Suárez eran abiertamente contrarias a la realidad, según se explicará a profundidad a continuación.

3. Suárez violó su deber de cuidado

A continuación, se explicará que el demandado violó su deber de cuidado en la medida en que no desvirtuó la culpa que el ordenamiento jurídico presume en relación con sus conductas contrarias a los estatutos (a) y que, además, los hechos probados confirman su flagrante negligencia (b).

a. El demandado no desvirtuó su culpa presunta

Debe reiterarse que el tercer inciso del citado artículo 200 del Código de Comercio dispone que “en los casos de incumplimiento o **extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa** del administrador” (se resalta). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en su más reciente fallo en materia de responsabilidad de administradores sociales. En verdad, tal y como lo explicó dicha entidad en el caso de *Ladrillera S.A.*:¹⁴¹

De manera, pues, que cuando se está en presencia de alguno de esos eventos concretos que hacen operante la referida presunción, por ejemplo, cuando se afirma que el daño cuya reparación se persigue proviene de un acto u omisión del administrador violatorio de un mandato legal, **el actor queda eximido de la carga de probar el dolo o negligencia del demandado, por expresa voluntad legislativa.**

Por lo mismo, **correrá para el administrador accionado, ante la presunción *iuris tantum* que pesa en su contra, la carga de demostrar la ausencia de dolo o culpa en su actuar** o abstención profesional, o que concurre a su caso

En igual sentido, el Tribunal Superior de Cali, en la sentencia proferida en el caso de *CI Confecol S.A.*, precisó lo siguiente en relación con la aludida presunción de culpa:

“Por ende, **ante la presunción legal citada, y la ausencia de prueba del actuar diligente de los demandados**, también puede arribarse a la conclusión tantas veces expuesta, esto es, que

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de julio de 2021. Radicado. n.º 08001-31-03-005-2012-00109-01. Magistrado ponente: doctor Álvaro Fernando García.

el actuar de los señores de Lima Lefranc y Piedrahita Plata fue culposo” (se resalta).¹⁴²

Además de haber desconocido el precedente vertical que sobre la presunción de culpa han sentado sus superiores jerárquicos, la Delegatura también pasó por completo por alto su propio precedente horizontal, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de la sentencia n.º 2018-01-375562, del 16 de agosto de 2018:

“De conformidad con la referida disposición, ‘en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador’. Pese a ello, de acuerdo con lo señalado por este Despacho [...], la aludida presunción de culpa no compromete, en forma automática, la responsabilidad patrimonial de los administradores. **Para tales efectos, es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial** que le sea imputable, en forma específica, a las acciones u omisiones de estos funcionarios. En otras palabras, el demandante debe satisfacer una carga probatoria relacionada con la **verificación, ante las instancias judiciales, de los perjuicios derivados de las actuaciones de los administradores**” (se resalta).

Por consiguiente, en la medida en que el demandado suscribió el acuerdo con CNR y su ejecución comenzó desde enero de 2016, sin la respectiva autorización de junta directiva, lo cierto es que la disposición citada hace presumir su culpa. Estas circunstancias, pues, deben conducir a la aplicación de la presunción a que alude el referido artículo 200. Así, pues, dado que la parte demandada no desvirtuó dicha culpa presunta en lo referente al Proyecto Murray, Suárez debe ser condenado a indemnizar los perjuicios derivados de dicha operación.

¹⁴² Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez

b. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por omisiones descuidadas

Además de que la parte demandada no logró desvirtuar la presunción de negligencia a que alude el artículo 200 del Código de Comercio, las pruebas del expediente confirman que Mauricio Suárez violó su deber de cuidado. Aunque la regla de la discrecionalidad suele poner a salvo a los administradores frente a cualquier reclamación por violaciones del deber de cuidado, lo cierto es que no impide que los administradores respondan por omisiones negligentes. En palabras de la Delegatura:

“En verdad, aunque la deferencia de los jueces cobija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, **tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios.** En el presente caso, la sociedad demandante logró demostrar que el [representante legal] llevó a cabo la construcción de una vía de acceso a las instalaciones de la compañía sin contar con las licencias ambientales requeridas para el efecto. La precitada violación [...], derivada en forma directa del descuido injustificado del [administrador], dio lugar a que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impusiera diversas sanciones a Morocota Gold S.A.S. Por consiguiente, es claro que la omisión negligente en el cumplimiento de las funciones de representación legal compromete la responsabilidad del [representante legal], a la luz de lo previsto en los artículos 200 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995”.¹⁴³

En línea con lo anterior, debe advertirse que en la estructuración y ejecución del Proyecto Murray el demandado incurrió en flagrantes omisiones. Para comenzar, debe recordarse que, a pesar de que la junta directiva le impartió la instrucción, en

¹⁴³ Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-85 del 9 de julio de 2015. En igual sentido, cfr. Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-7 del 12 de febrero de 2016. En palabras de Reyes Villamizar, la legislación societaria vigente impone un “deber de cuidado sobre los funcionarios que trabajan bajo la dependencia de los administradores y que, por tanto, actúan a menudo con sujeción a las órdenes impartidas por aquéllos. Con ello se procura un mayor rigor en la supervisión de las labores de dependientes y subalternos”.

enero de 2016, de abrir una invitación para recibir propuestas de transportadores marítimos, el demandado tardó meses en adelantar dicho trámite sin que semejante dilación estuviese justificada, tal y como se explicó en la sección anterior. De no ser por sus cuestionables dilaciones a la hora de adelantar ese trámite prontamente, la junta directiva habría podido dimensionar el costo real del flete marítimo, drásticamente alejado de las proyecciones realizadas por Suárez.

c. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por tomar decisiones desinformadas

Por otro lado, debe señalarse que **la regla de la discrecionalidad tampoco cobija decisiones o actuaciones desinformadas de los administradores**. En otras palabras, la deferencia judicial no se extiende a aquellos contextos en los que el administrador actúa sin contar con toda la información razonablemente disponible para la toma de la decisión. Así lo ha explicado, por ejemplo, el Tribunal Superior de Cali en su jurisprudencia:¹⁴⁴

“Así, al administrador de una sociedad pueden asignársele como cargas propias de su parámetro de conducta (el del buen hombre de negocios) [...] el **deber de informarse antes de concertar cualquier negocio o antes de adoptar cualquier decisión con efectos económicos o de cualquier tipo sobre la actividad empresarial, y deberes también de [...] investigar**” (se resalta).

En igual sentido, el honorable Tribunal Superior de Bogotá ha acogido recientemente una interpretación de la regla de la discrecionalidad que es consistente con su concepción anglosajona, en el sentido de no cobijar decisiones de administradores cuando para su adopción no se obtuvieron toda la información relevante sobre el asunto. En palabras de la Sala Civil:

“Esta sana actitud de los tribunales bajo el *common law*, que respeta la independencia y criterio de los administradores en cumplimiento de su encargo, ha sido llamada la regla de la

¹⁴⁴ Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez

discrecionalidad’, aplicada en un célebre caso (Aronson contra Lewis) donde se enfatizó que ésta entraña una regla conforme a la cual, ‘cuando los directores de una sociedad adoptan una decisión de negocios, **‘se presume que lo han hecho con pleno conocimiento e información. Los directores tienen el deber de obtener, con anterioridad a la adopción de una determinación, toda la información relevante que razonablemente pueda estar a su disposición’** [Del. Supr., 437 A, 2d, 805 (1984)] (ob. citada, pág. 449).

”Obviamente, las alusiones doctrinales que anteceden no pueden ser en balde. Sobre todo si el más elemental escrutinio de las cosas, obliga a decir, como arriba se anotó, que si algo marcó el proceder de los accionados en esa sesión de la junta directiva de la empresa celebrada el 1º de septiembre de 2008, fue su desgredo y el menosprecio por los intereses de la sociedad. Si los miembros del órgano social iban a decidir sobre la adquisición de la heredad por vía de ese mecanismo ideado a última hora, **lo mínimo que de ellos se exigía, repítase, era que contaran con toda la información relevante para la adopción de la decisión**, algo que, evidentemente, nunca estuvo en mente cuando aprobaron la operación” (se resalta).¹⁴⁵

Pues bien, aunque se aceptara que ciertos datos suministrados a la junta directiva—como el valor del flete marítimo y los costos de los equipos succionadores, por ejemplo—no fueron distorsionados deliberadamente por Suárez sino que sencillamente corresponden a proyecciones desinformadas, lo cierto es que eso constituye, en sí mismo, una violación de su deber de cuidado. Ese deber—bajo la óptica de la regla de la discrecionalidad que ha planteado el Tribunal Superior de Bogotá—envuelve la obligación de obtener toda la información relevante para la adopción de la decisión.

Lo cierto, pues, es que incluso bajo la interpretación más benévola de su conducta, debe concluirse que Mauricio Suárez presentó a la junta directiva dos

¹⁴⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia del 9 de febrero de 2021, expediente n.º 11001-31-030-29-2013-00552-04

presupuestos centrales del Proyecto Murray sin haber desplegado todas las investigaciones necesarias ni contar con toda la información suficiente para verificar la corrección de dichas variables.

d. Los hechos probados confirman la negligencia flagrante de Suárez por falencias en la supervisión de subordinados

Finalmente, debe advertirse que el señor Suárez constantemente ha pretendido alegar, en el transcurso del proceso, que las situaciones que se reprochan en la Demanda son imputables a conductas de sus subalternos y no a comportamientos suyos. En lo referente al Proyecto Murray, de nuevo, el demandado ha pretendido sostener—y seguramente intentará alegarlo nuevamente en sede de apelación—que los errores son atribuibles a los diferentes equipos y funcionarios de Carbosan que participaron en la estructuración del proyecto.

Lo cierto, sin embargo, es que el deber de cuidado envuelve también la obligación insoslayable de supervisar adecuadamente las labores de los demás funcionarios de la Compañía y sobre todo de los subalternos inmediatos del administrador. En verdad, la regla de la discrecionalidad no suele ser aplicada cuando se demuestra que los administradores no han desplegado esfuerzos de supervisión respecto de los funcionarios y empleados de la compañía. Esto no solo ha sido reconocido en las sentencias hito de derecho societario comparado,¹⁴⁶ sino también en nuestra jurisprudencia local. En palabras del Tribunal Superior de Cali:¹⁴⁷

“Así, al administrador de una sociedad pueden asignársele como cargas propias de su parámetro de conducta (el del buen hombre de negocios) el **deber de vigilancia de la actividad empresarial, tanto del personal que presta sus servicios a la empresa, como de todas las actividades y negocios a que esta se dedica**” (se resalta).

¹⁴⁶ *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 968 (Del. Ch. 1996)

¹⁴⁷ Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión, sentencia n.º 76001-31-03-002-2006-00316-01 del 27 de noviembre de 2015, Inversiones La Jolla S.A. y otros contra Ernesto Lima Lefranc y otros. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Romero Sánchez.

Así las cosas, aunque se aceptara la cuestionable tesis de que los errores en proyecciones y las omisiones en recopilación de información fueron atribuibles a vicepresidentes y directores que trabajaron bajo las órdenes de Suárez en la estructuración del Proyecto Murray, ello no cambia el hecho de que el demandado violó su deber de cuidado. La infracción de dicho deber, en tal caso, consistiría en que Suárez falló a la hora de supervisar adecuadamente las labores de sus subalternos. Y es que no podría entenderse de otra manera. Aceptar una tesis contraria implicaría que el representante legal de cualquier compañía estaría en capacidad de blindar artificialmente su responsabilidad mediante el simple argumento de que ciertas labores centrales las asignó—como es apenas habitual en organizaciones de negocios—a sus subalternos. En tales casos el deber de cuidado le impone al administrador la obligación de desplegar acuciosas labores de vigilancia y supervisión.

C. Las conductas de Suárez causaron perjuicios a Carbosan

Finalmente, debe resaltarse que Jorge Arango concluyó que las conductas de Suárez reseñadas en este capítulo causaron un perjuicio a Carbosan por un valor, indexado a junio de 2021, equivalente a \$14.458.849.245, según se aprecia a continuación:¹⁴⁸

Pregunta	Hecho dañoso	Fecha - Valor	IBC	IPC
Pregunta 01	No haber seleccionado la menor tarifa disponible.	5.111.346.701	13.752.626.866	6.258.545.585
Pregunta 02	No haber propendido por el punto de equilibrio del proyecto Murray.	5.940.137.590	14.458.849.245	6.975.206.669
Pregunta 03	Pagar por sensores de peso no autorizados en el contrato.	678.927.204	1.796.120.469	823.982.456
Pregunta 04	No haber actuado con diligencia respecto de Plan Ambiental	450.638.626	1.115.598.043	530.014.135
Pregunta 05	Obtener recursos por concepto de la Compensación Flexible	394.448.271	2.074.279.769	547.448.116
Total		12.575.498.392	33.197.474.392	15.135.196.961

¹⁴⁸ Cfr. Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 13.

En este punto es indispensable recordar que en el régimen jurídico colombiano tiene plena vigencia el principio de reparación integral del daño, según el cual la víctima tiene derecho a ser indemnizada de manera plena, de forma tal que sea restituida—de la forma más fiel posible—a la situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso. Según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia reciente:

“la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone que ‘(...) la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de **reparación integral y equidad** (...)’ (se resalta).

”La anterior supone [...] el deber jurídico de **resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o al menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo**” (se resalta).¹⁴⁹

En línea con lo anterior, es importante poner de presente que, en criterio técnico del perito Arango, la actualización mediante una tasa de indexación equivalente al IBC es aquella que permite reconocer cabalmente la pérdida de oportunidad sufrida por Carbosan como consecuencia de los daños irrogados por Suárez. La actualización por IPC, que de cualquier forma fue calculada en el dictamen, no reconoce ese costo de oportunidad sufrido por Carbosan, como lo advirtió el doctor Arango:¹⁵⁰

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de junio de 2018. Magistrado Ponente: doctor Luis Armando Tolosa.

¹⁵⁰ Cfr. Memorial n.º 2021-01-399396 del 10 de junio de 2021. Dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Arango, pág. 11.

En el caso analizado, se debe suponer lo que habría ocurrido de no haber sufrido CARBOSAN una pérdida dineraria como consecuencia de las actuaciones del señor Mauricio Suárez. A este concepto se le denomina, como se mencionó, el costo de oportunidad de los recursos, ya que el dinero es un bien que, por sus características implícitas, está en capacidad de generar más dinero. Así, “puesto que los recursos son escasos, el costo de oportunidad de toda inversión en capital consiste en un consumo actual al que se renuncia.”⁹

Sí bien es cierto que la actualización por IPC mantiene el poder adquisitivo del dinero, la misma no reconoce una perspectiva de remuneración alguna para quien haya sufrido el menoscabo de su patrimonio. Es de uso común en la práctica jurídica reconocer que, al tenor del Artículo 884 del Código de Comercio, “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente.”

Dicho de otra forma, el único método de indexación que permite, además, reconocer la pérdida de oportunidad sufrida por mi poderdante—para en esa medida garantizarle una reparación integral—es aquel que emplea como referente la tasa del IBC. Esta aproximación, por lo demás, encuentra sustento en la literatura más especializada en materia de responsabilidad civil. En palabras del profesor Tamayo Jaramillo:

“Muchas veces el lucro cesante consiste en el interés lucrativo o puro que habría producido la suma de dinero que, en principio, perdió la víctima a causa de la ocurrencia del daño [...] En estos ejemplos, el capital que habría continuado en el patrimonio del actor (daño emergente) o habría ingresado en el mismo (lucro cesante), no solo se desvalorizó monetariamente sino que, a su vez, dejó de producirle utilidades al perjudicado. Por tanto, una indemnización plena debe comprender no solo esa desvalorización sino también el interés puro o lucrativo” (se resalta).¹⁵¹

No cabe duda, por consiguiente, que una verdadera reparación integral del daño que le ocasionó Mauricio Suárez a mi poderdante debe partir de una tasación en cuya indexación se considere la tasa indicada de preferencia por el perito.

¹⁵¹ Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, (2013, Editorial Legis, Bogotá, D.C.), p. 729

Cabe resaltar, por lo demás, que la tasación adelantada por el doctor Arango no fue objeto de una verdadera refutación o contradicción técnica por parte del demandado. En efecto, basta con revisar el “dictamen” rendido por César Rodríguez, designado por Mauricio Suárez, para constatar que se trata de una reproducción de los alegatos de conclusión de sus abogados, con tan solo algunas consideraciones sobre supuestos errores aritméticos que pretendió atribuirle al doctor Arango. Errores aritméticos que, según se pudo apreciar en la respectiva audiencia de contradicción, no fueron más que equivocaciones que el propio perito designado por el señor Suárez reconoció como suyas tras confesar que padecía de “dislexia numérica”.

De otro lado, debe resaltarse que el dictamen elaborado por José María del Castillo no versó, en realidad, sobre la existencia o cuantía de perjuicios, sino que se limitó a formular juicios de valor acerca de las actuaciones de Mauricio Suárez en relación con el Proyecto Murray. Sin embargo, sus conclusiones fueron refutadas con verdadera contundencia por SCI Investment & Merchant Bank, en su dictamen de contracción, tal y como puede apreciarse en los siguientes apartes:¹⁵²

¹⁵² Cfr. radicación n.º 2021-01-008686

- El Perito avanza numerosos argumentos con base en los resultados de los modelos para justificar las actuaciones de MSR relativas al Proyecto Murray. **No obstante, no evaluó, ni verificó, ni validó los supuestos de los mismos los cuales muestran que en la realidad el proyecto ni era factible ni era viable.**
- Más allá, **el signo o magnitud de los indicadores VPN y TIR no son ni relevantes ni suficientes para probar, o para negar, actuaciones censurables de miembros de la administración que pueden coexistir con diferentes signos y niveles sugeridos por esos indicadores.**
- Incluso si fuera cierto que los indicadores VPN o TIR son relevantes para probar o desvirtuar actuaciones censurables de los administradores, como se sugiere en el Informe IN 386 18 F, **el Perito omitió por completo evaluar, verificar y validar los supuestos del modelo, los cuales en realidad estaban errados por un amplio margen por lo que justificar el proyecto con base en un modelo financiero errado como lo hace el Perito es también, a su vez, errado.**
- En general, las apreciaciones del Perito, según las cuales varios apartes del Informe Kroll no serían ciertos, **ni se encuentran fundamentadas, ni desvirtúan lo dicho por esa firma.** Al contrario, algunas apreciaciones confirman lo dicho por Kroll y otras simplemente **avanzan argumentos abiertamente errados como por ejemplo que la disminución de tarifas cobradas a CNR en la Fase 2 del Proyecto Murray no acarrearán pérdidas para CARBOSÁN.**

Así las cosas, respetuosamente solicitamos al Despacho condenar a Mauricio Suárez a indemnizar **integralmente** los perjuicios que le irrogó a Carbosan en el contexto del Proyecto Murray, según fueron tasados debidamente por el doctor Arango.

V. VIOLACIONES EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE VIGILANCIA

En este capítulo se explicará que, mientras Mauricio Suárez ocupó el cargo de representante legal, la Compañía realizó pagos a varias sociedades que dan cuenta de la existencia de contratos de prestación de servicios de seguridad a pesar de que ningún órgano social aprobó la celebración de esos negocios ni la realización de

dichos pagos (A). Estas conductas constituyen una violación del régimen aplicable a los administradores sociales por constituir una extralimitación de las funciones estatutariamente asignadas a Suárez (B).

A. Acerca de los hechos que resultaron probados en el proceso

En esta sección se explicará que las pruebas practicadas en el transcurso del proceso confirman: que mientras Suárez ocupó el cargo de representante legal, la Compañía efectuó pagos por concepto de prestación de servicios de seguridad y vigilancia (1) y que ningún órgano social autorizó al demandado para que Carbosan pudiese celebrar dichos contratos o efectuar los referidos pagos (2).

1. Mientras Suárez fue representante legal de Carbosan se realizaron pagos por concepto de servicios de seguridad

Las pruebas documentales que obran en el expediente dan plena cuenta de que entre el 2014 y el 2016, mientras Suárez ocupó el cargo de representante legal, Carbosan realizó cuantiosos pagos a favor de Segurcol Ltda. y Risk Solutions Group Ltda. por concepto de prestación de servicios de seguridad, según se detalla en la siguiente tabla:

Tabla n.º 5
Pagos por prestación de servicios de vigilancia
Carbosan - Segurcol Ltda. y Risk Solutions Group Ltda.¹⁵³

Ejercicio	Monto total pagado	Beneficiario del pago
2014	\$ 231.571.352	Segurcol Ltda.
2015	\$ 224.483.160	Segurcol Ltda.
	\$ 150.982.776	Risk Solutions Group Ltda.
2016	\$ 255.071.466	Segurcol Ltda.
	\$ 158.043.871	Risk Solutions Group Ltda.
Total	\$ 1.020.152.625	

2. Ningún órgano social autorizó la celebración de los referidos contratos ni la realización de los pagos correspondientes

Las pruebas que obran en el expediente confirman que ni la celebración de los aludidos contratos de prestación de servicios de seguridad, ni los pagos en favor de Segurcol Ltda. y Risk Solutions Group Ltda. contaron con autorización alguna por parte de los órganos sociales de Carbosan. Ciertamente, una revisión pormenorizada

¹⁵³ Cfr. Demanda, radicado n.º 2019-01-396972, anexo n.º 62. Facturas emitidas por Segurcol Ltda. y Risk Solutions Group Ltda., entre 2014 y 2016, por concepto de prestación de servicios de vigilancia y seguridad. Cfr., así mismo, anexo n.º 5, Reporte de Kroll, p. 5 (“Kroll... identificó que no todos los pagos registrados en el Excel, que el Cliente asegura contiene la información completa recuperada del SAP, cuentan con el archivo PDF correspondiente, es decir, se encontraron pagos registrados, pero no pudimos ver la factura o la orden de servicio respectiva. Por otro lado, de la documentación soporte recibida en PDF, Kroll pudo determinar que 31 facturas no venían con la Orden de Servicio respectiva”).

de todas las actas de junta de socios¹⁵⁴ y junta directiva,¹⁵⁵ las cuales obran en el expediente, confirma que en ninguna de ellas consta aprobación alguna para en este sentido.

B. Las conductas de Suárez contrarían el ordenamiento societario

Debe insistirse en que el artículo 35, literal b), de los estatutos sociales de Carbosan dispone que la celebración de cualquier contrato que supere en cuantía los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes requiere autorización previa por parte de la junta directiva. Pues bien, a continuación se reseñan los límites estatutarios que aplicaban al representante legal de Carbosan entre 2014 y 2016, en función del salario mínimo vigente para aquellos ejercicios sociales:

Tabla n.º 6
Topes estatutarios¹⁵⁶
 Estatutos sociales de Carbosan

Ejercicio	SMLMV	Tope estatutario
2014	\$ 616.000	\$ 61.600.000
2015	\$ 644.350	\$ 64.435.000
2015	\$ 689.455	\$ 68.945.500

No obstante lo anterior, los pagos realizados en favor de Segurcol Ltda. y Risk Solutions Group Ltda. superaron con creces las limitaciones cuantitativas reseñadas en la tabla anterior. A pesar de que, por su monto, autorizar y realizar los referidos pagos requería de aprobación por parte de la junta directiva, lo cierto es que el

¹⁵⁴ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, actas n.º 27 a 53, correspondientes a reuniones de la junta directiva celebradas entre el 28 de febrero de 2013 y el 29 de julio de 2020.

¹⁵⁵ Cfr. radicación n° 2021-01-138757, Anexo AAA, actas n.º 175 a 257, correspondientes a reuniones de la junta directiva celebradas entre el 31 de enero de 2013 y el 29 de julio de 2020.

¹⁵⁶ Serie histórica del salario mínimo, registrada por el Banco de la República, disponible en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/salarios>

demandado jamás solicitó al referido órgano de administración la autorización estatutaria correspondiente para hacerlo.

Debe advertirse, en línea con lo anterior, que a través de la conducta descrita en los anteriores párrafos Mauricio Suárez incumplió de manera flagrante los deberes que le correspondían en calidad de representante legal de Carbosan Ltda., al exceder las facultades que estatutariamente le fueron atribuidas. Sobre este particular es importante resaltar que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores sociales tienen el deber específico de “[v]elar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales **o estatutarias**” (se resalta).

VI. CONCLUSIONES

Con fundamento en las consideraciones y argumentos que se han formulado en los capítulos precedentes, es posible entonces concluir que la Sentencia apelada contiene serios y estructurales defectos que justificarían su revocatoria parcial en segunda instancia. Ciertamente, quedó plenamente demostrado que el señor Suárez violó, de manera sistemática y recurrente, el régimen jurídico aplicable a los administradores sociales de compañías de capital colombianas.

A modo de conclusión, pues, la siguiente tabla sintetiza, en relación con cada uno de los ejes de la apelación, los principales hechos probados, las infracciones específicas que se configuraron respecto del régimen societario vigente y los perjuicios que se derivaron de dicha conducta. Situaciones todas que fueron pasadas por alto por la Superintendencia en un fallo que, en varios de sus componentes, desatiende la realidad probada, viola el ordenamiento societario vigente y vulnera de manera grave los derechos de mi poderdante:

Tabla n.º 7
Conclusiones
Recurso de apelación contra la Sentencia

Asunto	Principales hechos probados que ignoró la Superintendencia	Violaciones societarias	Daño (miles)
Contrato con OPL	- Suárez recibió de Javier Prada prebendas económicas por \$400 millones, gracias a una operación simulada que involucró la expedición de facturas de CI Pradaz por servicios no prestados. - Además de vínculos comerciales de vieja data, existe entre Prada y Suárez una estrecha relación de amistad y complicidad. - Suárez participó activamente en la estructuración, negociación, celebración y ejecución de un contrato de cargue y transporte con OPL, sociedad vinculada a Prada. - Ningún órgano de Carbosan aprobó la celebración del contrato con OPL a pesar de que por cuantía requería autorización de junta directiva.	- Extralimitación de funciones - Deber de cuidado - Deber de lealtad	\$13.752.627

Asunto	Principales hechos probados que ignoró la Superintendencia	Violaciones societarias	Daño (miles)
Sensores de peso	1. Suárez autorizó instalar sensores de pesos en cargadores y pagar por ese concepto una tarifa adicional a OPL. 2. Suárez dio instrucciones, a petición de Prada, para incrementar en más del doble el valor de la tarifa. 3. OPL recibió pagos ininterrumpidos de Carbosan por concepto de sensores de peso, a pesar de que los sistemas no se instalaron en su totalidad y tampoco operaron plenamente. 4. Mauricio Suárez recibió prebendas económicas de Javier Prada mediante una operación con CI Pradaz. 5. Entre Mauricio Suárez y Javier Prada existe una estrecha relación comercial, de amistad y de complicidad. 6. Ningún órgano de Carbosan aprobó la realizar pagos a OPL por concepto de sensores de peso, a pesar de que por cuantía requería autorización de junta directiva.	A. Extralimitación de funciones B. Deber de cuidado C. Deber de lealtad	\$1.796.120

Asunto	Principales hechos probados que ignoró la Superintendencia	Violaciones societarias	Daño (miles)
Sanciones ambientales	1. Durante un lapso de 17 semanas la ANLA realizó siete visitas a Carbosan, identificó desviaciones del Plan de Manejo Ambiental y formuló requerimientos. 2. Las visitas, hallazgos y requerimientos se discutieron constantemente en el Comité de Gerencia que Suárez lideraba y que se reunía asiduamente, a veces incluso con frecuencia semanal. 3. Si bien el contrato lo suscribió una de sus suplentes, Suárez decidió autorizar la utilización de volquetas por parte de OPL en el marco del contrato de cargue y transporte. Esto ocurrió en reuniones con el transportador y detonó la suspensión. 4. En cualquier caso, Suárez no tomó correctivos para impedir la entrada de volquetas a los patios de Carbosan, a pesar de que su presencia allí era evidente para quienes, como el demandado, visitaban las instalaciones con regularidad. 5. Suárez decidió no implementar las barreras que exigía el Plan de Manejo Ambiental por considerarlas costosas. 6. Suárez solo informó a la junta directiva de las visitas, hallazgos y requerimientos de la ANLA una vez se suspendieron actividades, a pesar de que en seis reuniones previas habría podido revelar la situación.	A. Violación de la ley B. Deber de cuidado C. Deber de lealtad D. Deber de buena fe	\$1.115.598

Asunto	Principales hechos probados que ignoró la Superintendencia	Violaciones societarias	Daño (miles)
Proyecto Murray	1. Suárez pactó las condiciones del Proyecto Murray e inició su ejecución sin autorización de la junta directiva 2. Para someter el Proyecto a consideración de la junta, Suárez mintió acerca de la existencia de licencias de la DIMAR. 3. Suárez mintió acerca del riesgo de que CNR exportara sus carbones a través del puerto de Drummond. 4. Suárez mintió acerca del alcance del Decreto 3083 de 2005. 5. Suárez mintió acerca del valor del flete planteado en la propuesta del Grupo ETE. 6. Suárez suministró a la junta proyecciones imprecisas acerca del costo del transporte marítimo. 7. Suárez suministró a la junta proyecciones imprecisas acerca del costo de un equipo succionador. 8. Suárez ocultó a la junta directiva proyecciones financieras desfavorables sobre el Proyecto Murray. 9. Suárez dilató injustificadamente la invitación a transportadores marítimos y en el entretanto promovió la contratación de OPL, sociedad de propiedad de su amigo y cómplice.	A. Violación de los estatutos B. Deber de cuidado C. Deber de lealtad D. Deber de buena fe	\$14.458.849

Asunto	Principales hechos probados que ignoró la Superintendencia	Violaciones societarias	Daño (miles)
Contratos de seguridad	1. Cuando Suárez ocupó el cargo de representante legal, Carbosan realizó pagos a Securcol y a Risk Solutions Group, entre 2014 y 2016, en cuantías superiores a 100 salarios mínimos. 2. La junta directiva no autorizó la realización de esos pagos.	A. Extralimitación de funciones	N.A.
Total			\$31.123.194

VII. PETICIÓN

A la luz de las consideraciones expuestas en este documento, le solicitamos al honorable Tribunal revocar parcialmente la Sentencia para, en su lugar, **ACCEDER** integralmente a las pretensiones formuladas en la Demanda y **CONDENAR** al señor Mauricio Suárez a la indemnización integral de los perjuicios tasados en el proceso, así como al pago de las costas, incluidas las agencias en derecho.

Atentamente,



JOSÉ MIGUEL MENDOZA
C.C. n.º 80.106.866 de Bogotá D.C.
T.P. n.º 174.804

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LIZARAZO VACA RV: RATIFICACIÓN SUSTENTACIÓN
APELACIÓN PROCESO NO. 11001319900220190040707**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 22/07/2022 14:20

Para: **GRUPO CIVIL** <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LIZARAZO VACA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Oscar Betancur <oscar.betancur@aab-estudiojuridico.com>

Enviado: viernes, 22 de julio de 2022 2:15 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 08 Sala Civil Tribunal Superior - Bogota - Bogota D.C.

<des08ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: slondono@dlapiperm.com <slondono@dlapiperm.com>; jmendoza@dlapiperm.com

<jmendoza@dlapiperm.com>; consuelo.a@aab-estudiojuridico.com <consuelo.a@aab-estudiojuridico.com>

Asunto: RATIFICACIÓN SUSTENTACIÓN APELACIÓN PROCESO NO. 11001319900220190040707

Cordial saludo,

Envío adjunto memorial con el que se ratifica la sustentación del recurso de apelación presentada en el proceso No. 11001319900220190040707.

Envío copia de este correo al apoderado de la parte demandante para los fines de comunicación previstos en la ley.

Agradezco la confirmación de recibido y darle el trámite correspondiente.

Cordialmente,

ÓSCAR FERNANDO BETANCUR GARCÍA

Abogado Asociado

Tels: (+571) 6 37 4992 / 94 / 97

Calle 110 No. 8 – 09 Bogotá D.C. - Colombia

Email: oscar.betancur@aab-estudiojuridico.com

La información contenida en este E-mail es confidencial y solo puede ser utilizada por el individuo o la compañía a la cual esta dirigido. Si no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este mensaje es prohibida y sera sancionada por la ley. Si por error recibe este mensaje, favor reenviarlo al remitente y borrar el mensaje recibido inmediatamente.

Señores:

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá DC

Sala Civil

En su Despacho

Proceso. Acción Social de Responsabilidad.

Demandante. Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. (Carbosan).

Demandado. Mauricio Suárez Ramírez.

Radicado. 11001319900220190040707.

Asunto. Ratificación de escrito de sustentación de recurso de apelación.

Oscar Fernando Betancur García, apoderado de la parte demandada, **Mauricio Suárez Ramírez**, con este memorial **ratifico íntegramente** el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto, el cual se radicó electrónicamente el 28 de abril de 2022, como consta en el sistema de la Rama Judicial y en los correos electrónicos de radicación. Cabe destacar que Carbosan dio réplica a la sustentación con memorial radicado el 9 de mayo de 2022.

Por lo tanto, **solicito** al Despacho estimar oportuno el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y tener por cumplido el traslado para réplica de Carbosan.

Con este propósito, anexo el escrito de sustentación que se radicó el 28 de abril de 2022.

Atentamente,



Oscar Fernando Betancur García¹

C.C. No. 1.053.813.335

T.P. No. 273.966 del C. S. de la J

¹ Este memorial se presume auténtico conforme al Parágrafo Segundo del artículo 103 del CGP: "(...) **Parágrafo segundo. No obstante lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso.**" (Resaltado propio)

Señores:

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá DC

Sala Civil

En su Despacho

Proceso. Acción Social de Responsabilidad.

Demandante. Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. (Carbosan).

Demandado. Mauricio Suárez Ramírez.

Radicado. 11001319900220190040707.

Asunto. Sustentación de Recurso de Apelación.

Oscar Fernando Betancur García, apoderado de la parte demandada, **Mauricio Suárez Ramírez**, presento **Sustentación del Recurso de Apelación** interpuesto de forma parcial en contra de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, complementada el 31 de enero de 2022.

La sustentación es oportuna por encontrarme dentro del plazo previsto en el Decreto 806 de 2020.

1. Control de legalidad de la sentencia.

Mediante el Auto No. 2022-01-134481 del 14 de marzo de 2022, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades (la “**Delegatura**”) se abstuvo de tramitar un recurso interpuesto en contra del Auto No. 2022-01-054327 que negó la nulidad de la sentencia de primera instancia.

Para justificar esto, la Delegatura argumentó que carecía de competencia para tramitar solicitudes pendientes por haber concedido la apelación frente a la sentencia en el efecto suspensivo. Afirmó que, “*salvo manifestación en contra por parte del Tribunal Superior del*

Distrito Judicial de Bogotá D.C., este despacho se abstendrá de resolver acerca de solicitudes pendientes por tramitar”.

Desde el Auto No. 2022-01-056769 del 8 de febrero de 2022, previo a resolver sobre la nulidad planteada, la Delegatura había concedido la apelación de la sentencia. Luego, esa situación fue utilizada como justificación para abstenerse de tramitar las solicitudes de nulidad y los recursos pendientes. Ante esto, **solicito** comedidamente al Despacho ejercer control de legalidad conforme a lo establecido en el artículo 132 del CGP, para resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto, referido a una solicitud de nulidad que se formuló frente a la sentencia de primera instancia, el cual la Delegatura se abstuvo de resolver, ***“salvo manifestación en contra por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.”.***

2. Oposición a la tramitación de la apelación de Carbosan.

Presento esta sustentación sin perjuicio de la decisión que adoptará la Sala Dual del Tribunal frente al recurso de súplica interpuesto el 21 de abril de 2022, con el cual se solicitó no tramitar la apelación de Carbosan por ser extemporánea y lacónica.

3. Oposición a la solicitud probatoria de Carbosan.

Con escrito de 21 de abril de 2022, Carbosan solicitó el decreto y practica en segunda instancia de la declaración del señor Doménico Gallo. De nuevo, al margen del recurso de súplica, de entrada, **solicito** no decretar dicho testimonio porque no cumple ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 327 del CGP para que proceda su decreto.

El testimonio es solicitado para que el declarante *“(…) rinda testimonio sobre los hechos de la demanda que sean de su conocimiento, particularmente los referidos a la operación con CNR y Carbosan, así como los hechos relativos al diseño, ejecución y aprobación del denominado “Proyecto Murray” (…)*”. **Como recae sobre un aspecto frente al cual la apelación de Carbosan es inadmisibles por falta de interés jurídico, dicha parte no puede solicitar esa declaración. Además, ese testimonio fue desistido por la Delegatura en decisión ejecutoriada, lo que impide decretarlo con base en el artículo 327.2 del CGP. Tampoco se relaciona con hechos “ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia” (Art. 327.3 del CGP). Por lo tanto, la solicitud de Carbosan no cumple con ninguno de los requisitos del artículo 327 del CGP para que**

proceda su decreto en segunda instancia, razón por la cual **solicito** al Tribunal negar esa petición probatoria.

4. Sustentación de los reparos concretos formulados en contra de la sentencia principal y complementaria.

Sustento los reparos formulados en el mismo orden en el que fueron propuestos.

4.1. Defecto procedimental absoluto por valorar como medio de prueba los denominados “*informes de auditoria forense*” aportados por Carbosan, a pesar de ser documentos sin validez probatoria.

La sentencia proferida por el Despacho valoró los denominados “*informes de auditoria forense*” aportados por Carbosan (Acápito II, numeral 2 de la sentencia) como medios de prueba admisibles en el proceso. Tales documentos **no debieron ser tenidos en cuenta como medios de prueba, por carecer por completo de mérito probatorio.**

En primer lugar, ninguno de los documentos denominados “*informes de auditoria forense*” allegados con la demanda de Carbosan cuenta con firma manuscrita de quien dice haberlos elaborado. Asimismo, carecen de anexos y no cumplen con ninguno de los requisitos exigidos por la ley para considerar que son documentos electrónicos válidamente otorgados por terceros.

Como afirmó el perito José Guevara en el dictamen pericial que la Delegatura no examinó, los denominados “*informes de auditoria forense*” presentados por Carbosan no reúnen las condiciones para ser considerado un informe de auditoría forense y, mucho menos, ser considerado un dictamen pericial como lo establece la ley.

Los “*informes*” son documentos emanados de un tercero, la denominada firma “Kroll”, la cual no se identificó en sus textos como persona jurídica o entidad legal reconocida en Colombia. Aunque obra en el expediente un “*escrito de ratificación*” remitido por Pablo Felipe Iragorri Jaramillo, éste sólo se limitó a remitir los mismos “*informes*” allegados con la demanda, sin firmar y sin aportar ni siquiera una certificación de existencia o representación legal de la denominada “Kroll”. Tales defectos hacen que la pretendida “*ratificación*” de Carbosan sea incompleta, por ende, ineficaz para fines procesales y probatorios. Como lo señala el artículo 282 del CGP, los documentos declarativos

emanados de terceros se apreciarán *“salvo que la parte contraria solicite su ratificación”*. Al no haberse producido la ratificación en legal forma, el contenido de los informes no podía apreciarse para proferir la sentencia como lo hizo erróneamente la Delegatura.

Dichos *informes* además “[s]on estrictamente confidenciales y están dirigidos exclusivamente para el uso privado y exclusivo del cliente”, según lo afirmó en el texto del primero de los *“informes”* la misma “Kroll”. Así se evidencia desde el inicio del informe. Esto implica que su contenido no era posible divulgarlo, por ser confidencial. Sin embargo, esta restricción tampoco fue tomada en cuenta por la Delegatura.

En los *“informes”* tampoco se acreditó la identidad concreta ni las credenciales personales y académicas de las personas que habrían intervenido en su elaboración. Los *“informes”* allegados con la demanda, los que fueron aportados con la *“ratificación”* y los entregados al perito José Guevara por Carbosan, no tienen firma manuscrita o electrónica y tampoco cuentan con una identificación plena de sus autores o de quienes hayan intervenido en su elaboración. Es decir, no tienen los elementos mínimos que permitan establecer los sujetos que intervinieron en su creación, lo que impide valorarlos como documentos físicos y mucho menos como mensajes de datos (Art. 247 del CGP) por falta de acreditación.

Todos esto se agrava con el hecho de que el Despacho no examinó en la sentencia todas y cada una de las inconsistencias que fueron descritas en el memorial del 16 de octubre de 2020, en el que se hacía alusión a diversos reparos sobre la integridad del primer *“informe”* de “Kroll”.

Precisamente, con ese escrito se explicó a la Delegatura sobre la existencia de un *“informe”* presentado por Carbosan ante la Fiscalía General de la Nación que es distinto al aportado a este proceso. Desde allí mismo se puso de manifiesto a la Delegatura que:

“(…) No hay certeza alguna de la integridad y autenticidad del Informe inicial de Kroll que ha sido presentado en este proceso y el que fue utilizado para la presentación de la denuncia penal en contra del señor Mauricio Suárez, el cual anexo como prueba en este memorial. Por el contrario, hay serias dudas sobre la integridad y autenticidad de estos documentos.

Hay indicios que sugieren que este primer informe fue editado, manipulado o modificado, sin que se tenga certeza de cuál es el auténtico.

El primer Informe aportado en este proceso difiere en presentación de forma y contenido con el que fue aportado con la denuncia penal interpuesta en contra del señor Mauricio Suárez en el mes de mayo de 2018 (...)

Así, se informó a la Delegatura sobre las diferencias existentes entre ambos informes que cuestionaba su integridad, aspecto central que debía examinar en la sentencia y no lo hizo. Puntualmente, entre los reparos descritos destacamos los siguientes:

“(...) a) La fecha indicada en al caratula es distinta. El presentando con la denuncia penal tiene fecha de mayo de 2018 (sin día preciso) mientras que el aportado en este proceso sería de 28 de diciembre de 2017.

b) Los informes no tienen la misma composición ni abordan las mismas líneas de investigación.

c) Ambos difieren en el número de páginas (129 vs. 55).

d) En el informe presentado a la Fiscalía General de la Nación se modifica la redacción de la introducción y se suprimen líneas de investigación y secciones completas del informe aportado en este proceso.

Por ejemplo, el Informe Kroll presentado a la Fiscalía General de la Nación carece de tabla de contenido y anexos y no cuenta con las secciones 8. Cuantificación de daños patrimoniales, 9. Análisis de perfil de Mauricio Suárez y 10. Otros Hallazgos, que fueron directamente suprimidas de la versión del Informe que fue aportada sin firma al Despacho en la demanda y en la “ratificación”.

e) Además, hay cambios o directamente supresión completa de líneas de investigación. La línea 2 y 4 del informe que se presentó a su Despacho no están en la versión presentada ante la Fiscalía General de la Nación. Todo esto hace imposible determinar cuál es auténtico y cuál no, o si ninguno de los dos lo es en absoluto.

f) Ninguno de los ficheros PDF está firmado digital o electrónicamente por lo que no hay prueba fehaciente de su integridad y autenticidad de acuerdo con la ley 527 de 1999. Tampoco se aporta con los ficheros algún documento de certificación de firma electrónica o digital expedido por entidades de certificación, que contengan la información señalada en el artículo 35 de la ley 527 de 1999.

g) Ambos carecen también de firma manuscrita.

h) Incluso en la “ratificación” de Kroll los documentos enviados siguen sin estar firmados bajo ninguna modalidad y no corresponden a los originales (no electrónicos) que supuestamente entregaron a Carbosan.

i) La “ratificación” de Kroll no informa o revela al Despacho que existan “varios” informes con distintos fines presentados ante autoridades diferentes.

j) Lo deliberado en las reuniones de Junta Directiva, según se refleja en Actas tampoco apunta en ningún momento a la existencia de varios informes. Todo lo contrario. Todos los que participan en las Juntas se refieren a él de manera general como “Informe Kroll”. Por lo que siempre se hace alusión a uno solamente y no a varias versiones del mismo informe.

k) Además, el funcionario de Kroll y el apoderado de Carbosan no han informado, revelado o explicado en ningún momento el porqué de la existencia de informes diferentes o con cambios o modificaciones, que hayan sido presentados ante autoridades distintas.

i) A pesar de haberlo ordenado el Despacho, Carbosan no aportó el original del Informe Kroll que supuestamente hace parte del Acta No. 223 de 14 de diciembre de 2017. Por lo tanto, no se tiene certeza alguna de la autenticidad de los documentos revelados en este proceso, el que fue presentado ante la Fiscalía General de la Nación y el que obra en las Actas de Junta Directiva. La desatención de la orden del Despacho constituye un indicio grave en contra de la autenticidad de la prueba, pues a pesar de haberlo requerido el Despacho, Carbosan no hizo entrega de este documento Anexo original.

Tampoco existe precisión alguna sobre la fecha exacta de elaboración del “memo” de octubre de 2018, ya que Kroll no lo precisa ni en su memo ni en el archivo PDF aportado con el memorial de “ratificación” (...)

Si bien la Delegatura determinó en el curso del proceso que los anexos de las actas no tenían por qué incluir el denominado “informe” de Kroll, lo que es claro es que los demás reparos resaltados anteriormente no fueron abordados en la sentencia por parte de la Delegatura, a pesar de que todos creaban serias dudas sobre la integridad del “informe” que fue presentado por Carbosan.

Aunque la ausencia de integridad del documento le quitaba valor probatorio al no haber certeza de cuál es el documento real y verdaderamente fidedigno que supuestamente preparó “Kroll”, la Delegatura no examinó este asunto y, por el contrario, dio crédito a los denominados “informes” de “Kroll” como si de documentos se tratara.

Frente a esta decisión de la Delegatura, se configuró un defecto procedimental, ya que dichos “*informes*” no debieron tener ningún mérito probatorio. Todo lo contrario. La Delegatura omitió aplicar la regla prevista en el artículo 252 del CGP en relación con **documentos modificados**. Según esta regla probatoria: “(...) *las partes enmendadas o interlineadas se desecharán, a menos que las hubiere salvado bajo su firma quien suscribió o autorizó el documento* (...)”. Como aquí no hay salvedad, aclaración o autorización del creador (supuestamente “Kroll”) frente a modificaciones o cambios del documento, la Delegatura no tenía por qué valorarlos como un medio de prueba admisible, ante los reparos sobre su integridad, ya que la consecuencia procesal contenida en la ley es que los documentos afectados con este defecto se “**desecharán**”. Al no haber procedido así, la Delegatura cometió un defecto procedimental que afectó la valoración probatoria efectuada en la sentencia, viciando las consideraciones y condenas impuestas.

Otro defecto de los “*informes*” aportados por Carbosan que tampoco fue valorado por la Delegatura fue **la falta de completitud**. Ninguno de los “*informes*” cuenta con los anexos que supuestamente se relacionaban en ellos, evidenciando que son documentos sin firma responsable y que además están incompletos, lo cual impedía a la Delegatura valorarlos como prueba documental completa.

Aunado a lo anterior, la Delegatura también ignoró la manifestación de “Kroll”, en la que certifica que su contenido: “(...) *se basa en una revisión de los registros públicos disponibles, como la información, tal como se presenta, se basa en la exactitud y la exhaustividad de los registros, los cuales no han sido corroborados por Kroll. Las declaraciones en este documento relativas a los asuntos financieros, regulatorios o legales deben ser entendidas como observaciones generales basadas exclusivamente en la experiencia de Kroll como consultores de riesgos y no pueden tomarse como asesoramiento financiero, regulatorio o legal, que Kroll no está autorizado a proporcionar. Todas estas cuestiones deben ser examinadas con asesores debidamente cualificados en estas áreas* (...)”.

Por lo tanto, de haber tenido en cuenta la Delegatura que la información consignada en estos documentos estaba incompleta y ni siquiera había sido corroborada, sencillamente hubiera descartado asignarles credibilidad alguna a esos “*informes*”.

Al no haber atendido todos estos reparos, la Delegatura cometió un defecto procedimental por valorar como medio de prueba documentos confidenciales e

incompletos no firmados, que carecían de integridad, no contaban con acreditación sobre su elaboración y adolecían de corroboración de su contenido.

Como si fuera poco, la Delegatura ni siquiera valoró en su sentencia el dictamen pericial elaborado por el perito José Guevara que refutaba el supuesto carácter de “*informe de auditoría forense*” de los documentos aportados por Carbosan. **De haber examinado el dictamen, en conjunto con los reparos descritos anteriormente, el Despacho hubiera concluido que tales “informes” carecían de mérito probatorio.**

Por lo anterior, los denominados “*informes de auditoría forense*” aportados con Carbosan no cumplen con los requisitos mínimos exigidos por la ley para que puedan tenerse en cuenta como un medio de prueba eficaz, al carecer de integridad y su intento de “*ratificación*” resultar incompleto e ineficaz. No son documentos o informes técnicos elaborados por un profesional especializado que esté debidamente acreditado. Tampoco son documentos válidamente emanados de terceros, al carecer de firma manuscrita o electrónica sin ratificación eficaz, ser confidenciales y reservados, tener uso restringido y contener información que no fue corroborada ni verificada.

Por lo tanto, no han debido ser tenidos en cuenta en la sentencia ni como documentos ni como mensajes de datos.

Así, al haber valorado como prueba documentos emanados de terceros cuyo contenido, integridad y acreditación no fueron cumplidos y ni siquiera fueron ratificados en debida forma, **la Delegatura cometió un defecto procedimental que afecta su sentencia.** Razón por la cual, **solicito** comedidamente al Tribunal **desechar** los “*informes de auditoría forense*” (Art. 252 del CGP) aportados por Carbosan y no valorarlos ni tenerlos en cuenta como medios probatorios, entre otros motivos, por falta de acreditación, credibilidad, corroboración e **integridad**. Como consecuencia de lo anterior, **solicito** al Tribunal **revocar** la decisión adoptada por la Delegatura de imponer una condena parcial en contra del demandado, por haberse apoyado indebidamente en medios de prueba que carecían de valor probatorio.

4.2. Defecto procedimental absoluto por valorar como medio de prueba el dictamen pericial de daños y perjuicios aportado por Carbosan, a pesar de no cumplir con los mínimos requisitos exigidos por la ley y ser una prueba ilícita.

La sentencia proferida apoyó su decisión con el dictamen pericial de daños y perjuicios decretado de oficio sorpresivamente y con falsa motivación por la Delegatura, el cual fue elaborado y aportado por Carbosan (Acápites II, numeral 3 de la Sentencia). Dicha prueba pericial producida por Carbosan no podía ser valorada por su manifiesta ilicitud. En particular, por la falsa motivación al momento de su decreto y por haberse infringido gravemente las normas de orden público aplicables para la obtención de pruebas periciales decretadas de oficio. **Es decir: no debió tenerse en cuenta por ser una prueba ilícita y usarla como base de la sentencia afecta las consideraciones e invalida la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez.**

4.2.1. Ilícitud de la prueba pericial decretada de oficio por falsa motivación¹.

El decreto de oficio por la Delegatura de un dictamen pericial de daños y perjuicios adolece de falsa motivación, lo que vicia por completo la obtención de esa prueba. Para entender el origen de la ilicitud, es importante recordar el contexto que rodeó la contradicción del primer dictamen pericial de daños y perjuicios aportado por Carbosan y como luego se decretó sorpresivamente otro.

En la audiencia inicial celebrada el 29 de septiembre de 2020, la Delegatura decretó la prueba pericial solicitada por Carbosan para la tasación de los daños y perjuicios reclamados, concediéndole el plazo de 20 días para aportarla. Carbosan aportó el “dictamen pericial” dentro del plazo señalado. Este primer “dictamen pericial” aportado por Carbosan fue elaborado por el señor Juan Carlos Quintero, supuesto representante legal de la firma o entidad legal denominada “*SCI Investment & Merchant Bank*”; digo supuesto ya que éste no aportó certificación de existencia y representación legal de dicha entidad o de alguna otra.

En forma oportuna, se presentó memorial de contradicción del dictamen pericial y se solicitó interrogar en audiencia al “perito”. También, se anunció la presentación de un

¹ Aunque existe una sentencia de tutela de 27 de mayo de 2021 que negó por improcedente los reclamos de invalidez de la decisión de decretar de oficio una prueba pericial por parte de la Delegatura, en dicha providencia se indicó que: “(...) **téngase en cuenta que de resultar adversa la decisión que resuelva el mérito del asunto, el accionante cuenta con los medios ordinarios de defensa, donde puede ventilar ampliamente su inconformismo, por lo que para el efecto, la solicitud de protección constitucional también incumple con el presupuesto de subsidiariedad (...)**”. Por lo tanto, la ilicitud denunciada sobre el decreto de la prueba es materia apelable por ser este el recurso ordinario que procede contra la sentencia proferida por la Delegatura. La sentencia de tutela se profirió en el proceso radicado con el No. 11001220300020210101800. Magistrada Ponente. Dra. Clara Inés Márquez Bulla.

dictamen pericial de refutación del de Carbosan. Para esto, la Delegatura concedió el plazo de 10 días, negando la petición de un plazo mayor a pesar de los obstáculos que puso Carbosan a la elaboración de los dictámenes periciales solicitados por el doctor Mauricio Suárez.

El señor Juan Carlos Quintero fue interrogado en audiencia celebrada el 3 de diciembre de 2020. Aunque se solicitó la prórroga del plazo para aportar el dictamen pericial de refutación del señor Quintero, la Delegatura no tuvo en cuenta esa petición y decidió tener por no presentado el dictamen en audiencia celebrada el 9 de febrero de 2021.

A pesar de lo anterior, obra en el expediente que el perito José María del Castillo, quien había sido encargado por el doctor Mauricio Suárez para realizar el dictamen de refutación, **anunció oportunamente dentro del plazo de contradicción del dictamen desde el 18 de diciembre de 2020** que *“Juan Carlos Quintero no se encuentra inscrito en el REGISTRO ABIERTO DE AVALUADORES, requisito de ley para valorar perjuicios.”²*

La manifestación realizada por el doctor José María del Castillo no fue tomada en cuenta para conceder la prórroga y tampoco tuvo ninguna incidencia en el curso del proceso, **el cual continuó en su fase de juzgamiento sin ninguna advertencia de invalidez de parte de la Delegatura.**

De esta forma, el decreto y la práctica del “dictamen pericial” inicial de daños y perjuicios aportado por Carbosan se desarrolló sin que la Delegatura señalara ninguna irregularidad procesal que tuviera que ser “saneada”. **Por el contrario, la prueba pericial se decretó y practicó en el juicio.**

En audiencia celebrada el 10 de marzo de 2021, la Delegatura dio por cerrado el debate probatorio, señalando el 12 de mayo de 2021 a las 9:00 am como la fecha prevista para escuchar los alegatos de conclusión y dictar sentencia, en vista que el plazo legal para proferirla expiraba el 3 de junio de 2021³.

El 12 de mayo de 2021, en la hora señalada, antes de iniciar los alegatos de conclusión, la Delegatura consultó a los abogados de ambas partes preguntando si había algo

² Con el memorial No. 2020-01-647491 de 18 de diciembre de 2020.

³ Conforme a la prórroga de competencia por 6 meses, la cual fue adoptada en la audiencia celebrada el 3 de diciembre de 2020.

pendiente por resolver. En la medida que no había asuntos pendientes, la audiencia continuó con la presentación de los alegatos de conclusión de ambas partes. En aquella ocasión, en los alegatos de conclusión del doctor Mauricio Suárez, se indicó que los dictámenes periciales aportados por Carbosan no cumplieron con los requisitos mínimos exigidos por el artículo 226 del CGP.

Frente a la falta de idoneidad del señor Quintero, se expresó en ese momento que este no cumplió con las exigencias propias de la ley 1673 de 2013⁴, **por lo que debían ser desestimadas las pretensiones de la demanda presentada por Carbosan**, entre otras razones, **porque no había ninguna prueba de la existencia y tasación de los supuestos perjuicios reclamados**.

Concluidos los alegatos de conclusión, la Delegatura dio aplicación del receso previsto en la ley para dictar sentencia o anunciar el sentido del fallo. Finalizado el receso, de forma sorpresiva, la Delegatura se abstuvo de dictar sentencia y no anunció el sentido del fallo, incumpliendo el procedimiento previsto en el artículo 373.5 del CGP. Por el contrario, en vez de dictar sentencia sin valorar el primer “dictamen pericial” que Carbosan aportó y que adolecía de falta de idoneidad, la Delegatura tomó una serie de decisiones con las cuales reabrió etapas procesales concluidas, **ordenó de oficio con falsa motivación la práctica de un nuevo dictamen pericial de parte en favor de Carbosan** y prolongó su competencia de forma indefinida.

Así, la decisión de decretar de oficio una prueba pericial de daños y perjuicios en favor de Carbosan es un defecto procedimental absoluto por el “saneamiento” de la prueba pericial aportada por Carbosan y la falsa motivación que se adujo para su decreto.

Antes de decretar una prueba pericial de oficio, la Delegatura afirmó *“adoptar una medida de saneamiento consistente en anular todas las actuaciones relacionadas con la práctica y contradicción del dictamen pericial presentado por la parte demandante mediante comunicación radicada con el n.º 2020-01-595476 del 12 de noviembre de 2020”*⁵. Dicha afirmación constituye una **falsa motivación** para “sanear” y luego, con base en eso, decretar una prueba pericial de oficio. No había ninguna medida de saneamiento que debiera dictarse:

⁴ También conocida como la “ley de los evaluadores”.

⁵ Extracto del Acta de la audiencia de 12 de mayo de 2021.

lo único que restaba hacer en aquella ocasión era proferir la sentencia, valorando negativamente la “prueba pericial” defectuosa aportada por Carbosan.

Sin embargo, la Delegatura consideró que como el señor Juan Carlos Quintero no acreditó en su dictamen la condición de evaluador, éste “dictamen pericial” de daños y perjuicios aportado por Carbosan debía ser excluido como prueba, al no haber sido realizado por un perito evaluador inscrito, según la ley 1673 de 2013. A pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha expresado que **la idoneidad de un perito solo se debe apreciar en la sentencia**, la Delegatura, de forma sorpresiva y actuando con falsa motivación, optó por “*sanear*” de oficio el proceso excluyendo una prueba pericial de forma prematura, antes de dictar sentencia. Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que **el momento en el que el Juez debe evaluar la idoneidad o no del perito es el de la sentencia y no antes**:

*“Por último, terminada esta fase y escuchados los alegatos finales de las partes, cuando a ello haya lugar, el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, **la idoneidad del perito** y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).*

*Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. **Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.**”*

Concluyendo que:

“(…) En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe. (...)”

Como no existe norma procesal que permita a un Juez “sanear” el procedimiento antes de dictar sentencia luego de haber oído los alegatos de conclusión, excluyendo una “prueba pericial” por falta de idoneidad de un perito, mucho menos cuando esa prueba fue decretada y practicada durante el juicio, **esto es un hecho indicador de la falsa motivación de las decisiones de la Delegatura para justificar el decreto de oficio de una nueva prueba pericial**. Este defecto procedimental vició por completo la motivación de la Delegatura, ya que el proceso se encontraba en una etapa en la que no se podía hacer un “saneamiento” de una prueba pericial que fue decretada y practicada en juicio, pues luego de escuchar los alegatos de conclusión y una vez finalizado el receso previsto en la ley, lo único que restaba era dictar la sentencia o anunciar el sentido del fallo.

Una vez decidido el “saneamiento” de la prueba pericial, la Delegatura, de oficio, **con falsa motivación**, decretó en favor de Carbosan un nuevo dictamen pericial de parte sobre los daños y perjuicios reclamados, para que fuera aportado en el plazo de 20 días. Como motivo de esa decisión, la Delegatura señaló que requería de esa prueba para dictar sentencia. La Delegatura incumplió la ley al haber decretado un nuevo dictamen pericial de parte en favor de Carbosan, **sin tener en cuenta la negligencia de la demandante en la presentación del dictamen elaborado por el señor Quintero**.

Con dicha decisión, la Delegatura alteró por completo el curso del proceso y desconoció abiertamente el principio legal de la carga de la prueba según el cual:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)” (artículo 167 del CGP).

Igualmente, infringió el principio de igualdad de armas, ya que “(...) *el propósito y la función del litigio civil es la resolución de disputas entre individuos privados (...)*”, lo que conlleva el deber de “*equidad en el procedimiento*”, es decir, igualdad de armas y de oportunidades para su ejercicio, sin que sea relevante la calidad o la justicia en la decisión, pues la finalidad no es otra que eliminar el conflicto⁶.

⁶ Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Ponencia presentada por Michelle Taruffo, en el XXV Congreso Nacional de la Asociación italiana de investigadores sobre proceso civil, llevado a cabo en Cagliari el 7 y 8 de octubre de 2005 sobre el tema «Le provenel pocesso civile». Publicado originalmente en Riv. tri. dir. proc. civ., vol. LX, núm. 2, 2006, tomado del portal DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 249-271. Traducción de Raymundo Gama. 2006.

Con esa decisión de decretar de oficio una prueba pericial de forma sorpresiva en la forma en la que lo hizo la Delegatura, además de infringir la *regla de igualdad de armas*, **también incumplió la ley por no haber designado a un perito experto independiente de Carbosan, como lo establece el artículo 229.2 del CGP**, viciando de entrada de ilicitud la prueba decretada.

Como lo señala el artículo 229.2 del CGP, cuando el juez decreta un dictamen pericial de oficio *“para designar el perito **deberá acudir**, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad”*. En este caso, sin ninguna motivación que lo justificara, la Delegatura no aplicó la norma anterior, sino que le concedió a la parte negligente, Carbosan, la posibilidad de aportar un nuevo dictamen pericial de parte, **desconociendo la ley y rompiendo el principio de imparcialidad e igualdad de armas entre las partes**. En suma: **viciando de ilicitud la prueba por desconocimiento absoluto de la ley procesal**.

Además, según el artículo 230 del CGP, cuando el juez decreta un dictamen pericial del oficio *“**determinará** el cuestionario que el perito debe absolver, **fijará** término para que rinda el dictamen y le **señalará** provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciere la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable (...)”*. La Delegatura tampoco cumplió con la norma anterior, **pues no designó un perito independiente, no señaló sus honorarios y mucho menos fijó el cuestionario que debía absolver**. Por el contrario, lo único que hizo fue concederle a Carbosan el injusto privilegio de aportar en 20 días hábiles, un nuevo dictamen pericial de parte luego de haberse agotado en su totalidad el debate probatorio y haber sido escuchados los alegatos de conclusión.

Con esa insólita decisión de la Delegatura, desde el decreto de la prueba pericial de oficio en favor de Carbosan **se configuró un trascendental defecto procedimental** porque, como lo ha establecido la jurisprudencia, **las pruebas de oficio no pueden ser utilizadas por el juez para favorecer a la parte que ha sido negligente y ha incumplido la ley, pues a cada litigante le corresponde la carga de probar sus afirmaciones**.

Ha sido enfática la jurisprudencia que la carga de la prueba (*“onus probandi”*), le incumbe a cada una de las partes. El cumplimiento de este deber *“le corresponde a las partes, quienes*

deben acreditar los hechos que invocan a su favor y que sirven de prueba para sus pretensiones”, por ende, “exige la realización de ciertas actuaciones procesales en interés propio, como la demostración de la ocurrencia de un hecho o el suministro de los medios de prueba que respalden suficientemente la hipótesis defendida. De ahí que, de no realizarse tales actuaciones, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el resultado evidente sea la denegación de las pretensiones, la preclusión de las oportunidades y la pérdida de los derechos”⁷.

Como se indicó anteriormente, la regla de la carga de prueba se encuentra prevista en la ley, al establecerse que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso). Por lo que, así visto, se puede concluir que, el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil”⁸.*

La obligatoriedad de esta regla legal y jurisprudencial ha sido reconocida ampliamente y fue abiertamente incumplida por la Delegatura. Por ejemplo, este entendimiento de la regla imperativa de la carga de la prueba ha sido aplicado por el Tribunal Superior de Bogotá DC, con auto de 12 de marzo de 2020, dictado por la Dra. Liana Aida Lizarazo Vaca⁹, Magistrada Ponente en este caso, quien recordó que **las pruebas de oficio no pueden ser utilizadas por el Juez para remediar la negligencia de las partes.**

En esa ocasión, el Tribunal¹⁰ señaló que la facultad del fallador de decretar pruebas de oficio *“no es absoluto y, mucho menos, libera a las partes de “actuar diligentemente en la demostración del supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”¹¹, así como también se ha reconocido que el juez al momento de adelantar su actividad oficiosa, debe cuidarse de “no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes”¹².* Añadiendo que:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2018.

⁸ Ídem.

⁹ Proferido en el proceso No. 11001310302520170049701.

¹⁰ La tesis del Tribunal encuentra fundamento adicional de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de agosto de 2012. M.P. Margarita Cabello Blanco, en la que se señaló que: *“En esa dirección, al juez de segunda instancia no puede atribuírsele desatino alguno por razón de la supuesta ausencia o falta del ejercicio de sus poderes o facultades oficiosas en materia de pruebas; para el fallador, itérase, no fue ajeno el tema de que se trata; lisa y llanamente, consideró que la actitud asumida por la parte actora no habilitaba la aplicación de las normas atrás referidas; en otras palabras, concluyó que hacer uso oficioso del decreto de pruebas era convalidar la desidia o negligencia del actor, además de relevarlo de la asunción de las cargas procesales previstas en la ley, que, por igual, devienen de obligatorio cumplimiento (art. 6 C. de P. C.).”*

¹¹ Cita a la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de diciembre de 2018. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

¹² Cita a la Corte Constitucional. Sentencia SU-768 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“(…) cuando han sido las falencias probatorias de las partes las que han generado la ausencia de los elementos de juicio que servirían para darle certeza a sus alegaciones, no resulta admisible requerir al juez para que supla su actuar negligente, pues el deber de decretar pruebas de oficio “no implica per sé suplir las cargas desatendidas por los extremos procesales”¹³”.

En la decisión proferida por la Magistrada Ponente Dra. Liana Aida Lizarazo Vaca, el Tribunal citó a la Corte Suprema de Justicia. Dicha Corporación recordó que: *“no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, cuando menosprecia su compromiso procesal en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador”¹⁴*, tal y como lo reiteró el Dr. Aroldo Wilson Quiroz en la sentencia SC10291-2017.

En virtud del precedente desarrollado en la sentencia SC10291-2017, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

- A cada una de las partes a quienes les incumbe *“(…) impulsar con su comportamiento procesal las bases sobre las cuales se haría posible la condena por ella solicitada al pago de frutos y perjuicios lo mismo que el de su quantum (…)”*
- *“(…) la atribución para decretar pruebas de oficio no es ilimitada o absoluta, ni puede servir de pábulo para suplir la falta de diligencia de las partes, pues «de otra forma, se desdibujaría el equilibrio judicial que gobierna a los litigios y que impone 'respetar las cargas probatorias procesales que la normatividad vigente ha reservado para cada uno de los sujetos (…)’”*
- Si las partes no cumplen con su carga probatoria habría *“(…) absoluta orfandad demostrativa [que] impide hacer interactuar los elementos de cada uno de los principios dispositivo e inquisitivo, pues en tal caso no habría lugar a formar conciencia en procura de adquirir el grado de convicción necesario para sentenciar (…)”*.

¹³ Cita a la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de septiembre de 2019. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

¹⁴ Cita a la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de octubre de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Aplicando ese precedente, la Corte Suprema de Justicia ha sentenciado que es deber del accionante cumplir con la **“carga de probar en qué consistieron los detrimentos ocasionados y su cuantía”**¹⁵, incluyendo la carga de demostrar los perjuicios demandados¹⁶:

“(...) es necesario advertir que en muchos casos también le es aplicable el nuevo concepto del deber-obligación de todas las partes de aportación de las pruebas.”

“(...) Como el daño patrimonial indemnizable es solamente el cierto, su reconocimiento exige la plena comprobación de su causación y de su extensión económica (quantum), incluso, tratándose del lucro cesante futuro. (...) forzoso resulta colegir que el accionante no acreditó el perjuicio patrimonial al que aspiró y que, por ende, en ningún desacierto incurrió el juzgador de primer grado, cuando denegó el reconocimiento del mismo, precisamente, por falta de demostración”.

Por lo tanto, como lo ha establecido la jurisdicción civil, **la Delegatura no podía decretar una prueba pericial de oficio en favor de Carbosan para suplir la negligencia de esa parte cuando desatendió la carga de demostrar los perjuicios y el quantum perseguido con la demanda.** Mucho menos cuando la decisión con la que decretó la prueba estaba precedida de una falsa motivación.

En este caso, **la Delegatura no tuvo en cuenta estos abundantes precedentes judiciales y de forma contraria a la ley decretó de oficio una prueba pericial de parte en favor de Carbosan, favoreciéndola a pesar de su negligencia,** cuando lo que le correspondía hacer era proferir la sentencia luego de escuchados los alegatos de conclusión y negar las pretensiones de la demanda.

Con esta conducta, **la Delegatura incurrió en un gravísimo defecto procedimental por incumplimiento del procedimiento aplicable y un desconocimiento completo del precedente al haber decretado con falsa motivación una prueba pericial en favor de Carbosan.** Con la decisión absolutamente sorpresiva e injusta de decretar un dictamen pericial en favor de Carbosan, la Delegatura vició de entrada de ilicitud la prueba decretada porque:

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3951-2018. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC21828-2017. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

- **Incurrió en falsa motivación** para justificar el decreto de una prueba de oficio en favor de Carbosan.
- **Ejerció ilegalmente las facultades oficiosas conferidas por la ley**, al premiar con una prueba de oficio la incuria y negligencia de Carbosan, bajo el manto de una supuesta “necesidad” de la prueba.
- **Incumplió el principio de imparcialidad** al asumir un rol activo separado de la regla de neutralidad que debe imperar en la justicia justo antes de dictar la sentencia.
- **Desconoció el principio imperativo de la carga de la prueba** al favorecer a Carbosan con el decreto de una prueba de oficio ante la evidente falta de idoneidad del señor Juan Carlos Quintero.
- **Alteró el equilibrio entre las partes** al permitirle a Carbosan aportar una prueba adicional luego de encontrarse concluido el debate probatorio, haber sido escuchados todos los testimonios y estando recogidas todas las pruebas documentales del proceso.
- **Rompió con el derecho de igualdad de armas**, al concederle una nueva posibilidad a Carbosan de aportar un dictamen pericial a pesar de su negligencia y mala fe en la presentación del “dictamen pericial” que había anunciado desde la demanda presentada en el año 2019.

Por todo lo anterior, podemos concluir que **la prueba pericial de daños y perjuicios** que fue decretada de oficio por la Delegatura en favor de Carbosan **adolece de ilicitud** desde su decreto mismo, **por haberse proferido mediando una decisión con falsa motivación y por haberse desconocido por completo la regulación aplicable para la obtención de pruebas periciales de oficio**. Esta ilicitud del decreto de la prueba se profundizó en su práctica, ya que el dictamen pericial se obtuvo en franca contradicción de las reglas imperativas que ordenan la obtención de una prueba pericial de oficio. Ninguna de las reglas de procedimiento que gobiernan la producción de esta prueba pericial de oficio fue cumplida por la Delegatura. Por lo tanto, estaba viciada de ilicitud y no debió tenerla

como prueba para dictar la sentencia y mucho menos para imponer ninguna condena al doctor Mauricio Suárez.

4.2.2. Ilícitud de la prueba pericial decretada de oficio por infracción del procedimiento aplicable para su práctica.

Como se expuso antes, el dictamen pericial de daños y perjuicios aportado por Carbosan no se decretó en debida forma, pues no se aplicó lo ordenado en los artículos 229, 230 y 231 del CGP. La Delegatura, al decidir intempestivamente decretar un dictamen pericial de “oficio”, no designó un perito independiente de Carbosan, no fijó un cuestionario y tampoco señaló sus honorarios como lo establece la ley. Además, tampoco cumplió con la práctica de la prueba de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Por tal motivo, dicho medio probatorio es completamente ilícito y no debió ser utilizado para imponer al doctor Mauricio Suárez ninguna condena.

Cuando se decreta un dictamen pericial de oficio la ley no permite que éste sea realizado por una de las partes y prevé precisas reglas para su obtención, práctica y contradicción. El artículo 229.2 del CGP señala que el Juez *“para designar el perito **deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad**”*. La existencia de ese deber legal pone de manifiesto la obligación de designar un perito independiente de las partes cada vez que se decreta un dictamen pericial de oficio por parte del juez. En este caso, la Delegatura no aplicó este mandato.

A su vez, el artículo 230 del CGP indica que el juez que decreta de oficio un dictamen pericial *“**determinará** el cuestionario que el perito debe absolver, **fijará** término para que rinda el dictamen y le **señalará** provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes”*. En este proceso, el Despacho tampoco determinó el cuestionario *“que el perito debe absolver”*. Y menos fijó sus honorarios y gastos, porque no designó a un perito independiente de las partes, sino que concedió esa oportunidad a Carbosan. Lo anterior indica que la prueba de oficio decretada por el Despacho desconoce las formas procesales señaladas en los artículos 229 y 230 del CGP, previstos para la obtención de dictámenes periciales decretados de oficio. Dichas reglas son normas de orden público que la Delegatura no cumplió, por ende, la producción de la prueba pericial se encuentra viciada por completo de ilicitud.

Estos defectos tienen una incidencia directa en la práctica y contradicción de la prueba pericial decretada de oficio, ya que la vuelve ilícita. Para las pruebas periciales decretadas de oficio, existe también norma imperativa que establece cómo debe hacerse su práctica y contradicción. Se trata del artículo 231 del CGP que establece lo siguiente:

“Rendido el dictamen permanecerá en la secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen.

Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia, salvo lo previsto en el parágrafo del artículo 228.”

Dicha norma establece el procedimiento que debe cumplirse para controvertir el dictamen pericial aportado por el perito designado por el juez, indicando que éste debe permanecer a disposición ***“de las partes”***. La misma norma condiciona la realización de la audiencia de contradicción al cumplimiento de un plazo, ***“la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen”***. Esto es relevante pues el plazo de 10 días difiere del de 3 días aplicable cuando un dictamen pericial es aportado por una de las partes. En este caso, el plazo previsto para controvertir una prueba pericial decretada de oficio es diferente al señalado para controvertir un dictamen aportado por una de las partes. Tanto así que la ley ordena que el perito, en el caso de la prueba pericial decretada de oficio, ***“siempre deberá asistir a la audiencia”*** en la que se realizará la contradicción del dictamen, a diferencia de lo que puede suceder con un dictamen pericial de parte. Sin embargo, **ninguno de estos mandatos fue aplicado por la Delegatura.**

Todas las exigencias de los artículos 229, 230 y 231 del CGP son obligatorias para el juez y las partes, pues **las normas procesales no pueden “ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley”** (Art. 13 del CGP). Lo anterior implica que la obtención, práctica y contradicción del dictamen pericial de oficio decretado por la Delegatura, radicado por CarboSan con el No. 2021-01-399396, es contrario a la ley.

En consecuencia, en este caso, la prueba pericial decretada de oficio por la Delegatura no cumplió con las reglas aplicables a la producción, práctica y contradicción de un

dictamen pericial de oficio (Art. 229, 230 y 231 del CGP), por cuanto omitió las formas establecidas para su práctica y contradicción. **De ahí que no podía ser tenido en cuenta para imponer ninguna condena al doctor Mauricio Suárez, al tratarse de un medio de prueba ilícito.** La Delegatura, al usarlo como prueba en su sentencia, incurrió en un defecto procedimental que debe ser remediado por el Tribunal revocando las condenas impuestas al doctor Mauricio Suárez.

4.2.3. El dictamen pericial de oficio aportado por Carbosan tampoco cumplió los requisitos mínimos contenidos en el artículo 226 del CGP.

Aunado a la manifiesta ilicitud del dictamen pericial de daños y perjuicios aportado por Carbosan, **este tampoco cumplió con los requisitos mínimos exigidos para ser tenido en cuenta como tal, porque no satisfizo las exigencias documentales y de contenido que debe cumplir un estudio de valuación para fines judiciales.**

El informe pericial aportado por Carbosan incumplió con requisitos formales que debe contener todo informe valuatorio, según las normas técnicas sectoriales y las normas de ética y conducta de la actividad valuatoria en Colombia. Tampoco cumplió con aportar la información completa mínima exigida por el artículo 226.10 del CGP. Por ende, dicho informe no cumplió con los elementos mínimos para ser considerado válidamente como un dictamen pericial.

La prueba pericial de daños y perjuicios aportada por Carbosan no tiene fuerza probatoria, pues carece de rigor y el perito que lo elaboró no es idóneo e incumplió con la regulación de la actividad de evaluador.

El dictamen pericial aportado por Carbosan no tiene fuerza probatoria. La actividad del perito de Carbosan no tuvo ningún rigor. Su dictamen es especulativo y carece de soportes que permita corroborar sus afirmaciones, lo que incumple el numeral 10 del artículo 226 del CGP. Estos motivos eran suficientes para que la Delegatura no lo tuviera en cuenta, pero decidió ignorarlos.

El perito declaró expresamente que no revisó la contabilidad de Carbosan para elaborar su examen y **tampoco tiene la condición de contador exigida para elaborar esta clase de dictámenes periciales conforme a lo señalado en el literal c), numeral 1 del artículo 13 de la ley 43 de 1990.**

Además, el perito de Carbosan infringió los deberes profesionales y éticos que regulan la actividad de los evaluadores, por haber incurrido en situaciones que la regulación prohíbe en el código de conducta del evaluador y haber incumplido las normas técnicas sectoriales exigibles en su actividad.

Todos estos defectos hacían que la prueba pericial aportada por Carbosan careciera por completo de mérito probatorio, por lo que la Delegatura cometió un grave defecto procedimental al haberlo tenido en cuenta como prueba para imponer una condena en contra del doctor Mauricio Suárez.

4.2.3.1. Actividad valuatoria en Colombia.

La actividad profesional de los evaluadores es reglada por la ley 1673 de 2013, que regula todo el marco normativo que debe acatar un evaluador en desarrollo de su actividad. La ley contempla deberes y obligaciones legales que son de obligatorio cumplimiento (Art. 14, 15, 16, 18 y 19). A su vez, exige que todo evaluador que desempeñe esta actividad en Colombia esté inscrito en el Registro Nacional de Evaluadores (RNA) y sanciona el ejercicio ilegal de la actividad (Art. 9).

La actividad valuatoria está sometida a inspección y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) (Art. 26). Existe un régimen disciplinario atribuido a las Entidades de Autorregulación en las cuales el evaluador se encuentre inscrito (Art. 25). Dicho régimen es aplicable obligatoriamente y no puede ser omitido unilateralmente por ningún profesional que desarrolle esta actividad.

Los dictámenes periciales de valuación exigen que el perito evaluador esté inscrito en la categoría correspondiente. En este caso, aplica la categoría de valuación de intangibles especiales. Tanto la actividad de valuación en general como el contenido de los informes de valuación son materia que está reglada conforme a las Normas Sectoriales de la Actividad de evaluador.

Como pasará a exponer, el perito de Carbosan no cumplió con la regulación de su actividad, tampoco satisfizo las exigencias mínimas del artículo 226 del CGP y cometió diversas infracciones a sus deberes profesionales como evaluador, todo lo cual traía consigo que dicho medio de prueba no tenía fuerza probatoria alguna para la Delegatura.

4.2.3.2. Ausencia de corroboración y falta de soportes del dictamen pericial (Art. 226.10 del CGP).

El perito de Carbosan no cumplió con el artículo 226.10 del CGP pues no aportó los soportes del estudio que supuestamente realizó.

De forma falaz, el perito de Carbosan quiso hacer valer como “soportes” de su dictamen los mismos que aportó, en su momento, el señor Juan Carlos Quintero en el dictamen pericial que fue excluido por la Delegatura. **En modo alguno, esos “soportes” pueden ser tenidos en cuenta ya que provienen de un dictamen pericial que fue excluido como prueba, por lo tanto, no podían ser tenidos en cuenta al ser ilícitos. Precisamente, la Delegatura al decidir decretar la prueba pericial de oficio había dispuesto antes “(...) anular todas las actuaciones relacionadas con la práctica y contradicción del dictamen pericial presentado por la parte demandante mediante comunicación radicada con el n.º 2020-01-595476 del 12 de noviembre de 2020 (...)”.** Sin embargo, el nuevo “perito” de Carbosan no tuvo en cuenta esto y, yendo en contra de toda lógica, usó los mismos soportes que había aportado una persona cuyo dictamen había sido anulado, sin emprender esfuerzo alguno en desarrollar su propio dictamen.

Adicionalmente, con su dictamen, el perito de Carbosan no aportó ningún soporte específico que sirviera de sustento para dar respuesta al “cuestionario” que el formuló ilícitamente el abogado de Carbosan. Recordemos que el cuestionario que respondió el perito no fue decretado por la Delegatura, sino que fue direccionado por Carbosan, lo cual constituye una grave infracción al debido proceso y profundiza la ilicitud de la prueba que hemos venido sustentando. Pero, no sólo el cuestionario es ilícito, como ya se dijo, sino que el perito, al resolverlo, **no aportó con su dictamen ningún soporte diferente a los del dictamen excluido de Quintero. Y tampoco aportó ni individualizó como anexo en cada uno de los interrogantes ningún documento específico.**

Precisamente, la falta de todos los anexos exigidos por la ley para los dictámenes periciales configura una infracción del numeral 10 del artículo 226 del CGP que establece, sin excepción, que:

“(...) El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen. (...)

La norma anterior impone que, como mínimo, se debe relacionar y adjuntar en el dictamen “***los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen***”. Esta obligación no fue cumplida por el perito de Carbosan. Tal situación implica que su dictamen no podía ser valorado como prueba pericial y mucho menos servir de sustento para proferir sentencia condenatoria. Por lo tanto, la Delegatura cometió un grave defecto procedimental al haber decidido valorar como dictamen pericial un documento que ni siquiera reunía lo requisitos mínimos exigidos en la ley.

Si lo anterior fuera poco, el perito de Carbosan tampoco desarrolló o desplegó actividad alguna de corroboración de la información que utilizó (no olvidemos que fue la misma que había sido excluida por la Delegatura antes del decreto de la prueba de oficio). **La omisión del deber de corroborar la información de forma independiente provocó que el perito cometiera graves errores en la resolución del “cuestionario” formulado por Carbosan.** Por ejemplo, en punto de la materia apelada por la parte demandada:

- **Proyecto Murray.** El perito no corroboró la información contable de Carbosan. En ningún momento consultó los soportes contables de la operación de Carbosan y CNR ni las actas donde aparecen las autorizaciones impartidas por la Junta Directiva de Carbosan en relación con el denominado Proyecto Murray. Tampoco consultó la información que fue objeto de deliberación por la Junta Directiva de Carbosan (matrices de riesgo, modelos financieros, evaluación de escenarios, aprobaciones, etc.), cuando era su deber haberlo hecho para desarrollar su ejercicio valuatorio. Si hubiera realizado dicho examen, el perito hubiera constatado que la Junta Directiva de Carbosan deliberó y fue suficientemente informada para la toma de decisiones del denominado Proyecto Murray y conscientemente e informada lo aprobó.

Asimismo, hubiera podido advertir la existencia de la denominada “apuesta” que hizo Carbosan consistente en asumir un diferencial tarifario de hasta 2 millones de dólares para mantener al cliente CNR. Si el perito hubiera corroborado la información contenida en las Actas de Junta Directiva de Carbosan durante todo el año 2016, sin dudarlo, habría establecido que los riesgos asumidos por

Carbosan se asumieron conscientemente por su Junta Directiva, en virtud de un negocio especialmente considerado por la importancia de CNR para Carbosan. Además, habría podido establecer que la “apuesta” que hizo Carbosan se limitó a un tope que luego se recuperó, razón por la cual no se produjo una pérdida generadora de un perjuicio, como temerariamente lo pretende Carbosan.

- **Pagos por compensación flexible.** El perito no revisó ni corroboró la contabilidad de Carbosan. Tampoco extrajo directamente de la contabilidad los rubros que supuestamente le sirvieron de base para su “estudio”. No consideró en su dictamen la existencia de un contrato de *back office* entre Carbosan y su controlante sociedad portuaria de Santa Marta, en virtud del cual el doctor Mauricio Suárez atendía la gerencia de Carbosan. Mucho menos constató que el doctor Mauricio Suárez percibía su salario y bonificaciones como alto ejecutivo del grupo empresarial mediante un sistema de compensación flexible, producto de su relación laboral y que este era aplicado en la organización del Grupo Empresarial del cual hace parte Carbosan. No existe, pues, soporte alguno ni confiabilidad y mucho menos corroboración de los “perjuicios” determinados por el perito, que incluso admitió en el proceso que lo único que hizo fue copiar y pegar el cuadro que había consignado el señor Quintero en el dictamen que fue excluido por el Despacho. Además, en el dictamen del perito de Carbosan no hay ningún soporte individual que acredite el supuesto perjuicio.

Todo lo anterior nos permite afirmar que el dictamen producido por Carbosan no tenía soportes ni corroboración alguna de los supuestos “perjuicios” reclamados. Es decir, es un informe incompleto que no cumple lo exigido en el artículo 226.10 del CGP. Por lo tanto, no tenía ningún valor probatorio para imponer condena alguna al doctor Mauricio Suárez.

Aunado a esto, hubo un importante defecto que cometió el perito de forma recurrente y fue omitir el examen de la contabilidad de Carbosan con sus soportes y registros detallados. Dicha omisión descartaba completamente la confiabilidad de sus métodos y “conclusiones”, y permitía cuestionar, también, la idoneidad del perito de Carbosan. Por lo tanto, la Delegatura no ha debido tener en cuenta su contenido y sus afirmaciones, por ser incompletas y carentes de sustento.

4.2.3.3. Importancia de la contabilidad de Carbosan y ausencia de idoneidad del perito por no tener la condición de contador público y no haberse apoyado en un profesional de la ciencia contable para elaborar el dictamen pericial.

La contabilidad del comerciante es plena prueba de los hechos económicos (Art. 264 del CGP). Como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, para establecer la existencia de unos perjuicios, tratándose de personas jurídicas o de comerciantes, la contabilidad debe ser consultada por los peritos que se encarguen de determinar la existencia de unos perjuicios y tasarlos.

En este caso, el perito de Carbosan afirmó que no tenía que consultar la contabilidad para realizar el dictamen valuatorio. Incluso admitió no haberse reunido con ninguna persona o funcionario de Carbosan diferente a uno de sus apoderados, el abogado Sergio Londoño y con el señor Juan Carlos Quintero, quien elaboró el dictamen que fue excluido por el Despacho y quien ni siquiera es perito evaluador inscrito. Esto significa que incumplió con el deber profesional como evaluador y perito de examinar la información contable de Carbosan y corroborar la información recibida mediante su confrontación con medios fiables y certeros e independientes, como son los registros y soportes contables de una empresa.

Este defecto implica que los perjuicios que determinó el perito carecen de certeza y no provienen de información que haya sido corroborada y confrontada por él mismo.

Tal comportamiento es censurado por la Corte Suprema de Justicia que ha señalado que **a nadie le es dable fabricar su propia prueba** como en este caso lo pretende hacer Carbosan al hacer pasar como un dictamen pericial independiente y técnico, un estudio sesgado, no corroborado, incompleto e inexacto, y sin soportes.

Precisamente, al restar valor a los dictámenes periciales practicados en el proceso No. 1999-00227-01, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reprochó que en los peritajes (al igual que en este caso):

“(…) no se identificaron los soportes que de manera concreta permitieron establecer «la pérdida en la producción en la industria arrocera desplegada por las demandantes» respecto de las anualidades o semestres comprendidos en el periodo durante el cual se reclamó la indemnización, puesto que en esa materia dijeron los expertos se habían

basado en la información suministrada por la administración de los predios de las actoras y de la finca Cauchitos (predio testigo) para realizar los comparativos sustento de las proyecciones expuestas en dichos trabajos. (...)

*A pesar de que a este último trabajo se anexaron unos cuadros, en los que se relacionan, entre otros datos, los atinentes a «'lotes con baja contaminación', 'lotes severamente contaminados', 'lotes altamente contaminados' y 'lotes medianamente contaminados'», como también respecto de costos de los insumos agrícolas comprados y utilizados para el desarrollo de los cultivos en la hacienda La Palma, **no obra evidencia acerca de quién los elaboró, para qué época y cómo se obtuvo la información en ellos vertida.***

Ante dichas circunstancias, se determina que los soportes básicos de la señalada experticia, no prestan mérito probatorio, además porque de llegar a atribuirles valor demostrativo, se estaría permitiendo a la propia parte interesada en evidenciar el daño, construir la prueba, situación a todas luces improcedente en el régimen probatorio, «[...] por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba», según lo ha reiterado esta Corporación, entre otros, en fallo CSJ SC, 25 mar. 2009, rad. n.º 2002-00079-01.»

En el caso anterior, la Corte echó de menos el examen de la contabilidad, ya que esta era la que garantizaba ***“la confiabilidad de la información”***, la cual, insistimos, no consultó ni examinó el perito de Carbosan. Dijo la Corte en aquella ocasión que:

“(...) Cabe acotar, que jurídicamente muy distinta podría ser la interpretación del referido dictamen de haberse apoyado en la contabilidad de las actoras, aunque siempre y cuando tal sistema de cuentas se hubiere llevado de acuerdo con las prescripciones legales, porque en ese evento, legalmente se garantiza la confiabilidad en la información (...).”

La falta de corroboración de la información con fuentes confiables como la contabilidad descarta, de plano, la certeza del daño que supuestamente se reclama, ya que la ***certidumbre*** es requisito indispensable en un juicio de responsabilidad, cuya carga, en este caso, fue omitida completamente por Carbosan y el perito que elaboró el dictamen. Al respecto, tiene dicho la Corte que¹⁷:

¹⁷ Sentencia S-09-03-2012. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Dra. Ruth Marina Díaz.

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320). (...) para alcanzar eficacia probatoria el dictamen debe estar soportado en hechos veraces, sometidos a contradicción y acreditados adecuadamente, lo que para el caso examinado, esa situación no aconteció, porque se estructuró sobre especificaciones hipotéticas, ya que en las oportunidades procesales autorizadas, la interesada en la prueba no suministró información al respecto, es decir que no dio a conocer los puntos para su desarrollo; tampoco los medios de convicción revelan circunstancias acerca de esa realidad requerida y, más aún, al comentar la actora la finalidad de la compra de los mencionados derechos, no genera certeza de la ocurrencia del daño bajo los supuestos ideados por el experto, en razón a que no tenía un proyecto definido para ejecutar (...)

7.6. La trascendencia del equívoco la exterioriza la circunstancia de que la sentencia atacada pierde uno de los cimientos que jurídicamente la sostienen, como es el “daño”, el que al haber hallado satisfecho, junto con los demás presupuestos requeridos, le sirvió al Tribunal para declarar la responsabilidad civil peticionada, e imponer la condena que creyó procedente, o sea, que de no haber mediado el aludido error, otra hubiese sido la respuesta al litigio. (...)”

Por ejemplo, en casos en los que se pretende el reconocimiento de perjuicios intangibles como el “*Good Will*”, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que¹⁸:

“(...) Como todo perjuicio de ese carácter, su reconocimiento exige la prueba de su existencia y extensión; y, si en ese propósito, se utiliza el medio experto, es innegable, que la conclusión no puede estar sujeta a la discreción del perito, sino a la fundamentación del dictamen.

Para ello la Corporación ha identificado en el plano fáctico ciertas condiciones que contribuyen a la fiabilidad del instrumento técnico, sin los cuales no es posible validar las inferencias indicativas de la presencia de ese daño.

¹⁸ SC2500-2021. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Dr. Luis Armando Tolosa.

“Al respecto precisó. Es ostensible, por consiguiente, la ausencia de fundamentación de la experticia, tal como lo puso de relieve el Tribunal, pues los peritos, dejándose llevar por conjeturas y apreciaciones subjetivas, tasaron a su arbitrio el GOOD WILL del establecimiento comercial de la demandante, sin detenerse a cuantificar los aspectos ya señalados, para cuyo efecto debieron indagar, por ejemplo, si existían bienes incorporales, tales como los relativos a la propiedad industrial, procesos técnicos, etc., que incrementasen las utilidades; o si era óptima la posición del establecimiento en el mercado. Ni siquiera se alude en el peritaje a la calidad en la prestación del servicio, al buen trato dispensado al cliente, todo ello, por supuesto, debidamente sustentado, ni a las excelentes condiciones laborales que la empresa pudiera tener, ni a la confianza que, por razón de un loable desempeño gerencial, ella tuviese en el sector financiero.

“Pero, es más, no se establece en la peritación de qué manera sufrió menoscabo el aludido intangible por causa de la restitución del inmueble, ya que no se precisó si el establecimiento de la actora dejó de existir o si, por el contrario, siguió funcionando en otro local”

La pericia es huérfana de ese análisis. Lacónicamente refirió el tiempo de permanencia del establecimiento de comercio y expuso apreciaciones subjetivas sin ningún soporte. En definitiva, es insuficiente para establecer la existencia del perjuicio. (...)”

Tan importante es la corroboración de la contabilidad para la elaboración de esta clase de dictámenes periciales, que la ley, para efectos de completar la idoneidad del perito, ha señalado que esta clase de informes deberán ser elaborados por un contador público debidamente habilitado cuando se encarga de realizar actividades propias de la ciencia contable, como las definidas en la ley 43 de 1990, en su artículo 2:

“Para los efectos de esta ley se entienden por actividades relacionadas con la ciencia contable en general todas aquellas que implican organización, revisión y control de contabilidades, certificaciones y dictámenes sobre estados financieros, certificaciones que se expidan con fundamentos en los libros de contabilidad, revisoría fiscal prestación de servicios de auditoría, así como todas aquellas actividades conexas con la naturaleza de la función profesional del Contador Público, tales como: la asesoría tributaria, la asesoría gerencial, en aspectos contables y similares.”

Frente a estas actividades de la ciencia contable, el literal c), del numeral 1 del artículo 13 de la ley 43 de 1990 señala que se requiere tener la calidad de contador público para actuar como perito en controversias de carácter técnico-contable como este:

“Además de lo exigido por las leyes anteriores, se requiere tener la calidad de Contador Público en los siguientes casos:

1. Por razones del cargo.

(...)

c) Para actuar como perito en controversias de carácter técnico- contable, especialmente en diligencia sobre exhibición de libros, juicios de rendición de cuentas, avalúo de intangibles patrimoniales, y costo de empresas en marcha. (...)

En este proceso, aunque el perito de Carbosan acreditó su condición de evaluador inscrito, lo cierto es que él no es un contador público, por ende, no completó la idoneidad requerida para realizar un dictamen pericial de valuación de daños y perjuicios que requería del examen de la contabilidad de Carbosan, tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia. En eventos así, lo que ha debido obligatoriamente haber hecho el perito, al no ser un contador profesional, era apoyarse en un profesional como este para realizar el examen de la contabilidad y de los registros y soportes contables de Carbosan, como paso previo e indispensable para elaborar el dictamen y acreditar de forma completa la idoneidad requerida. Sin embargo, no lo hizo.

Ante la flagrante omisión del perito que despreció y restó importancia a la contabilidad para elaborar el dictamen pericial de Carbosan, éste carece de idoneidad y sustento técnico al no haber sido elaborado directamente o con apoyo de un contador público, como lo prevé el literal c), del numeral 1 del artículo 13 de la ley 43 de 1990.

4.2.3.4. Infracción de las normas sectoriales de la actividad de evaluador e incumplimiento del Código de Ética.

Además de no cumplir con la idoneidad requerida para rendir el dictamen pericial, el perito de Carbosan también incumplió la regulación exigida para la actividad de evaluadores. No tuvo en cuenta el contenido mínimo que las normas sectoriales de la

actividad de evaluadores exige a todos los informes de valuación, y, además, incumplió el Código de Conducta que rige su actividad.

En lo que concierne a las normas sectoriales de la actividad de evaluadores, el perito incumplió los siguientes mandatos que le son aplicables a su actividad:

a) Norma Técnica Sectorial (NTS) S 03. Contenido de informes de valuación.

La NTS S 03 regula el contenido mínimo que debe incluirse en todo informe de valuación, con independencia de su tipo o clase. Así lo establece el numeral 2.1. que señala que *“los requisitos del informe a que alude esta NTS se aplican a toda clase de informes de Valuación”*. La NTS S 03 señala que los informes de valuación *“deberán”* contener la información descrita en el numeral 7.1. El perito de Carbosan no aplicó la NTS S 03 ni ninguna otra que regula su actividad. En especial, el perito de Carbosan omitió incluir en su dictamen pericial el siguiente contenido mínimo:

(...) “7.1.1. Exponer de forma clara y precisa los resultados de la valuación de forma que no conduzcan a confusión.

7.1.4. Identificar y describir:

7.1.4.1. Los derechos de propiedad o intereses que han de valorarse.

7.1.4.2. Las características físicas y jurídicas del bien y,

7.1.4.3. Las clases de bienes incluidas en la valoración distintas de la categoría principal de cada bien.

7.1.6. Especificar todas las hipótesis y condiciones restrictivas de las que depende el valor de la valuación;

7.1.7. Identificar hipótesis especiales, inusuales o extraordinarias e incluir una predicción de cuan probable resulta que dichas hipótesis ocurran;

7.1.9. Contener una cláusula que específicamente prohíba la publicación del informe en todo o en parte, o cualquier referencia al mismo, o a las cifras de valuación contenidas en él, o los nombres y afiliación profesional de los evaluadores, sin el consentimiento escrito del evaluador;

7.1.10. Incluir una declaración de cumplimiento en la que se indique bajo que normas técnicas se ha desarrollado la valuación, manifestando cualquier excepción a los requisitos de dichas Normas y, justificando tal excepción según establece la NTS S 04; La declaración de cumplimiento deberá confirmar que:

Las descripciones de hechos presentadas en el informe son correctas hasta donde el valuador alcanza a conocer;
Los análisis y resultados solamente se ven restringidos por las hipótesis y condiciones restrictivas que se describen en el informe;
El valuador no tiene intereses (y de haberlos, estarán especificados) en el bien objeto de estudio;
Los honorarios del valuador dependen o no de aspectos del informe;
La valuación se llevó a cabo conforme a un código de ética y normas de conducta;
El valuador ha cumplido los requisitos de formación de su profesión;
El valuador tiene experiencia en el mercado local y la tipología de bienes que se están valorando;
El valuador ha realizado (o no) una visita o verificación personal al bien objeto de valuación, y
Nadie, con excepción de las personas especificadas en el informe, ha proporcionado asistencia profesional en la preparación del informe; (...)"

Aunado a lo anterior, el perito incumplió las disposiciones sobre excepciones, porque no aplicó lo señalado en el numeral 10.1 y 10.3 que prohíbe lo siguiente:

“10.1. No se permite excepción alguna a los requisitos que el informe de valuación exponga claramente y con precisión los resultados de la valuación y ponga de manifiesto con toda claridad cualquiera de las hipótesis y condiciones restrictivas que afecten a la valuación y al valor de valuación.

10.3. Cualquiera que sean las circunstancias que lleven a no informar sobre el valor de mercado, el avaluador debe indicar claramente que la valuación sobre la que se informa es distinta al valor de mercado. (...)"

En este caso, el perito en su dictamen no consideró ninguna hipótesis distinta al juicio preestablecido con el cual asumía la existencia de unos perjuicios que debían ser tasados conforme a la demanda de Carbosan, siguiendo juiciosamente lo que ya había “juizado” el señor Juan Carlos Quintero en el dictamen pericial que excluyó el Despacho. Es decir, el perito avaluador de Carbosan actuó sin que se hubiera informado y siquiera considerado *“las hipótesis y condiciones restrictivas que afectan a la valuación y al valor de valuación”*, como lo ordena la NTS S 03.

Por tanto, la infracción de la NTS S 03 implica que el informe de valuación no tuvo en cuenta los fundamentos técnicos que rigen el contenido mínimo que debe tener un informe de valuación, lo que implica que carece de rigor y credibilidad alguna.

Además de haberse apartado del contenido mínimo que debe contener un informe de valuación, desconociendo la técnica que rige la actividad de evaluador, el perito de Carbosan también cometió graves infracciones a los postulados éticos que rigen su actividad, al haber realizado un dictamen pericial utilizando como base la información no corroborada del dictamen pericial que había sido excluido por la Delegatura. Esto resulta inconcebible, mucho más cuando el mismo perito admitió que el único contacto que tuvo con alguien de Carbosan fue con el señor Juan Carlos Quintero, quien, sin ser perito, ni evaluador, increíblemente, resultó siendo el *“asesor financiero”* de Carbosan. Este comportamiento, irregular, implica que el perito de Carbosan incumplió con sus deberes profesionales, rompió gravemente con su deber de independencia e incurrió en conflicto de interés por infracción de las siguientes normas:

b) Norma Técnica Sectorial (NTS) S 04. Código de Conducta del Valuador.

De manera grosera el perito de Carbosan infringió gravemente normas éticas elementales que rigen la actividad de evaluador; regulación que es *“aplicable y extensiva a los evaluadores e incluye los actos de todas aquellas personas que asistan al evaluador en el desarrollo del encargo de valuación”*. En especial, incumplió las siguientes disposiciones:

“6.1. INTEGRIDAD

6.1.1 Un evaluador no debe actuar de forma engañosa o fraudulenta.

6.1.2 Un evaluador no debe elaborar o dar a conocer un informe a sabiendas de que contiene opiniones y análisis falsos, imprecisos o parciales.

6.1.3 Un evaluador no debe apoyar o participar en un trabajo de valuación en el cual otros evaluadores actuando de manera razonable no considerarían justificada su actuación.

6.1.4 Un evaluador debe actuar conforme a la ley y reglamentos del país donde ejerce, o donde se lleva a cabo la valuación encargada.

(...)”

Frente a la situación presentada con el señor Juan Carlos Quintero, quien hoy curiosamente resultó supuestamente siendo un *“asesor financiero”* de Carbosan, haber

elaborado el dictamen pericial usando la información excluida del informe que presentó aquél, es una conducta que constituye una infracción de las siguientes normas de conducta en materia de conflicto de interés:

“6.2 CONFLICTO DE INTERESES

6.2.2 Un valuador debe tomar todas las precauciones razonables para asegurarse de que no surja ningún conflicto profesional entre los intereses de sus clientes y de los de otros clientes, del valuador, de su empresa, parientes, amigos o asociados. Los conflictos potenciales deben comunicarse por escrito antes de aceptar el encargo. Si el valuador únicamente tiene conocimiento del conflicto con posterioridad a la aceptación, lo deberá comunicar inmediatamente. Si tuviera conocimiento después de haber realizado la valuación, el conflicto deberá comunicarse dentro de un período de tiempo razonable”.

Del mismo modo, la imparcialidad del perito de Carbosan no existió al haber partido de “*opiniones y condiciones prejuzgadas*” sin obtener la confirmación de la información de una “*f fuente independiente*”, y así lo debió concluir la Delegatura en la sentencia. Esta cuestión que, a la luz de la regulación, no fue advertida por la Delegatura, comporta una infracción grave a las siguientes disposiciones éticas:

“6.4 IMPARCIALIDAD

6.4.1 Un valuador debe llevar a cabo el encargo en la más estricta independencia, objetividad e imparcialidad, y libre de intereses personales.

6.4.2 Un valuador no debe aceptar un encargo que implique elaborar informes con opiniones y conclusiones prejuzgadas.

6.4.3 El valuador no debe basarse en información fundamental proporcionada por un cliente o por alguna otra parte, sin obtener la confirmación necesaria de una fuente independiente, a menos que la naturaleza y el grado en que se base se establezca como condición restrictiva.

6.4.4 El valuador no debe aceptar un encargo de realizar informes con condiciones hipotéticas condicionales que difícilmente podrían cumplirse en un período de tiempo razonable.

6.4.5 Las condiciones hipotéticas que sean razonablemente posibles pueden incluirse en el informe, siempre y cuando se acompañen de ciertas explicaciones sobre las posibilidades de que las hipótesis se hagan realidad y sobre la consideración de valor

que refleje la situación real predominante, por ejemplo, una situación en la que el cliente quiere saber cuál será el valor de un terreno que requiere un proceso de desintoxicación.

6.4.6 El valuador no debe utilizar ni basarse en conclusiones infundadas y prejuzgadas, ni deberá elaborar informes cuyas conclusiones establezcan que, en su opinión, tal prejuicio sea necesario para mantener o maximizar el valor.”

Como lo expresamos anteriormente, el hecho de que el perito de Carbosan no tuviera la condición de contador público, comporta también una infracción del código de conducta de la actividad de evaluador, al haber elaborado un encargo del cual carece de competencia y aptitud profesional en la materia técnica valuatoria específica:

“7. COMPETENCIA.

El valuador debe tener el conocimiento, la habilidad y la experiencia suficientes para cumplir con el encargo de manera eficiente según sea el estándar profesional aceptable. Sólo aquellos valuadores que cumplan con los siguientes requisitos deberán llevar a cabo encargos

7.1 PERFIL DEL VALUADOR PROFESIONAL

El valuador debe ser una persona de buena reputación que:

7.1.1 Tenga el conocimiento necesario para el ejercicio de la actividad y esté en permanente actualización de los mismos.

7.1.2 Tenga la experiencia adecuada en la especialidad y sea capaz de valorar el bien de acuerdo con sus características.

7.1.3 Conozca, entienda y pueda emplear correctamente los métodos y técnicas establecidas que sean necesarias para realizar una valuación que goce de credibilidad.

7.1.5 Cumpla todos los requisitos de esta NTS”.

El perito de Carbosan tampoco actuó tampoco de forma diligente ni independiente, lo que implica la infracción de las siguientes normas de conducta:

7.4.4 Un valuador debe realizar las consultas e investigaciones de forma diligente para asegurarse que los datos de análisis empleados en la valuación son correctos y que sirven como base de la valuación.

7.4.5 Un valuador debe elaborar un expediente de trabajo para cada encargo y que, al término de éste, contenga una copia fiel en papel o en formato electrónico (contando siempre con una copia de seguridad), de todos los informes, correspondencia y escritos,

además de las notas en las que el valuador se basó para dar su opinión a través de consultas, de comparación objetiva, deducciones y cálculos.

7.4.6 El archivo del expediente de trabajo para cada encargo, deberá conservarse durante el tiempo que establezca la ley correspondiente, que en ningún caso será inferior a cinco años tras haber terminado dicho encargo.

8. INDEPENDENCIA

Los valuadores a quienes se encargue valuaciones bajo las N TS en materia de valuación, deben cumplir con los requisitos de imparcialidad, de objetividad profesional y revelación de información que establece esta NTS. De forma que estos valuadores, en principio, cumplirían los requisitos de independencia que pueden exigirse en la mayor parte de encargos de valuación.

Del mismo modo, como se indicó anteriormente, no haber cumplido la NTS S 03 que regulaba el contenido mínimo del informe de valuación es también una infracción del código de conducta del evaluador prevista en el numeral 10:

“(...) 10. ELABORACIÓN DE INFORMES DE VALUACIÓN

Las valuaciones encargadas pueden referirse a uno o más bienes. El estilo del informe de valuación debe adaptarse a la naturaleza del encargo y a las necesidades del cliente, y a su vez debe cumplir unos requisitos mínimos de contenido los cuales se encuentran establecidos en la NTS S 03.

El grado de detalle que deberá tener el informe dependerá del uso que se le dé a la valuación y de la complejidad del bien. Cuando se trate de un solo bien o de un bien complejo, podría resultar más apropiado que el informe detallara la información utilizada como base de la valuación y que se establezca el razonamiento empleado para llegar a las conclusiones. Cuando se prepara un informe sobre una cartera de bienes para su uso en auditoría, el nivel de información detallada que se requiere para cada uno de los bienes de la cartera puede ser menos exhaustivo”.

El incumplimiento de la regulación anteriormente descrita, además de comprometer la responsabilidad disciplinaria del perito como evaluador, deja sin ninguna credibilidad el dictamen pericial aportado por Carbosan, al haberse producido sin el más mínimo decoro y con total desprecio al Código de Conducta que rige la actividad de evaluador,

al haberse apoyado íntegramente en un “dictamen pericial” que había sido excluido por la Delegatura, por la falta de idoneidad de la persona que lo elaboró.

4.2.3.5. Infracción a la ley por anatocismo.

Por último, es indudable que el perito de Carbosan incumplió las normas éticas de la actividad de evaluador; desconoció sus normas técnicas; omitió cumplir con las exigencias del artículo 226.10 del CGP; y, además, infringió la ley al haber aplicado como método de indexación, la fórmula de interés compuesto, capitalizando intereses sobre intereses como si se tratara de una fórmula de indexación.

Con la aplicación de ese método de indexación, el perito de Carbosan cometió anatocismo y multiplicó de forma artificial y abusiva una supuesta tasación de perjuicios, sin tener soporte y sustento alguno. Este error debió conducir a la Delegatura a no tener en cuenta el dictamen pericial por su falta de rigor y acierto.

Precisamente, en materia civil, el artículo 2235 del Código Civil prohíbe tajantemente el anatocismo (*“Se prohíbe estipular intereses de intereses”*). A su vez, el artículo 866 del Código de Comercio sólo permite el cobro de intereses sobre intereses en hipótesis restrictivas que en ningún caso aplican a procesos de responsabilidad civil como este:

“Los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos.”

Acá, no estamos en el supuesto de obligaciones vencidas, ni hay un “acuerdo” posterior al vencimiento, y mucho menos están “debidos” intereses con un año de anterioridad. Por lo que era absurdo “indexar” unos supuestos perjuicios cuya existencia ha sido refutada en el proceso, usando un método de indexación que conlleva la infracción a la ley por cometer anatocismo, como erróneamente y de forma inconcebible lo hizo el perito de Carbosan. Esto no fue tenido en cuenta por la Delegatura, cuando ha debido servir de motivo adicional para no tener en cuenta tan impreciso dictamen pericial.

El yerro cometido por el perito es tan desafiante que, de forma insostenible, afirmó que los perjuicios que “tasó” podían ser indexados de esta forma, sin reparar en que ello está expresamente prohibido por la ley.

Por lo tanto, no cabe duda de que la Delegatura cometió un grave error al haber apoyado su sentencia en un dictamen pericial de daños y perjuicios incompleto y carente de rigor y ética profesional.

4.2.3.6. Conclusiones.

El dictamen pericial de daños y perjuicios de Carbosan no tenía ninguna fuerza probatoria y así debió declararlo la Delegatura. El perito de Carbosan incumplió la ley; ignoró la técnica y las normas que rigen su actividad; carece de idoneidad personal y competencia para haber elaborado el dictamen pericial y no se apoyó en un profesional idóneo para realizarlo; no corroboró información por fuentes independientes; infringió el código de conducta del evaluador y cometió anatocismo. Sencillamente, el informe pericial no es una prueba pericial aceptable y debió ser desestimado. Precisamente, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia¹⁹:

“(…) Recuérdese, porque viene al caso, que de antaño la Corte tiene dicho que el dictamen pericial, como medio de prueba, es susceptible de ser valorado, pues aun cuando se trata de una prueba técnica no es de obligatoria aceptación para el funcionario judicial. Por el contrario, este elemento de convicción es de libre apreciación para él, quien puede argumentar por qué no le merece la suficiente credibilidad al adolecer de deficiencias en sus fundamentaciones o de lógica en sus conclusiones. (CSJ SC de 29 abr. 1942, 11 dic. 1945, 3 sep. 1954, 17 jun. 1970, 15 dic. 1973, entre otras).

Entre los requisitos para la eficacia probatoria del dictamen pericial, se encuentran: a) que sea un medio conducente respecto del hecho por probar; b) que el perito sea competente para el desempeño de su encargo; c) que no exista motivo serio para dudar de su imparcialidad o sinceridad; d) que esté debidamente fundamentado; e) que sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos; y f) que del trabajo se haya dado traslado a las partes; correspondiendo al juez el análisis de tales requisitos para establecer la eficacia probatoria del dictamen.

La prueba pericial, por ende, no es camisa de fuerza para el juez, sino medio probatorio que, a pesar de tener carácter especial por su calificación técnica, no impone a tal

¹⁹ SC3689-2021. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

funcionario la obligación de acogerlo, puesto que, al igual que los demás materiales de convicción, está sometido a las reglas de la sana crítica (art. 176 CGP).

Con otras palabras, al valorar la experticia debe tenerse en cuenta la firmeza, precisión, claridad, exhaustividad y calidad de sus fundamentos (art. 232 CGP), lo cual, para el preciso caso de autos, dejaba al descubierto que la pericia practicada en segunda instancia no revestía la suficiente fundamentación, como quiera que, en últimas, el lucro cesante establecido por el auxiliar de la justicia que la rindió fue producto de un cálculo antojadizo, según ya se anotó.

En consecuencia, era notoria la inconsistencia de tal dictamen, toda vez que no tuvo la debida fundamentación que lo dotara de eficacia; de tal suerte, que su desestimación se imponía.”

En este caso, al dictamen pericial de Carbosan no debió dársele crédito alguno para apoyar una condena como lo hizo equivocadamente la Delegatura, ya que careció de total “solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos” (Artículo 232 del CGP). Por lo tanto, la demanda debió ser desestimada, pues “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso).* Por lo que, así visto, se puede concluir que, *el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil*²⁰”.

Como consecuencia de lo anterior, **solicito** al Tribunal **revocar** la decisión adoptada por la Delegatura de imponer una condena parcial en contra del demandado, **por haberse apoyado indebidamente la condena en un dictamen pericial de daños y perjuicios ilícito, incompleto y carente de rigor y sustento.**

4.3. Defecto procedimental absoluto por infracción de la regla de congruencia (Art. 281 del CGP), ya que la sentencia proferida es *cttra petita*.

Como se indicó al formular el reparo, la sentencia principal y complementaria son decisiones *citra petita*. Esto significa que la Delegatura cometió un defecto procedimental absoluto por infringir el principio de congruencia (Art. 281 del CGP), al no haber

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2018.

resuelto expresamente las excepciones de mérito planteadas por la demandada. **El Despacho no resolvió de fondo las excepciones de mérito que se oponían a las condenas impuestas, profiriendo una sentencia en contra del doctor Mauricio Suárez sin haber resuelto sus medios de defensa cuando ha debido hacerlo obligatoriamente.** La infracción del principio de congruencia es grave, pues atenta directamente contra el derecho al debido proceso y produce un defecto procesal susceptible de alegarse incluso en casación.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que es deber del juez abordar la resolución de las excepciones al momento de proferir sentencia. Veamos:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido "y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugerión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen" ²¹

En estos eventos, no abordar la resolución de excepciones como lo ordena la ley, según lo dicho por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se produce una

²¹ (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830). Sentencia de 11 de junio de 2001. Magistrado Ponente Doctor Manuel Ardila Velásquez.

afectación del principio de congruencia se configura la causal de casación del numeral 3 del artículo 336 del CGP. Esta causal aparece por: “(...) 3. **No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio** (...)”. Conforme a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, esto ocurre, por ejemplo, cuando se profiere un fallo que resulta *extra petita*, *ultra petita* o *citra petita*. Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“(...) de presentarse esa irregularidad en la decisión de segundo grado, ha de ponerse de manifiesto a través de la causal contemplada en el numeral 3º ídem, la cual, se refiere a los casos en que: «el juzgador decide el caso por fuera de las pretensiones o excepciones probadas en el caso (extra petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (citra petita). También se configura cuando la sentencia no guarda correlación con las ‘afirmaciones formuladas por las partes’, puesto que es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas. Y se ha reconocido, asimismo, que la incongruencia como causal de casación se da en los eventos en los que se presenta ‘una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso’». (AC280-2021, 8 Feb, Rad. 2013-00031-02).”²²

Esta es, entonces, una causal que invalida la sentencia por infracción al debido proceso. En nuestro caso, el Despacho dejó de resolver las excepciones de mérito que se oponían a la condena impuesta, cuando ha debido resolverlas expresamente. Por ejemplo, en relación con la denominada “*apropiación indebida de recursos sociales*”, se plantearon como excepciones de mérito las siguientes:

- “*Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva frente a la supuesta apropiación de recursos del Dr. Suárez mediante el sistema de Compensación Flexible*” (Numeral 4.1. de la contestación a demanda).
- “*Inexistencia de infracciones imputables al Dr. Suárez relacionadas con la apropiación de recursos sociales mediante el sistema de Compensación Flexible*” (Numeral 4.2.2. de la contestación a demanda).

²² Auto No. AC5102-2021. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Magistrada Ponente, doctora Hilda González Neira.

- “*Infracción de Carbosan del principio prohibitivo venire contra factum proprium non valet*” (Numeral 4.3. de la contestación a demanda).
- “*Prescripción y caducidad de los derechos formulados con la demanda*” (Numeral 4.5 de la contestación a demanda).

Ninguno de los anteriores medios defensivos contó con un pronunciamiento concreto dentro de la parte motiva y resolutive de la sentencia, salvo el pronunciamiento relativo el reconocimiento de la excepción de mérito de prescripción extintiva, que fue acogida parcialmente en la sentencia. Es decir, no hubo pronunciamiento sobre 3 de los 4 medios de defensa planteados en la contestación a demanda.

Por su parte, en contra de la denominada “*extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR*” se plantearon como excepciones de mérito las siguientes:

- “*Legalidad de las actuaciones del Dr. Mauricio Suárez como exadministrador de Carbosan y conformidad con la regla de buen juicio empresarial*” (Numeral 4.2. de la contestación a demanda).
- “*Inexistencia de infracciones imputables al Dr. Suárez relacionadas con la implementación de ajustes tarifarios en el contexto del contrato entre Carbosan Ltda. y CNR SAS*” (Numeral 4.2.3. de la contestación a demanda).
- “*Infracción de Carbosan del principio prohibitivo venire contra factum proprium non valet*” (Numeral 4.3. de la contestación a demanda).

Al igual que con las primeras, tampoco hubo pronunciamiento del Despacho en relación con estas últimas excepciones de mérito. En este caso, las 3 excepciones de mérito no fueron resueltas de forma expresa, lo que evidencia que la sentencia es *citra petita*.

Aunque se solicitó la aclaración y adición de la sentencia principal, ninguno de estos medios de defensa fue resuelto por el Despacho en la sentencia complementaria. En la sentencia principal y en la complementaria, el Despacho no hizo un pronunciamiento expreso en la parte considerativa sobre las excepciones formuladas que se oponían a las pretensiones de la demanda. Tampoco se incluyó una resolución concreta de las excepciones de mérito en la parte resolutive de la sentencia principal y su adición fue

negada en la complementaria. Es decir, no se procedió a “*estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen*” la acción, cuando la Delegatura ha debido hacerlo.

Esta omisión del Despacho constituye un grave defecto procedimental por infracción del principio de congruencia. De tal forma, como parte de la resolución del recurso de apelación, deberá cumplirse lo indicado en el artículo 287 de CGP, el cual contempla que “(...) *[e]l juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria. (...)*”. Al haberse apelado la sentencia, la afectación del principio de congruencia debe ser un aspecto central que deberá abordar y resolver el Tribunal en el trámite de recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 287 del CGP y los reparos formulados con la apelación, resolviendo de fondo las excepciones de mérito formuladas en la contestación a la demanda, las cuales se oponen a las condenas impuestas injustamente al doctor Mauricio Suárez.

Por lo tanto, solicito comedidamente al Tribunal remediar este defecto *citra petita* y complementar la sentencia decidiendo sobre todos los medios exceptivos planteados por la parte demandada. De lo contrario, estaríamos frente a un vicio que afecta la sentencia y habilita acudir ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede extraordinaria de casación por afectación directa de la regla de congruencia (Art. 287 del CGP).

4.4. Defecto sustantivo por omisión de las excepciones de mérito que refutaban la supuesta “*utilización ilegítima del esquema de compensación flexible*”.

Como se expresó al formular el reparo, en este caso hubo un defecto sustantivo por omisión de la aplicación de los fundamentos jurídicos de las excepciones de mérito formuladas²³, las cuales refutaban la demanda y se oponían a la condena impuesta en la sentencia al doctor Mauricio Suárez. En lo que concierne a la supuesta “*utilización ilegítima del esquema de compensación flexible*”, al no haberse resuelto las excepciones de mérito propuestas en la contestación a demanda y los alegatos de conclusión, el Despacho cometió un defecto sustantivo.

²³ Corte Constitucional. Sentencia SU-453 de 2019: El defecto sustantivo se produce cuando “(...) *[l]a autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica (...)*”

En primer lugar, con la excepción de mérito de *“Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva frente a la supuesta apropiación de recursos del Dr. Suárez mediante el sistema de Compensación Flexible”*, se planteó que Carbosan carece de legitimación en la causa para reclamar la supuesta *“utilización ilegítima del esquema de compensación flexible”*. Esto conllevaba la imposibilidad de demandar la devolución de ninguna suma de dinero en tanto que los pagos percibidos se producían en virtud del esquema laboral de Mauricio Suárez y la forma cómo se aplicaba al interior de la organización. Al no haber sido resuelta esta excepción, la sentencia adolece de uno de los presupuestos base como es la legitimación en la causa por activa, la cual debió verificarse al momento de dictar sentencia. De haberse resuelto la excepción formulada, las pretensiones de Carbosan sobre este aspecto habrían sido desestimadas, ya que la legitimación en la causa es un presupuesto formal y material que, de no acreditarse, trunca el ejercicio del derecho de acción, en este caso, de quien demanda.

El mismo defecto sustantivo se produjo por la falta de resolución de las excepciones de mérito de *“Inexistencia de infracciones imputables al Dr. Suárez relacionadas con la apropiación de recursos sociales mediante el sistema de Compensación Flexible”* e *“Infracción de Carbosan del principio prohibitivo venire contra factum proprium non valet”*. Con estas excepciones se cuestionaron los hechos de la demanda y la conducta de Carbosan, siguiendo las reglas en materia del principio de buena fe y la teoría de los actos propios. Si la Delegatura hubiera examinado estas excepciones hubiera podido concluir que los pagos efectuados por Carbosan guardan armonía con la conducta previa y pacífica que esa sociedad y la organización del grupo empresarial comandado por la Sociedad Portuaria de Santa Marta aplicaba para compensar a sus altos directivos.

Con base en esto, se alegó la aplicación del principio prohibitivo *venire contra factum proprium non valet* que excluía la posibilidad de imponer al doctor Mauricio Suárez condena alguna sobre dineros válidamente percibidos, los cuales eran fiscalizados por la misma Carbosan y los entes corporativos de su controlante. Con dicha excepción se refutaban las pretensiones de la demanda, pues las sumas percibidas por el doctor Mauricio Suárez fueron recibidas conforme al sistema de compensación derivado de su vínculo laboral, que le era aplicable dentro de la estructura empresarial de la que es parte Carbosan con su sociedad matriz, la Sociedad Portuaria de Santa Marta. Sin embargo, dicho medio de defensa no fue examinado de forma concreta por el Despacho, lo que

produjo que la sentencia fuera *citra petita* y desconociera la defensa del demandado que se oponía a la pretensión de Carbosan.

Los argumentos de defensa planteados con las excepciones de mérito fueron ignorados por el Despacho, quien guardó silencio frente a ellos a pesar de que eran determinantes para la resolución de este cargo. El Despacho estaba en el deber legal de emitir un pronunciamiento concreto, pero no lo hizo. Por eso, de haberse pronunciado sobre las excepciones de mérito formuladas, hubiera denegado las pretensiones de la demanda, ya que estas se dirigían a cuestionar, concretamente, aspectos esenciales de la pretensión, como era la falta de legitimación en la causa o la aplicación de la doctrina de los actos propios para no condenar al demandado.

Precisamente, en torno a esto último, **la jurisprudencia ha establecido que la doctrina de los actos propios es una expresión del principio de buena fe que debe gobernar todos los comportamientos sociales**. Como lo ha establecido la jurisprudencia:

“(...) [e]n virtud de la buena fe objetiva existe el deber de comportarse en forma coherente, de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros en el sentido de que dicho comportamiento se mantendrá –expectativa legítima-, deber cuyo incumplimiento o desatención puede dar origen a consecuencias de diversa naturaleza, tales como la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio, o, en su caso, la reparación de los daños causados por la infracción del deber jurídico en esos términos asumido y por la vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada (...)”²⁴

En este caso se cumplían todos los elementos requeridos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, los cuales no fueron tenidos en cuenta y ni siquiera fueron examinados por la Delegatura.

De un lado, existieron *“conductas anteriores relevantes y eficaces”* entre la Sociedad Portuaria de Santa Marta, Carbosan y el doctor Mauricio Suárez y otros altos directores de la Compañía, tendientes aplicar desde el año 2002 un esquema de compensación

²⁴ Sentencia SC5288-2021, cita la sentencia CSJ SC10326-2014 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

flexible en la organización, para efectos de planeación y eficiencia tributaria. Estas conductas concluyeron positivamente en pagos a los funcionarios de la organización por medio de la presentación de cuentas de cobro o facturas de terceros; sistema que estaba implementado incluso desde antes de ingresar el doctor Mauricio Suárez a la Compañía. Este sistema de compensación contaba con los controles corporativos existentes en la organización, por lo tanto, su fiscalización era avalada por distintos órganos de control como la auditoría interna o el área financiera y contable de la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan.

Con esta conducta desplegada al interior de la organización se tuvo una “*expectativa legítima*” de estar percibiendo en debida forma los pagos realizados al doctor Mauricio Suárez Ramírez. Para el doctor Mauricio Suárez era legítimo tener la expectativa de la correcta aplicación de los pagos, cuando la organización por completo tenía control sobre la aplicación del esquema de compensación flexible.

Cómo pudo establecer el perito José Guevara, el sistema de compensación flexible era objeto de auditoría corporativa por parte del auditor de la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan. Del mismo modo, el control y seguimiento del sistema de compensación flexible hacía parte de la actividad desarrollada por el área de gestión humana y era de conocimiento de la administración y de la revisoría fiscal, tal y como se pudo establecer con los cuadros de control que llevaban los encargados de efectuar seguimiento al sistema de compensación que hacen parte de los anexos del dictamen pericial. Lo anterior fue reafirmado por la doctora Luisa Aaron y el señor Ernesto Forero en su testimonio, quien afirmó que el sistema de compensación flexible “*pasaba por tres departamentos: financiera, gestión humana y control interno*”²⁵.

Por lo tanto, con la demanda interpuesta por Carbosan, esta no cumplió con esta “*expectativa legítima*” al reclamar indebidamente los pagos que se le realizaron al doctor Mauricio Suárez dentro del esquema de compensación flexible. Con dicha conducta contraria a los actos previos y pacíficos de Carbosan, se generó “*la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión*” de resarcimiento de daños y perjuicios, pues estos no se produjeron, es decir: **la solución del caso era la negación de una condena.**

²⁵ Audiencia del 10 de febrero de 2021. (05:08:50).

En otras palabras, la aplicación de la teoría de los actos propios producía una imposibilidad de condenar al doctor Mauricio Suárez para que reintegre las sumas percibidas válidamente dentro de su esquema remuneratorio, por la “*vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada*”.

En consecuencia, aplicando la teoría de los actos propios, es falso que haya habido apropiación de recursos sociales del doctor Mauricio Suárez como lo determinó la Delegatura. Como se indicó, en virtud del sistema de compensación flexible adoptado de la Sociedad Portuaria de Santa Marta, empleador del doctor Mauricio Suárez y controlante de Carbosan, este percibía parte de su salario y bonificaciones por vía de la presentación de cuentas de cobro y facturas por cuentas de terceros, contándose para ello con múltiples controles corporativos al interior de la organización.

Ninguno de los controles de la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan dieron como resultado alguna clase de apropiación indebida de recursos. Todo lo contrario. Según pudo establecer el perito José Guevara, no hubo decisiones del área de auditoría que cuestionara la ejecución del sistema de compensación flexible en Sociedad Portuaria de Santa Marta o Carbosan y, mucho menos, encontró evidencia que indicara una apropiación de recursos por parte del doctor Mauricio Suárez a través de ese sistema. Esto desvirtúa lo señalado por la Delegatura, ya que los pagos realizados no estaban prohibidos en Carbosan: por el contrario, se realizaban contando con todos los controles corporativos del grupo empresarial de Sociedad Portuaria de Santa Marta.

En realidad, los recursos que fueron debidamente devengados durante la vinculación del doctor Mauricio Suarez con las compañías correspondían a su salario y bonificaciones legales, debido a que se trataba de un sistema de desalarización, creándose así la “*expectativa legítima*” que justifica la aplicación de la teoría de los actos propios.

Debemos recordar que, conforme al artículo 264 del CGP “*al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros*”. Por tanto, las alegaciones con las que Carbosan cuestionó los pagos efectuados y alegó la supuesta apropiación de recursos sociales desconoce que no existe prueba que demuestre alguna clase de reparo o cuestionamiento a la aplicación del sistema de compensación flexible. Precisamente, los libros sociales apuntan a la aceptación de todas las operaciones, ya que existen registros contables del esquema de compensación flexible, cuadros de seguimiento y soportes, tal y como lo pudo establecer el perito José Guevara en su dictamen.

De tal forma, las pruebas demuestran que la conducta de Carbosan dentro de la estructura de la Sociedad Portuaria de Santa Marta era la de aplicar en sus órganos corporativos el esquema de compensación flexible con el cual percibió parte de su remuneración el doctor Mauricio Suárez. Esto puede constatare con los cuadros de control y seguimiento que Carbosan y la Sociedad Portuaria de Santa Marta entregaron al perito José Guevara, los cuales están como anexos de su dictamen.

Por último, debemos reiterar que no es posible apoyarse de ningún modo en lo consignado en los denominados “*informes*” de “Kroll”, por los motivos indicados en el primer reparo. Como se mencionó antes, la Delegatura omitió decir que dicho informe como él mismo lo señala no tiene valor probatorio, por cuanto no constituye concepto contable, legal o financiero y las afirmaciones que allí están consignadas “*no fueron corroboradas*”.

Por lo tanto, no existe medio de prueba con el que la demandante demuestre sus alegaciones. Es decir, Carbosan no probó su dicho y por el contrario este fue refutado. Todas las afirmaciones sobre la supuesta apropiación de recursos son falsas y meras elucubraciones carentes de prueba que en nada refutan una verdad probada que debió reconocer la Delegatura, pero no lo hizo: que en la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan existía un sistema de compensación flexible y que, en virtud de él, no hubo reparo alguno al doctor Mauricio Suárez por la supuesta apropiación de recursos sociales. **De ahí que no pueda admitirse, de ningún modo, que Carbosan desconozca sus propios actos y los de la organización misma de la que hacía parte, para reclamar el reembolso de dineros percibidos correctamente por el doctor Mauricio Suárez.**

4.5. Defecto factico positivo por la apreciación de pruebas ilícitas en la resolución de la supuesta “*utilización ilegítima del esquema de compensación flexible*”.

El Despacho cometió un defecto factico al haber apoyado su sentencia en medios de prueba ilícitos²⁶. En la sentencia, el Despacho concluyó que: “(...) *[d]e conformidad con*

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-062 de 2018: “(...) **el defecto fáctico tiene una dimensión negativa y otra positiva. La dimensión negativa se configura cuando el juez (i) niega una prueba; (ii) no se valora una prueba o se valora de manera arbitraria, irracional o caprichosa u (iii) omite por completo la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados o determinante en el desenlace del proceso. La dimensión positiva se configura, en cambio, (i) cuando el juez admite pruebas que no ha debido admitir ni valorar, por ejemplo, por tratarse de pruebas ilícitas o (ii) cuando el juez decide conforme**

el dictamen pericial aportado por la parte demandante, los perjuicios asociados a la utilización ilegítima del esquema de compensación flexible son equivalentes a \$394.448.271 (...). Sobre esta premisa examinó la prescripción de los daños. No obstante, al haber utilizado como base de su decisión un dictamen pericial que adolece de ilicitud, la resolución de la supuesta “*utilización ilegítima del esquema de compensación flexible*” constituye un defecto factico.

Como se expresó en el segundo reparo, el dictamen pericial aportado por Carbosan es ilícito desde su decreto por estar precedido de falsa motivación. Además, su práctica se realizó con desconocimiento de normas imperativas. Tanto uno como otro aspecto conducen a la ilicitud de la prueba de daños y perjuicios aportada por Carbosan, por ende, esta no podía ser tenida como base de la sentencia para imponer una condena. Además, como se explicó al desarrollar dicho reparo, el dictamen aportado por Carbosan carece de los soportes necesarios para afincar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez, pues únicamente se apoyó en los soportes excluidos del dictamen inicial aportado por Carbosan.

Todo esto significa que dicha prueba pericial decretada de oficio por la Delegatura no podía servir de base para imponer ninguna condena. En casos como este, la jurisprudencia enseña que el defecto factico positivo se produce “*(...) (i) cuando el juez admite pruebas que no ha debido admitir ni valorar, por ejemplo, por tratarse de pruebas ilícitas (...)*”²⁷, tal y como ocurrió en este caso. Por lo tanto, la demanda debió ser desestimada, pues “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso). Por lo que, así visto, se puede concluir que, el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil*”²⁸.

Como consecuencia de lo anterior, **solicito** al Tribunal **revocar** la decisión adoptada por la Delegatura de imponer una condena parcial en contra del demandado, por haberse apoyado indebidamente la condena en un dictamen pericial de daños y perjuicios ilícito, incompleto y carente de rigor y sustento.

a elementos probatorios que, por disposición de la ley, no conducen a demostrar el hecho sobre el cual se fundamenta la decisión. (...)”

²⁷ Ídem.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2018.

4.6. Defecto factico negativo por omisión de valoración y desconocimiento de pruebas de refutación en la resolución de la supuesta *“utilización ilegítima del esquema de compensación flexible”*.

Como se indicó al formular el reparo concreto, la sentencia adolece también de un defecto factico negativo por falta de valoración de los medios de prueba que refutaban las pretensiones de la demanda acerca de la supuesta *“utilización ilegítima del esquema de compensación flexible”*. La Delegatura no valoró que conforme al sistema de compensación flexible adoptado por Sociedad Portuaria de Santa Marta, aplicable en Carbosan por el contrato de *back office*, el doctor Mauricio Suárez percibía parte de su salario y bonificaciones por vía de la presentación de cuentas de cobro y facturas por cuentas de terceros, aspectos sobre los cuales versó el dictamen pericial del perito José Guevara. Con dicha omisión la Delegatura cometió un defecto factico al haber omitido *“(…) por completo la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados o determinante en el desenlace del proceso (…)”*.

Así, la Delegatura no valoró los hallazgos y conclusiones del perito José Guevara, quien en su dictamen pericial pudo establecer que el sistema de compensación flexible del que los altos ejecutivos del grupo empresarial de Sociedad Portuaria de Santa Marta hacían uso, como dijimos antes, consistía en la presentación de facturas o cuentas de terceros, todo lo cual era sujeto de los controles corporativos de la organización.

La Delegatura también pasó por alto la existencia de todos los controles corporativos que tuvieron estas operaciones, las cuales no tuvieron reparo alguno de parte de Carbosan o de la Sociedad Portuaria de Santa Marta, cuestión que tenía completa incidencia en la aplicación de la teoría de los actos propios que la Delegatura ignoró. Justamente, no hay evidencia alguna que demuestre la existencia de cuestionamientos por parte de los controles corporativos al interior de la organización. Por eso se entiende cómo la Delegatura simplemente ignoró que los presupuestos y los estados financieros de Carbosan siempre fueron aprobados por parte de la Junta Directiva sin ningún reparo al respecto. La Delegatura tampoco tuvo en cuenta que los órganos de control interno y externo como la revisoría fiscal, no dejaron o expresaron salvedades o cuestionamientos a los pagos que recibió el doctor Mauricio Suárez, correspondientes a su esquema salarial y de bonificaciones, y aun así decidió condenarlo, cuando ha debido, en su lugar, aplicar la teoría de los actos propios.

Según pudo establecer el perito José Guevara, cuyo dictamen no valoró la Delegatura, no se encontraron decisiones del área de auditoría, contabilidad o revisoría fiscal que cuestionara la ejecución del sistema de compensación flexible en la Sociedad Portuaria de Santa Marta o Carbosan. Por el contrario, esta era una actividad que estaba asignada a las áreas de auditoría y gestión humana, en las cuales no se encontró reporte negativo alguno frente al doctor Mauricio Suárez. Así lo demuestran los cuadros de control entregados al perito por la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan. El perito tampoco encontró alguna otra evidencia que sugiriera una apropiación indebida de recursos sociales por el doctor Mauricio Suárez a través de ese sistema, como equivocadamente lo decidió la Delegatura.

En consecuencia, este defecto negativo fue protuberante porque, de un lado, la Delegatura omitió valorar medios de prueba relacionados con las excepciones formuladas por el doctor Mauricio Suárez. Y del otro, de haber valorados el dictamen pericial elaborado por el perito José Guevara, así como los anexos de este, hubiera podido concluir que el reclamo formulado al doctor Mauricio Suárez no era viable, sino que lo que correspondía era aplicar la teoría de los actos propios y negar la demanda de Carbosan.

Como la decisión de la Delegatura de condenar civilmente al doctor Mauricio Suárez la adoptó sin haber valorado las pruebas que demostraban que los dineros percibidos eran justificados, se produjo un defecto factico negativo por omisión de valoración probatoria, al haberse omitido *“(...) por completo la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados o determinante en el desenlace del proceso (...)”*. En consecuencia, solicito al Tribunal revocar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez.

4.7. Defecto factico por incorrecta valoración probatoria en la resolución del cargo por la supuesta *“utilización ilegítima del esquema de compensación flexible”*.

Como se indicó con la formulación de los reparos, la Delegatura incurrió también en un defecto factico por falso raciocinio. En la sentencia, concluyó que el contrato de *back office* existente con Sociedad Portuaria de Santa Marta SA, excluía la posibilidad de aplicar en Carbosan el sistema de compensación flexible del que era beneficiario el doctor Mauricio Suárez. Tamaña conclusión es totalmente contraevidente y se opone a

lo que realmente demostraba esa prueba, con conjunto con las demás evidencias disponibles en el proceso.

La Delegatura expuso que “(...) *la presentación de facturas y/o comprobantes a instancia de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. resulta ser a todas luces ilegítima pues esta, según se estableció, únicamente tenía por obligación pagar una suma fija mensual a favor de SPSM S.A. por los servicios de administración integral (...)*”. No obstante, esa conclusión se opone a lo que demostraba realmente el contrato de *back office*.

En verdad, si se examina el contenido del contrato de *back office* que obra, entre otros, en los anexos del dictamen del perito José Guevara, este acreditaba a) que la actividad administrativa de Carbosan era prestada por medio del equipo corporativo de Sociedad Portuaria de Santa Marta SA y b) esto incluía la Gerencia. De tal forma, el contrato de *back office* no excluía la posibilidad de aplicar el esquema de compensación previsto. Esa conclusión no se desprende del contrato. Por el contrario, como se dijo antes, en aplicación de la teoría de los actos propios, al contemplarse que la actividad administrativa y de gerencia de Carbosan sería realizada por el *staff* corporativo de la Sociedad Portuaria de Santa Marta, como matriz de Carbosan, el sistema de compensación que pudiera aplicarse a estos directores permanecía vigente y así se aplicó sin que hubiera reparo o cuestionamiento alguno por ninguno de los controles al interior de la organización.

Aunque la Delegatura afirmó que el argumento de la teoría de los actos propios no fue acreditado, esto lo refutamos en los reparos anteriores, ya que lo cierto es que en la sentencia no fueron valorados los medios de prueba que acreditaban ese medio de defensa. En la sentencia no fueron ni siquiera tenidos en cuenta los medios de prueba que demostraban que, al interior de la organización de la Sociedad Portuaria de Santa Marta y Carbosan, en virtud del contrato de *back office*, jamás existió ninguna clase de: a) reparo, b) cuestionamiento o c) salvedad frente a los pagos realizados al doctor Mauricio Suarez y a los demás funcionarios que prestaban su servicio a Carbosan, dentro de su esquema de compensación. Esto es así porque todos los pagos recibidos fueron válidos y estaban plenamente fiscalizados y justificados al interior de la organización. Por lo tanto, de haberse valorado en conjunto las pruebas disponibles, en particular, el contrato de *back office* con la conducta desplegada por Carbosan, se hubiera podido concluir la aplicación de la teoría de los actos propios.

Justamente, de haberse producido alguna irregularidad como equivocadamente lo afirmó Carbosan, ésta hubiera aportado evidencia de los auditores internos, directores de gestión humana o revisores fiscales que pusieran en evidencia reparos al pago de los recursos percibidos por el doctor Mauricio Suárez. No obstante, no existe ninguna evidencia proveniente de los órganos de control y fiscalización internos y externos de Carbosan que demuestre irregularidad alguna. Por el contrario, como se indicó antes, las pruebas disponibles en el expediente demuestran que la aplicación del sistema de compensación flexible dentro de la organización era algo habitual y de modo alguno resultaba extraño, extraordinario, irregular o injustificado para la organización, lo cual se veía reforzado por la existencia de un contrato de *back office*, en virtud del cual la Sociedad Portuaria de Santa Marta prestaba servicios de administración a Carbosan.

No es cierto entonces como lo afirmó la Delegatura que el contrato de *back office* y los estatutos de Carbosan no permitían aplicar el esquema de compensación flexible. Todo lo contrario. Los medios de prueba disponibles, en particular, el dictamen pericial del perito José Guevara y la prueba indiciaria de la inexistencia de ningún cuestionamiento al interior de la organización, lo que demuestra es que la conducta de Carbosan estaba dirigida a aplicar el esquema de compensación flexible sin reparo corporativo alguno. De no haber sido así, se habría levantado algún cuestionamiento a su aplicación en alguno de los más de 10 años que reclamó Carbosan y se habría aportado prueba de ello. Sin embargo, ningún reparo existió, porque no había cuestionamiento que hacer a un esquema de planeación y eficiencia tributaria aplicado dentro de la organización empresarial en Carbosan, entre otras cosas, en virtud del contrato de *back office*.

Como la decisión de la Delegatura de condenar civilmente al doctor Mauricio Suárez la adoptó sin haber valorado las pruebas que demostraban que los dineros percibidos eran justificados, se produjo un defecto factico negativo por omisión de valoración probatoria, porque se valoró de manera arbitraria, irracional o caprichosa la evidencia disponible. En consecuencia, solicito al Tribunal revocar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez.

4.8. Indebida motivación y tergiversación de la posición de la demandada en contra de la supuesta “extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.”.

Como se indicó al formular el reparo, la Delegatura cometió un grave defecto por **falsa motivación de la sentencia**, al tergiversar y retorcer la defensa de la demandada frente a la supuesta “*extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.*”. La posición de la demandada que fue consignada en la parte considerativa de la sentencia no concuerda, en lo absoluto, con las excepciones de mérito, los argumentos jurídicos, los medios de prueba y los alegatos de conclusión de la demandada. En pocas palabras: **la Delegatura se inventó una postura defensiva** que jamás fue alegada ni planteada como se afirma en la sentencia, quizás, para “justificar” una desorbitada condena.

Como se dijo al solicitar la aclaración y adición de la sentencia, erróneamente, se incluyó como defensa de la parte demandada lo siguiente (Pág. 14):

“(…) El demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones en relación a la supuesta extralimitación de funciones por cuenta de la implementación del “Proyecto Murray”. Como fundamento indicó, en primer lugar, que el análisis realizado en cuanto al límite estatutario de 100 SMLMV no tuvo en cuenta la tasa de cambio correspondiente a operaciones en moneda extranjera.

De otra parte, el señor Suárez Ramírez argumentó que la información presentada a la junta directiva de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. consistió en un acto de diligencia para mantener informado al mencionado órgano de administración y no para procurar la ratificación de la operación objeto de controversia.

En todo caso, manifestó que la información puesta a consideración de la junta directiva siempre fue completa, detallada y contenía una exposición de diferentes alternativas para su implementación, además, resaltó que la junta directiva de la compañía nunca se opuso o presentó reparo alguno a las exposiciones realizadas. (...)”.

Sin embargo, esa “**síntesis**” formulada por la Delegatura para “sustentar” su **sentencia no es cierta, es imprecisa e incompleta**. En la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión orales y escritos no se alegó lo que dice que se dijo frente “*la tasa de cambio correspondiente a operaciones en moneda extranjera*”. Tampoco es cierto que se hubiera alegado únicamente el cumplimiento del deber de información, cuando, en realidad, siempre se planteó y demostró que la Junta Directiva de Carbosan impartió las aprobaciones y ratificaciones requeridas, como aparece en Actas.

Además, en el proceso consta cómo se alegó que la Junta Directiva ratificó expresamente el diferencial tarifario de todas las fases del denominado “Proyecto Murray”, lo que fue conocido al interior de Carbosan como la *“apuesta”*. Se expuso como la Junta Directiva permanecía informada y deliberaba constantemente sobre el Proyecto: es por eso por lo que ratificó cada una de las fases de implementación y dio instrucciones precisas durante lo corrido del año 2016. De ahí que no se entiende por qué se indicó en la sentencia que la conducta del doctor Mauricio Suárez no buscaba *“procurar la ratificación de la operación objeto de controversia”*, cuando justamente ocurrió todo lo contrario: la ratificación del proyecto se procuró como debía hacerse y obtuvo el estudio y voto favorable por unanimidad de la Junta Directiva de Carbosan.

Realmente no se comprende de dónde extrajo la Delegatura lo afirmado en la sentencia como *“posición de la demandada”*. Tamaña tergiversación es grave y reprochable, pues con eso se alteró en un todo el razonamiento empleado y la valoración probatoria aplicada en la sentencia. De un lado, la Delegatura no se ocupó de verificar los verdaderos argumentos y medios de defensa alegados. Y del otro, examinó una posición diferente que no fue alegada jamás por la demandada como lo afirma la Delegatura.

Con esa conducta, se cometió una grave infracción del principio de congruencia. Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, este yerro, que constituye causal de casación, *“(…) se configura cuando la sentencia no guarda correlación con las ‘afirmaciones formuladas por las partes’, puesto que es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas. (...)* Por ello, en la resolución de los reparos siguientes, el Tribunal deberá ocuparse de examinar lo que no hizo la Delegatura, que es denegar las pretensiones de la demanda por falta de completa razón jurídica.

4.9. Defecto sustantivo por omisión de las excepciones de mérito que refutaban la supuesta *“extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.”.*

En este caso, al igual que ocurrió con la condena por supuesta apropiación de recursos sociales se produjo también un defecto sustantivo por omisión de la aplicación de los fundamentos jurídicos de las excepciones de mérito que se oponían a la condena impuesta en la sentencia al doctor Mauricio Suárez por la supuesta *“extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.”*.

Al no haber resuelto las excepciones de mérito propuestas en la contestación a demanda y los alegatos de conclusión que se oponían a este cargo, la Delegatura cometió un defecto sustantivo. En especial, porque dejó de aplicar una regla sustantiva especial como la de la deferencia de la discrecionalidad empresarial, que exoneraba de responsabilidad al doctor Mauricio Suárez. Como lo expresó la Corte Constitucional en cita realizada antes, el defecto sustantivo se produce cuando ***“(...) [l]a autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica (...)”***. Este se configuró por el hecho de que la Delegatura realizó una interpretación contraria a ***“los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”***.

En este caso, los argumentos de defensa planteados con las excepciones de mérito fueron ignorados por la Delegatura, quien guardó un sospechoso silencio frente a la aplicación de la regla, a pesar de que era determinante para la resolución de este cargo y exoneración del doctor Mauricio Suárez. La Delegatura ha debido emitir un pronunciamiento concreto, pero no lo hizo. Por ello, en la resolución de los reparos siguientes, el Tribunal deberá ocuparse de examinar lo que no hizo la Delegatura, que es denegar las pretensiones de la demanda por falta de completa razón jurídica, es especial, porque ha debido aplicar en la resolución de este cargo la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial (*bussiness judgement rule*).

4.10. Defecto sustantivo por inaplicación de la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial (*bussiness judgement rule*).

Como se alegó desde la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, las aprobaciones impartidas al “Proyecto Murray”, incluyendo la decisión de realizar ajustes tarifarios por los cuales incomprensiblemente la Delegatura impuso una desorbitada condena al doctor Mauricio Suárez, son decisiones de negocios protegidas por la **regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial o *bussiness judgement rule***, al haber sido adoptadas válidamente por la Junta Directiva de Carbosan.

La Delegatura cometió un defecto sustantivo al no haber aplicado esta regla que implicaba la absolución del doctor Mauricio Suárez, por una decisión de negocios avalada por la Junta Directiva de Carbosan.

4.10.1. Aspectos generales de la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial aplicables a este caso.

Como se alegó en el curso del proceso, esta regla “(...) contiene una presunción en el sentido de que en toda decisión de negocios adoptada por un administrador, se cumplieron los deberes fiduciarios o de confianza. ***Siempre que dicha presunción no se logre rebatir, los jueces no podrán cuestionar tales decisiones y, por tanto, los administradores no podrán ser declarados civilmente responsables (...)***”. Con esta regla se protegen las decisiones de negocios que han sido debidamente informadas y adoptadas en debida forma dentro de un proceso deliberatorio, como ocurrió en este caso. Con la aplicación de esta regla se exonera de responsabilidad a los administradores que hayan intervenido en la toma de esas decisiones de negocios.

A su vez, como lo ha señalado la doctrina más especializada: “(...) Los administradores deben actuar de acuerdo con el deber de cuidado; sin embargo, la business judgment rule presume que sus decisiones de negocios cumplen con dicha exigencia o estándar. Usualmente, a menos que el administrador haya actuado fraudulentamente, con culpa grave, o contrariando la ley o el deber de lealtad, no será responsable por incumplimientos al deber de cuidado. ***Así las cosas, en muy pocos casos los administradores son declarados civilmente responsables por contrariar dicho deber. (...)***”²⁹

También, relacionado con la regla de deferencia, sobre el deber de gestión, se ha expresado que “***la obligación de gestionar la empresa es de medio y no de resultado, de manera que el administrador no está obligado a conseguir resultados exitosos para la empresa. En su labor de gestión, el administrador deberá emplear el debido cuidado y diligencia, acudiendo a todos los medios lícitos que se encuentren a su alcance para la consecución del objeto social.***”³⁰

Frente a la información necesaria para la toma de decisiones, se debe tener en consideración el entorno de negocios que desarrolla una sociedad. Es decir, cada entorno determina el nivel de información: “***Dado que por naturaleza la información disponible para la toma de decisiones es incompleta y que la falta de certeza es una característica propia de las decisiones empresariales, para que los administradores actúen diligentemente no se les puede exigir que obtengan toda la información imaginable, a cualquier***

²⁹ Cita a Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Proceso No:2015-800-195, Sentencia 2 de mayo de 2017. (Pág. 50). Extraído de: “Deberes y Responsabilidad de los Administradores Sociales”. Felipe Suescún de Roa. Tirant lo blanch. 2021.

³⁰ Ídem.

costo, sino de hacer lo posible, sin erogaciones excesivas, por informarse adecuadamente, con la información razonablemente disponible, antes de tomar una decisión de negocios.”³¹ Por eso, para la aplicación de la regla, “no cabe postular, en todo caso, la existencia de un deber de obtención exclusivo de las informaciones imaginables”³².

De tal manera, en virtud de la BJR, los jueces no pueden enjuiciar las decisiones empresariales sino *“determinar si un administrador actuó de manera diligente y prudente, se debe examinar el proceso, es decir, cómo se llevó a cabo la toma de decisión. Se deberá analizar si el proceso que se adelantó para adoptar la decisión fue racional y si de buena fe se buscó proteger los intereses de la compañía”³³*. En conclusión, para aplicar la regla:

“Lo que importará será si la decisión fue tomada de buena fe, además de la racionalidad del proceso adelantado para llegar a ella. Es decir, lo importante será el proceso mediante el cual se llegó a la decisión, y no el resultado final de la misma”³⁴.

Finalmente, según la BJR la ratificación de un acto o negocio mientras sea informada, no haya sido provocada mediante coacción, sea realizada por parte de asociados desinteresados, no contraríen normas de orden público, ni exceda las competencias de la sociedad, será válida y estará protegida del escrutinio judicial en virtud de la BJR. Como lo ha indicado la doctrina más especializada:

“De cumplir la ratificación con las mencionadas exigencias, el juez debe concluir que los asociados comprendieron plenamente el negocio, que, en lo que a ellos respecta, están satisfechos con él y que no esperan que “el juez intervenga para salvarlos de ellos mismos.”³⁵

Como se verá, de haberse aplicado la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial como se planteó en la contestación a demanda y en los alegatos de conclusión, el doctor Mauricio Suárez no hubiera sido condenado de ninguna manera. **Con base en dicha regla, no era posible responsabilizar civilmente al doctor Mauricio**

³¹ Ídem. (Pág. 61)

³² Ídem. Holguer Fleischer, LL. M., “La business judgment rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho”. RDM, núm. 246, octubre-diciembre 2002, p.1743.” (Pág. 67)

³³ Ídem. Cita a Brehm v. Eisner, 746 A. 2d 264 (Del. 2000). (...) Greater Se. Cmty. Hosp., 353 B.R. at 339, quoted in Mann, 483 F. Supp. 2d at 915-16. (Pág. 75)

³⁴ Ídem. Cita a In re Caremark Int’l Inc. Derivative Litig., 698 A.2d 959, 967 (Del. Ch. 1996). (...) Walton v. Houlihan, Lokey, Howard & Zukin (In re United Artist Theatre Co.), 315 F.3d 217, 232 (3d Cir. 2003). (Pág. 76)

³⁵ Ídem. Cita a Rosser v. New Valley Corp., 2000 Del. Ch. LEXIS 115, at *25, 2000 WL 1206677, at *7. (Pág. 134)

Suárez por haber adoptado Carbosan una decisión de negocios en el denominado “Proyecto Murray”, cuando las determinaciones que se impartieron sobre el Proyecto, incluyendo los ajustes tarifarios, fueron decisiones debidamente informadas y ratificadas por unanimidad por la Junta Directiva de Carbosan. Como se citó antes, el juez no debe intervenir, pues *“de cumplir la ratificación con las mencionadas exigencias, el juez debe concluir que los asociados comprendieron plenamente el negocio, que, en lo que a ellos respecta, están satisfechos con él y que no esperan que “el juez intervenga para salvarlos de ellos mismos”.*

A diferencia de lo que señaló la sentencia, que desvirtuó por completo la defensa del doctor Mauricio Suárez, realmente, el denominado “Proyecto Murray” fue una decisión de negocios adoptada por Carbosan protegida por la regla de deferencia empresarial.

4.10.2. Aplicación de la regla de deferencia en relación con las decisiones del Proyecto Murray.

La Delegatura no tuvo en cuenta que la Junta Directiva de Carbosan, al decidir ratificar y aprobar un ajuste tarifario, tomó una decisión de negocios que se conoció en la empresa como la **“apuesta”** en el “Proyecto Murray”. Tampoco tuvo en cuenta el Despacho que, por decisión de la misma Junta Directiva, esa “apuesta” tuvo un alcance limitado y los términos y condiciones del proyecto, incluyendo sus ajustes tarifarios, fueron aprobados y ratificados por la Junta Directiva. Todo esto indica que no hubo daño o perjuicio que afectara a Carbosan, por las decisiones de negocios aprobadas por la Junta Directiva en el marco del “Proyecto Murray”.

Con base en las actas de la Junta Directiva de Carbosan y gracias a los testimonios rendidos por los doctores Ernesto Forero, José Ignacio Díaz Granados, Verónica Zúñiga y Luisa Aaron³⁶, se demostró que la Junta Directiva de Carbosan fue debidamente informada, deliberó e impartió las autorizaciones y ratificaciones correspondientes en relación con el denominado Proyecto Murray. Por lo tanto, la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez carece de todo asidero.

4.10.2.1. Importancia del cliente CNR/Murray para Carbosan.

³⁶ En las declaraciones rendidas en las audiencias de 10 de febrero de 2021 y 10 de marzo de 2021.

En primer lugar, se demostró la importancia del cliente CNR/Murray para la operación de Carbosan, de ahí que el proyecto tenía un importante interés para la sociedad. Son coincidentes en este punto los testimonios de Verónica Zúñiga, Luisa Aaron, Ernesto Forero y José Ignacio Díaz Granados.

Sobre el particular cabe destacar que desde el mes de agosto del año 2015, tal como consta en el Acta No. 193, la Junta Directiva fue debidamente informada por el doctor Mauricio Suarez de los acercamientos comerciales que se estaban realizando con Murray como sociedad controlante de CNR, siendo “... *Murray Energy Corp. (...) la mayor compañía privada de carbón en los Estados Unidos, con una producción de 65 millones de toneladas de carbón bituminoso de alta calidad al año*”, sobre lo cual no hubo objeción alguna de parte de la Junta Directiva.

Frente a la importancia del cliente y el “Proyecto Murray”, **Verónica Zúñiga destacó** que las condiciones de la operación: “*Era un contrato take or pay a un plazo de 10 años.*” (...) “*Era un proyecto bastante atractivo para la empresa como tal tener firmadas dos millones de toneladas take or pay*”. Por su parte, **la vicepresidente financiera, Luisa Aaron explicó** que Carbosan requería de un volumen importante para seguir operando y CNR/Murray tenía ese volumen. A su vez, resaltó que Carbosan es una compañía de volumen, pues sus costos fijos son altos, ya que hay que tener una estructura disponible en la configuración de los patios. En la medida que hubiera volumen se podían prestar mejor los servicios con los clientes. “*Se hacía, se utilizaba mucho el tema de la economía de escala*”, concluyó.

En el mismo sentido, **el doctor Ernesto Forero expresó** que para Murray el proyecto resultaba interesante por la reducción de la tarifa y para Carbosan garantizaba un cliente por el volumen de carga que eso representaba a diez años. Sobre el número de ocasiones en que las que el Proyecto fue debatido por la Junta Directiva, indicó que: “*No recuerdo cuántas veces, pero fue un proyecto que debatió bastante la Junta porque era muy importante para la Compañía, pues representaba de 30 a 35 millones de toneladas hacia el futuro*”.

Del mismo modo, **el doctor José Ignacio Díaz Granados, director de Carbosan**, fue bastante diciente con su testimonio, al afirmar en su declaración que “*Había un riesgo grande para Carbosan en la pérdida posible de ese cliente que era, como dije, estratégico para nosotros y financieramente muy importante*”.

El testimonio de la doctora Verónica Zúñiga y los doctores José Ignacio Díaz Granados y Ernesto Forero se corroboran con las Actas de Junta Directiva en las que se discutió, con suma profundidad, el proyecto Murray y la relevancia de un cliente como CNR para el futuro de Carbosan como empresa.

Al respecto, en el Acta No. 195 de enero de 2016, se dejó constancia de lo siguiente “(...) *Informó [Mauricio Suarez] que fue convocado a una reunión en las oficinas de Murray para el pasado 15 de diciembre de 2015 (...) en la que presentó el esquema operativo, así como las tarifas que podría aplicar para dicho esquema. Informó que el señor Murray, quien atendió personalmente la reunión, le gustó mucho el esquema y solicitó suscribir un memorando de entendimiento con las bases del negocio sin perjuicio de las autorizaciones a las que hubiera lugar. (...) El Presidente expresó que este es un Proyecto muy importante para Carbosán, ya que si el mismo no se logra concretar, estaría en entredicho la continuidad de la empresa, ya que quedaría operando únicamente el 1,0 MTA*” y allí mismo la Junta Directiva decide respecto al “Proyecto Murray” decidió “(...) *Autorizar a la administración para continuar con las negociaciones, la estructuración y análisis del proyecto, para lo cual designó una comisión que acompañará a la administración en el análisis del mismo, conformada por los doctores Javier Morelli y José Ignacio Díaz Granados (...)*”.

Lo anterior indica que, para la época de los hechos, años 2015 y 2016, tal y como lo refieren los testigos, CNR era un cliente estratégico de Carbosan, y la necesidad de retenerlo en vista de la posibilidad de que abandonara el puerto resultaba siendo algo crucial. **Es decir, había una causa comercial poderosa que motivaba la estructuración del “Proyecto Murray”, lo cual también confirmó el perito José María del Castillo.**

Lo anterior se constata con el Acta No. 197 de marzo de 2016 de la Junta Directiva donde se informó que para el año 2015, CNR movilizó “2.475.000” toneladas de carbón, convirtiéndose en el cliente más importante y valioso de Carbosan. En esa ocasión se advierte, de parte del doctor Mauricio Suarez sobre “... *la importancia de reaccionar ante las indicaciones de mercado las cuales fueron explicadas, y establecer unas tarifas competitivas. Manifestó que en consideración a que el Proyecto Murray sigue en estructuración, no considera prudente incluir dentro de los escenarios tarifas distintas a las que hasta ahora la Junta Directiva ha aprobado*”. De igual forma en el Acta No. 198 de marzo de 2016, se deja constancia que el doctor Mauricio Suarez “... *resaltó que ve en riesgo importante de perder a CNR como cliente, lo cual sería sumamente gravoso para Carbosan. El Presidente resaltó la importancia de presentar alternativas a Murray, con el propósito de mantener el cliente*”.

Con base en lo anterior, es claro que había un poderoso interés de Carbosan en mantener relaciones con CNR/Murray, por su importancia estratégica como cliente y así consta en Actas, en las cuales la Junta Directiva de Carbosan y sus Directores se ocuparon de deliberar ampliamente los pormenores del Proyecto e impartir las autorizaciones y ratificaciones requeridas.

4.10.2.2. La información suministrada a la Junta Directiva para la toma de decisiones fue suficiente y razonable e incluyó los riesgos de no realización del proyecto.

Asimismo, aunque la Delegatura ni siquiera lo examinó en la sentencia, quedó demostrado que la información suministrada a la Junta Directiva fue completa y suficiente y se entregó de acuerdo con las instrucciones y requerimientos que hacían los integrantes de la Junta Directiva. Se demostró que a la Junta Directiva se le presentaron diversos escenarios y matrices de riesgos que fueron tenidos en cuenta para la toma de decisiones. Riesgos tales como la imposibilidad de no llevar adelante el proyecto fueron descritos y considerados por la Junta Directiva en sus decisiones.

Así lo expresó la gerente financiera, Verónica Zúñiga de forma recurrente en su testimonio. Dijo que: *“Uy se evaluaron muchos riesgos. A la Junta se le presentó una matriz de riesgo. Entre los cuales estaba no conseguir los permisos y que no saliera el negocio.”* Al ser preguntada si la posibilidad de no obtener los permisos fue un riesgo presentado a la Junta Directiva, indicó que: *“Sí, la matriz de riesgo fue unos de los riesgos que se estaba incluyendo ahí.”*

Esto coincide con lo consignado en el Acta No. 195 en la cual se observa la deliberación inicial que se hizo frente al análisis de riesgos que concluyó con la siguiente decisión:

Luego de deliberar en relación con el Proyecto, la Junta Directiva por unanimidad resolvió:

1. Realizar un análisis integral de todos los riesgos asociados al Proyecto Murray para cada una de las etapas, así como de las medidas para mitigar tales riesgo, buscando llevar a cero la exposición al riesgo por parte de Carbosán;
2. Realizar la valoración del Proyecto, teniendo en cuenta las variables anteriores y simulando escenarios bajo, medio y bueno, así como la presentación de usos, fuentes, garantías, etc.
3. Para la contratación del transporte marítimo, debería realizarse una invitación en la que se inviten varias empresas interesadas (Impala, por ejemplo).
4. Plantear la posibilidad hacia el futuro de que el acuerdo permita aprovechar las situaciones de mejoría de las condiciones de los precios del carbón.
5. Autorizar a la administración para continuar con las negociaciones, la estructuración y análisis del Proyecto, para lo cual desingó una comisión que acompañará a la

Lo cual se profundizó en las Juntas posteriores, en las cuales se examinó la matriz de riesgos y se impartieron decisiones frente a asumir un diferencial tarifario. Por ejemplo, en el Acta No. 198 la Junta decidió por unanimidad:

Luego de deliberar en relación con lo anterior, la Junta Directiva por unanimidad autorizó al Presidente para proponer la alternativa consistente en que Murray realice el pago de USD \$7,45 por tonelada desde abril hasta que la operación marítima entre en funcionamiento, y una vez esto ocurra, Carbosán devolvería tal diferencia mediante un valor por tonelada a definir.

Al respecto, la Junta permaneció informada de los avances de las reuniones con Murray, para poder tomar decisiones sobre el Proyecto: Así se evidencia en el Acta No. 199:

b) Informe de reuniones con CNR

A continuación, el Presidente presentó a la Junta Directiva el antecedente de las conversaciones sostenidas con Murray/CNR:

El doctor Mauricio Suarez resaltó que las conversaciones se han adelantado con Jim Turner, Vicepresidente de Murray y Juan Carlos Gómez, Presidente de CNR. Informó que luego de

que Carbosán enviara su propuesta a Murray/CNR, en la cual la tarifa se mantendría en USD \$7,45 con la posibilidad de que Carbosán hiciera una devolución posterior una vez iniciara la operación marítima, el día 29 de marzo de 2016 en las horas de la tarde Jim Turner expresó que el Sr. Murray no había aceptado la propuesta de Carbosán, y pidió que se confirmara si Carbosán está dispuesto a mantener los términos del Memorando. El Presidente informó que el señor Turner le había expresado que a raíz de la manifestación de Carbosán de no aceptar las tarifas para la Fase II, había activado la estructuración de las alternativas que permitieran a CNR exportar su carbón. El Presidente expresó que las alternativas podrían ser que exporten su carbón a través de Drummond o Puerto Nuevo, y resaltó que este último pudiera tener interés en prestarle servicios a CNR en razón a las investigaciones que recientemente inició la Superintendencia de Industria y Comercio, en las cuales sostiene que Puerto Nuevo no cumple con su naturaleza de puerto de servicio público.

En consideración con lo anterior, el Presidente expresó que se ha preparado un análisis desde el punto de vista financiero y de negocio, mediante el cual se analice bajo qué circunstancia podría Carbosán mantener las tarifas para la Fase II, y de esa manera mantener a CNR como cliente, lo cual es fundamental para el futuro de Carbosán.

En la misma sesión se expuso lo que se denominó la ruta crítica del Proyecto y la matriz de riesgos. Sobre este aspecto, el doctor Ernesto Forero, vicepresidente jurídico de la época, también llamó la atención de la importancia de los riesgos ambientales del proyecto y destacó que este fue un asunto de gran importancia de la Junta Directiva para la toma de sus decisiones. Frente a los riesgos ambientales del proyecto que fueron informados a la Junta indicó que: ***“No era un tema fácil. Estaba identificado como riesgo que no dieran los permisos. Claro”***. Tanto así que se contrataron expertos para abordar este aspecto del proyecto ***“porque era un tema que era un riesgo, y entonces trataba que se hiciera con los más competentes”***. Así quedo consignado en el Acta No. 199:

A continuación, La VP Financiera Luisa Aarón presentó la matriz de riesgo del lapso entre Fase I y Fase II:

MATRIZ DE RIESGOS FASE I Y II					
RIESGOS	SITUACIONES	PROBABILIDAD DE OCURRENCIA	SEVERIDAD O IMPACTO/COSTO	FORMA MITIGACIÓN	ESTADO FRENTE AL ACUERDO FIRMADO
No tener volumen a Largo Plazo	sostenibilidad del carbón en el largo plazo	ALTA	USD 20.233.568,00	Firma contrato CNR por 10 años y renovable hasta 2033	Pendiente
Incumplimiento de Pago	Facturas Anual	BAJA	USD 1.611.000,00	Seguro de cartera - Firma del contrato	Pendiente
	ToP Anual	BAJA	USD 9.460.000,00	Seguro de cartera - Firma del contrato	Pendiente
	Parte No Amortizada Inversión	MEDIA	USD 6.000.000,00	Garantía Corporativa	Pendiente
	Diferencial Tarifa	MEDIA	USD 1.795.500,00	Garantía Real	Pendiente
Reducción de margen operacional, ingresos o no cubrir costos	Volumenes menores a los proyectados	MEDIA	Afectación margen	Contrato	firmado
	Variaciones del peso frente al dólar	ALTA	TRM piso de tarifa \$3100	Hacer coberturas cambiarias en el contrato y manejo de costos	Pendiente
Permisos	No Consecución	ALTA	USD 7.795.500,00	No es posible	firmado
	Continuando operación aplican tarifas pactadas por fases	MEDIA	USD 1.987.020,00	Regulación Contractual	firmado
	Suspensión de la Operación	MEDIA	USD 1.074.000,00	Regulación Contractual	regulación legal
	Diferencial Tarifa	MEDIA	USD 1.795.500,00	Limitación Contractual	firmado

Luego de la amplia deliberación que se dio, la Junta Directiva por unanimidad aprobó los ajustes tarifarios del “Proyecto Murray” con un tope máximo de 2 millones de dólares así:

Concluido lo anterior, luego de deliberar en relación con la presentación, la Junta Directiva por unanimidad resolvió:

1. Aprobar las tarifas para las Fases 2 y 3 del Proyecto Murray, de acuerdo con los términos del MOU suscrito en el mes de diciembre de 2015, sujeto que se acepten las modificaciones al mismo discutidas en la presente reunión y que se explican a continuación;
2. Autorizar al representante legal para proponer y suscribir el documento necesario mediante el cual se ajuste el MOU, en el sentido de incluir:
 - a. Dividir la responsabilidad de cada una de las partes (Carbosán y CNR) respecto de las actividades a su cargo para poner en funcionamiento la operación marítima en el mes de noviembre de 2016, así:
 - i. En caso de que por culpa de los permisos o actividades a cargo de Carbosán no se tenga en funcionamiento la operación marítima en el mes de noviembre, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tariario entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación, con un límite máximo de USD \$2,0 millones.

- ii. En caso de que por culpa de los permisos o actividades a cargo de CNR o SPRC no se tenga en funcionamiento la operación marítima en el mes de noviembre, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tario entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación.
 - iii. En caso de que por culpa de los permisos a cargo de Carbosán fueran negados, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tario entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación, con un límite máximo de USD \$2,0 millones.
 - iv. En caso de que por culpa de los permisos a cargo de CNR fueran negados, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tario entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación.
 - b. Proponer una cláusula que permita aumentar la tarifa ante incrementos del precio internacional del carbón.
3. Avanzar en la estructuración del contrato de colaboración con la Sociedad Portuaria de Santa Marta en la operación portuaria.

Todo esto coincide con lo que expresó el doctor José Ignacio Díaz Granados, quien, en su declaración, relató cómo fueron considerados por la Junta Directiva los distintos riesgos del proyecto. En primer lugar, indicó que: *“Las decisiones se hicieron tomando las precauciones debidas, con la intención de conservar un cliente que era importante y estratégico para la vida y la existencia de la sociedad”*. Al ser preguntado si la Junta tuvo en cuenta los riesgos del “Proyecto Murray”, respondió asertivamente que: *“Claro, por supuesto que analizábamos los riesgos de esto. De hecho, las discusiones sobre el proyecto Murray fueron muy amplias y muy profundas y muy largas” (...)* *“Por supuesto, en ese mapeo de riesgos, para cada decisión siempre la Junta Directiva tuvo en cuenta ese tipo de cosas”* Concluyendo que: *“En relación con el Proyecto Murray como lo he explicado anteriormente la junta tomó las decisiones que debiera tomar con las informaciones que le fueron puestas de presente y en aras de, digamos, conservar un cliente que era importante para Carbosán, porque era el cliente que mayor carga movilizaba y, por supuesto, mayores aportes hacía a las rentas de negocio de Carbosán. De suerte pues que durante todo el tiempo esto fue así”*. Esta cautela y previsión es evidente en el Acta No. 200 en la que la Junta siguió examinando paso a paso lo relacionado con el Proyecto. Es así como se presentó los presupuestos proyectados:

A continuación, la Vicepresidenta Financiera, Luisa Aarón, presentó a la Junta Directiva el impacto del acuerdo con Murray en el presupuesto. Recordó que actualmente se tiene aprobado un “presupuesto parcial”, ya que solo se aprobó el presupuesto hasta el mes de mayo. Aclaró que con el cierre de la negociación con Murray, el presupuesto tendría en consideración el contrato con CNR el resto del año. Explicó a continuación los supuestos del presupuesto inicial, y el revisado.

Como fruto de la deliberación de la sesión de Junta Directiva, esta impartió una nueva aprobación por unanimidad que consistió en lo siguiente:

El doctor Mauricio Suárez manifestó que el Proyecto Murray es un proyecto complejo, el cual se ha estructurado pensando en el mejor beneficio para la empresa, tratando de mitigar los riesgos y buscando sacar el mejor provecho dadas las condiciones actuales de mercado, lo cual ha sido presentado a la Junta Directiva en múltiples; sin embargo, expresó que observa que parecieran existir dudas de miembros de Junta Directiva con respecto a las bondades del Proyecto, por lo cual solicita a la Junta Directiva le indique si continúa o no estructurando y desarrollando el Proyecto, pues en este momento es posible tomar la decisión de no hacerlo sin incurrir en responsabilidades contractuales.

Luego de deliberar en relación con el Proyecto, los términos de la modificación y la fórmula de ajuste tarifario por incremento de precios al carbón, la Junta Directiva por unanimidad aprobó la modificación del Memorando de Entendimiento suscrito con Murray/CNR en los términos explicados, así como la fórmula de ajuste tarifario, con la observación de que se debía incluir una aclaración con respecto a la periodicidad en que la fórmula de ajuste aplicaría, para lo cual autorizó al Representante Legal para suscribir los documentos correspondientes.

Incluso, en dicha Acta vemos lo referido por el director Díaz Granados sobre el tope al diferencial tarifario que había aprobado la Junta Directiva por 2 millones de dólares:

El doctor José Ignacio Díaz Granados expresó que la limitante de los USD \$2,0 millones se discutió y aprobó en la reunión pasada, en la cual se analizaron los pro, los contras y los riesgos del Proyecto, luego de lo cual la Junta Directiva por unanimidad dio a la administración las atribuciones para plantear esta limitación, que es una forma de limitar los riesgos que se asume. Expresó que el Proyecto Murray se ha explicado extensamente y a fondo, y se han hecho evidentes los riesgos que tiene, los cuales están proponiendo ser administrados de manera responsable y completa, atendiendo las capacidades de captación de riesgo. Manifestó que considera indispensable empezar a estructurar la colaboración con la Sociedad Portuaria de Santa Marta para realizar la operación conjuntamente, lo cual incrementaría de manera importante los márgenes para Carbosán.

Dicho análisis continuó en las Actas No. 202 y 204, en los que la Junta Directiva se ocupó de evaluar el tope al diferencial tarifario que había sido aprobado.

Vemos entonces que consta en Actas lo referido por los testigos sobre las amplias deliberaciones en torno al Proyecto Murray. Todo esto acredita las decisiones de la Junta Directiva y demuestra que esta consideró y valoró los riesgos inherentes al “Proyecto Murray” y valoró los distintos escenarios que le fueron presentados para la aprobar sus

decisiones. Por lo tanto, es claro que la aplicación de la regla de deferencia empresarial excluía por completo la desorbitada condena que impuso la Delegatura en la sentencia.

4.10.2.3. La Junta Directiva de Carbosan tomo decisiones en forma metódica y no apresurada, con suficiente deliberación y análisis, e hizo una “apuesta” a desarrollar el Proyecto Murray.

Aunado a lo anterior, quedó demostrado también que la Junta Directiva aprobó el denominado “Proyecto Murray” por etapas, paso a paso. En ningún caso actuó de forma apresurada, descuidada o precipitada. Por el contrario, contrario a lo que afirmó Carbosan sobre la responsabilidad del doctor Mauricio Suárez en el proyecto, fue la Junta Directiva la que se tomó todo el tiempo necesario durante el año 2016 para abordar las particularidades del proyecto, ratificar y tomar decisiones, instruir a la administración, etc.

Así lo expresó el doctor José Ignacio Díaz Granados al señalar que: *“Se discutió la posibilidad de reducir el valor de la tarifa, que finalmente se dio, en aras de mantener el cliente y la carga. Se tomó esa decisión. Inclusive, se habló de adelantar ese desarrollo por fases”*. Relató que *“mientras se analizaban y se conseguían los permisos para poder hacer la movilización en barcazas íbamos a necesitar unos meses para dejar que los equipos técnicos estudiaran, analizaran y entendieran cómo era la situación y formularan una, digamos, una manera de poderlo implementar que fuera competitiva. Se convino un precio para esa época. Se dieron unos meses para hacer el estudio.”* (...) *“En la Junta consideramos que era mejor ir paso a paso”*. Concluyendo en su declaración que en relación con el “Proyecto Murray”:

“Creo que la Junta actuó con responsabilidad en ese sentido y esa fue una decisión que tomamos entre todos”.

Como consta en las Actas citadas anteriormente, todo lo expresado por los testigos indica que hubo una amplia deliberación en torno al proyecto y sus implicaciones económicas al interior de la Junta Directiva de Carbosan.

En el Acta No. 197 se recordó por parte de la Junta Directiva que la aprobación de las tarifas del memorando correspondía a la primera fase del “Proyecto Murray”, mientras continuaba su estructuración definitiva:

El Presidente expresó la importancia de reaccionar ante las indicaciones de mercado las cuales fueron explicadas, y establecer unas tarifas competitivas. Manifestó que en consideración a que el Proyecto Murray sigue en estructuración, no considera prudente incluir dentro de los escenarios tarifas distintas a las que hasta ahora la Junta Directiva ha aprobado. Dicho lo anterior, la Junta Directiva solicitó a la administración enviar una comunicación a CNR, en la que se le informe que hasta el momento la Junta Directiva de Carbosán ha aprobado únicamente la tarifa para la primera fase establecida en el MOU relacionada con el Proyecto Murray.

La deliberación y el estudio de la Junta Directiva fue tan abundante que Carbosán realizó una **“apuesta”** para mantener a CNR/Murray como cliente, realizando unos ajustes tarifarios temporales y limitados a los 2 millones de dólares. En virtud de la denominada **“apuesta”**, la Junta Directiva de Carbosán aprobó que la sociedad asumiera un diferencial tarifario de hasta 2 millones de dólares, los cuales serían tratados como una **“inversión”** para mantener el negocio. Los testigos indagados sobre esto y lo que consta en Actas demuestran la existencia de la denominada **“apuesta”** y como esta fue plenamente considerada y aprobada por la Junta Directiva de Carbosán.

Así, la gerente financiera Verónica Zúñiga relató que como la operación temprana tuvo buenos resultados, se motivó que en la segunda etapa se le bajara la tarifa al cliente y se hiciera lo que denominó una **“apuesta”**: (...) ***“La Junta siempre estuvimos como de acuerdo que se iba a incurrir en una inversión, por así decirlo (...) Se había puesto un piso.”*** (...). Expresó que en la operación temprana la (...) ***“tarifa bajaba”, era “un costo que no se le estaba trasladando al cliente”,*** pues era la **“apuesta”** que estaba haciendo la empresa a este proyecto. Como lo dijo en su declaración la testigo, la empresa puso un piso de **“pérdida”**, por así decirlo.

La doctora Zúñiga, fue recurrente en señalar la existencia de la apuesta y dijo que: ***“Era una “apuesta” para el futuro. Carbosán lo que quería era quedarse con esos 30 millones de toneladas”.*** incluso señaló que ***“La empresa conscientemente puso un piso”.***

Lo mismo refirió la doctora Luisa Aaron sobre la existencia de la denominada apuesta. Dijo que ***“El riesgo más importante era la “apuesta” que teníamos con el transporte marítimo. Había que hacer un trámite para obtener licencias. Era el punto crítico”.*** Explicó como del 2014 en adelante estaba bajando los volúmenes, por lo que se tenían que buscar con los clientes recuperar esos volúmenes de carbón. La estructura física sólo permitía

tener dos o tres clientes. Cerca del 40 % de los ingresos de SPSM era del carbón. Por eso explicó que *“Se le llamó la “apuesta” porque era un reto para Carbosan prestar el servicio con ese cliente (CNR). Era un servicio diferente al que estábamos acostumbrados a prestar. Tres millones de toneladas de Carbosan son muy beneficiosos para SPSM y Carbosan.*

“Por eso le decíamos la apuesta”, concluyó.

Sobre el contenido económico de la apuesta, la doctora Luisa Aaron indicó que este fue valorado: *“Sí, se valoró. Carbosan empezó a ver su PyG con una pérdida por la tarifa reducida, por lo que se limitó que no fuera superior a 2 millones de dólares. Después de 2 millones de dólares la tarifa debía volver a la estructura de costos de transporte terrestre”. ¿La Junta aprobó la apuesta? “Sí, llevábamos todo a la Junta Directiva” (...) “En la Junta había debates muy largos y muy amplios de todos los miembros de junta directiva donde medían todas las cosas que nosotros presentábamos” (...) Los miembros de la Junta eran activos en la toma de decisiones de Carbosan. “Personas conocedoras del sector, participaban, opinaban y a veces decían que no a las cosas, también”.*

También explicó sobre el tratamiento de la apuesta que: *“vuelvo y repito, [era] un OPEX con cara de CAPEX, y es que ese diferencial de la tarifa que no se podía cubrir operativamente, que contablemente es una pérdida, se valoró como una inversión. Pero sí fue claro en las presentaciones que a pesar de que esa era la valoración porque digamos esa era la “inversión” para lograr el negocio, contablemente eso iba a representar una pérdida en el PyG porque yo no podía un OPEX volverlo CAPEX”.*

Sobre el alcance del tope y retorno de la tarifa, consta en el Acta No. 204 como una vez asumido el diferencial se obtendrían mayores ingresos:

Explicó que al cumplirse los USD \$2,0 millones, la tarifa regresaría a USD \$7,45, con lo cual del mes de agosto a diciembre, se obtendrían mayores ingresos por USD \$1.911.358.

En sus declaraciones, tanto la gerente financiera, Verónica Zúñiga, como la doctora Luisa Aaron explicaron la estructuración de la tarifa, aspecto sobre el cual la Delegatura guardó completo silencio en la sentencia. Incluso, la doctora Zúñiga, contrario a lo que afirmó Carbosan en la demanda, no reconoció ninguno de los dichos contenidos en el denominado “Informe Kroll”. Por el contrario, expresó que *“No recuerdo exactamente*

pero sí se llevó esa inversión como si fuera un OPEX y era la apuesta que estaba haciendo el puerto por este negocio. Y también se le informó a la Junta". A su turno, la doctora Aaron en su testimonio explicó cómo fue construida la tarifa según las estimaciones de costos que recibía de las áreas responsables:

"El doctor Suárez a mí no me decía cuánto tenía que descontar de una tarifa, eso resultaba de un modelo de costos. Entonces era claro que esos costos daban una menor tarifa. Y ahora, cuando ya sabíamos cuál era esa tarifa era que se estructuraba comercialmente cuándo y cómo se ofrecía y el límite de los dos millones de dólares. O sea, no fue al revés. Él no me dijo: reduzca la tarifa a ver cómo. No. Revisen cuál es la estructura de costos porque, obviamente, un transporte marítimo es más barato que uno terrestre. O sea, eso por lógica le mostraba o le podía dar indicio de que era mejor ese tipo de servicio y más barato. ¿Cuánto? ¿De? No lo tenía él, lo teníamos que construir. O sea, no era un tema que simplemente él tuviera en su cabeza y me dijera: baje la tarifa. No. Se construía en un modelo de Excel que son los modelos que se llevaban a la Junta Directiva".

Sobre este punto, la declarante añadió que para el cliente Murray la tarifa era insostenible. Entonces revisaron cómo hacer la tarifa más atractiva a partir de los costos estimados. En palabras de la doctora Aaron, para lograr esto: *"Coge todo el mundo y me entrega los costos, yo sumo costos, y veo que efectivamente ahí podemos tener una tarifa rentable pero mucho menor a la que le veníamos entregando" (...) "Estábamos buscando una mejor tarifa. Poder mantener ese cliente."*

Sobre este aspecto, el doctor Ernesto Forero señaló que las tarifas contenidas en el memorando de entendimiento celebrado con CNR/Murray no eran definitivas. En esto se equivocó garrafalmente la Delegatura. **Si hubiera examinado la declaración del doctor Forero hubiera podido concluir que los "ajustes tarifarios" por los cuales condenó al doctor Mauricio Suárez en realidad estaban a modo de memorando y luego fueron ratificadas por la Junta Directiva.** En su declaración, el testigo señaló esto último y dijo: *"No. Estaban establecidas a modo de memorando, pero no estaban aprobadas porque recuerda que el memorando era sujeto a aprobación. De hecho, esas tarifas terminaron cambiando. Pero no, no había una tarifa escrita en piedra. Eran las tarifas que se incorporaron en el memorando"*

Por eso, es sus palabras: *“El tema de la apuesta era porque para uno mantener la tarifa que había dicho que iba a costar el transporte así no estuviera implementado el sistema de barcasas, se dijo, aquí pudiera generar hasta un déficit de 2 millones. Que el raciocinio de la Junta fue: no es perdida por que nos lo llevamos a una mayor inversión y se amortizan en los 35 millones de toneladas y el proyecto cierra. Ese era el raciocinio de la Junta”*.

Sobre cómo fue presentado el proyecto, el doctor Forero señaló que a la Junta se le informó sobre la pérdida vista como una inversión. Ese entendimiento era tan claro que, como lo expresó el testigo: *“Con decirle que se le denominó la “apuesta”*.

Todo lo anterior demuestra que las decisiones relacionadas con el denominado Proyecto Murray no solo fueron ampliamente discutidas y aprobadas por la Junta Directiva de Carbosan, sabiendo que la empresa asumió una “apuesta” como decisión de negocios para mantener al cliente CNR/Murray por hasta un tope de 2 millones de dólares. Los cuales, a pesar de que el “Proyecto Murray” no pudo alcanzar la fase de transporte marítimo, fueron recuperados por Carbosan con las operaciones que se mantuvieron con CNR/Murray hasta fines del año 2019. Al respecto, el doctor José Ignacio Díaz Granados explicó que el tope asumido por Carbosan con el diferencial tarifario era de hasta 2 millones de dólares, con la expectativa de tener un contrato de largo plazo en el que se pudiera recuperar esa inversión o *“apuesta”*. Al ser preguntado sobre si este valor pudo o no ser recuperado, respondió afirmativamente que: *“Sí claro, la pudo recuperar”*.

Esto precisamente estaba proyectado por el área financiera, ya que, como consta en el Acta No. 207, al retornar la tarifa luego de llegar al tope, la “apuesta” de los 2 millones de dólares se recuperaría:

La Vicepresidenta Financiera, Luisa Aarón explicó que la recuperación de los USD 2,0 millones, se ha planteado hacerla con el margen de la tarifa de USD \$7,45 que aplicó entre los meses de enero a abril y que aplicará luego de mediados de agosto a diciembre.

Incluso, así lo estimó la Junta al momento de decidir en dicha sesión y tener presente la posibilidad de recuperar la “apuesta” dentro de los avatares propios del Proyecto:

- iii. En relación con el contrato, dependiendo del resultado de las actuaciones del numeral ii) anterior, incorporar en el contrato todas las opciones y alternativas con las condiciones de cada una, y trabajar en la forma de recuperar los USD 2,0 millones invertidos a través del diferencial tarifario. Se pidió tener en consideración al momento de elaborar el contrato una matriz completa de los riesgos y la forma de mitigación de los mismos.

Por lo tanto, es claro que todas las decisiones tomadas por la Junta Directiva de Carbosan en virtud del denominado “Proyecto Murray”, incluyendo los ajustes tarifarios por los que incomprensiblemente la Delegatura condenó al doctor Mauricio Suárez, no solo se encuentran protegidas por la regla de deferencia empresarial, sino que el perjuicio económico reclamado por Carbosan en realidad no existió, por cuanto fue una “apuesta” asumida conscientemente por la empresa. Apuesta que ganó la empresa, pues, el cliente continuó con sus operaciones en Carbosan y ese monto “invertido” fue recuperado completamente con las operaciones desarrolladas hasta finales del año 2019.

Como lo había sostenido la Delegatura en otros casos, **los jueces deben abstenerse de revisar judicialmente decisiones empresariales pasadas con base en la información del presente:**

“De lo contrario, al realizarse por parte del juez una evaluación ex post facto, con conocimiento perfecto de los hechos sucedidos, probablemente influenciada por su sesgo retrospectivo, implicaría una clara afectación a la seguridad jurídica, que llevaría de suyo a que los administradores normalmente se abstengan por completo de explotar una oportunidad de negocio, por el miedo a la responsabilidad que se les podría endilgar como consecuencia de eventos posteriores”³⁷.

Ante esto, lo que procedía hacer era absolver al doctor Mauricio Suárez ya que todas las decisiones de negocio adoptadas en relación con el denominado Proyecto Murray se encuentran protegidas por la regla de deferencia empresarial. De tal forma, las condenas

³⁷ Se trata de un problema que comúnmente afecta a los jueces, quienes tienden a asignarle erróneamente una alta probabilidad a un evento de probable ocurrencia por el simple hecho de que terminó ocurriendo. S M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 Vand. L. Rev., 83, 114 (2004). (...) Broz, 673 A.2d at 159. Extraído de: “Deberes y Responsabilidad de los Administradores Sociales”. Felipe Suescún de Roa. Tirant lo blanch. 2021.

impuestas al doctor Mauricio Suárez por los “*ajustes tarifarios*” en el contexto del Proyecto Murray deben ser revocadas en su integridad.

4.11. Defecto factico positivo por la apreciación de pruebas ilícitas en la resolución de la supuesta “*extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.*”.

Como se señaló antes, la Delegatura cometió un defecto factico al haber apoyado su sentencia en medios de prueba ilícitos.

Sobre este punto, en la sentencia la Delegatura expuso que: “(...) *en el presente proceso se encuentra un dictamen pericial practicado y controvertido, en el cual se estudió el monto de los perjuicios que pudiera generar la conducta del administrador, en caso de encontrarse responsable (...)*”. También dio aval a la “metodología” aplicada en el peritaje de daños y perjuicios aportado por Carbosan.

Al haber utilizado como base de su decisión un dictamen pericial que adolece de grave ilicitud, la resolución de la supuesta “*extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.*” constituye un defecto factico.

Como se expresó en el segundo reparo, el dictamen pericial aportado por Carbosan es ilícito desde su decreto por estar precedido de falsa motivación. Además, su práctica se realizó con desconocimiento de normas imperativas. Tanto uno como otro aspecto conducen a la ilicitud de la prueba de daños y perjuicios aportada por Carbosan, por ende, esta no podía ser tenida como base de la sentencia para imponer una condena. Además, como se explicó al desarrollar dicho reparo, el dictamen aportado por Carbosan carece de los soportes necesarios para afincar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez, pues únicamente se apoyó en los soportes excluidos del dictamen inicial aportado por Carbosan y en el caso de la “condena” por los ajustes tarifarios el perito no consultó soporte alguno contable ni financiero.

Todo esto significa que dicha prueba pericial decretada de oficio por la Delegatura no podía servir de base para imponer ninguna condena. En casos como este, la jurisprudencia enseña que el defecto factico positivo se produce “(...) *(i) cuando el juez admite pruebas que no ha debido admitir ni valorar, por ejemplo, por tratarse de pruebas*

*ilícitas (...)*³⁸, tal y como ocurrió en este caso. Por lo tanto, la demanda debió ser desestimada, pues *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso). Por lo que, así visto, se puede concluir que, el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil*³⁹”.

Como consecuencia de lo anterior, **solicito** al Tribunal **revocar** la decisión adoptada por la Delegatura de imponer una condena parcial en contra del demandado, por haberse apoyado indebidamente la condena en un dictamen pericial de daños y perjuicios ilícito, incompleto y carente de rigor y sustento.

4.12. Defecto factico negativo por omisión de valoración y desconocimiento de pruebas de refutación en la resolución de la supuesta de la supuesta “extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.”.

Como dijimos antes, el Despacho de una forma inexplicable desdibujó por completo la defensa de la demandada, ignoró valorar los medios de prueba que refutaban la condena impuesta. Además, según se expuso en la sustentación de los anteriores reparos, tampoco tuvo en cuenta que consta en Actas (*plena prueba*) las extensas deliberaciones y decisiones adoptadas por la Junta Directiva, con las cuales se ratificó y aprobaron todas y cada una de las determinaciones relacionadas con el denominado “Proyecto Murray”, incluyendo los ajustes tarifarios para cada una de sus fases de implementación. La prueba contenida en Actas citada anteriormente desmiente por completo la supuesta extralimitación de facultades del doctor Mauricio Suárez. La sentencia tampoco examinó las declaraciones de miembros de junta directiva, de la Gerencia Financiera, la Vicepresidencia Financiera y la Vicepresidencia Jurídica de Carbosan, que relataron detalladamente la manera cómo se gestó, informó y aprobó ante la Junta Directiva de Carbosan la denominada **“apuesta”** en el “Proyecto Murray”, por la que inexplicablemente condenó al doctor Mauricio Suárez.

Erróneamente, la Delegatura consignó en la sentencia que *“la defensa del señor Suárez Ramírez se centró en refutar las consideraciones de la parte demandante en torno a límite de 100 SMLMV para la celebración de operaciones por parte del representante legal”*. Como se expresó antes, **esto no es verdad**. Los alegatos y las pruebas disponibles en el expediente

³⁸ Ídem.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2018.

demonstraron que el doctor Mauricio Suárez no se extralimitó en ninguna de sus funciones y por eso jamás se alegó como defensa la inaplicación de ningún límite estatutario. Absolutamente todo lo concerniente al “Proyecto Murray”, incluyendo los ajustes tarifarios, fue algo que se sometió ratificación, aprobación y escrutinio de la Junta Directiva de Carbosan.

En todo momento, la Junta estuvo informada e impartió las autorizaciones requeridas conforme a los estatutos y la ley, como aparece en Actas que obran en el expediente y son plena prueba de las decisiones adoptadas por la Junta Directiva.

Por lo tanto, como la decisión de la Delegatura de condenar civilmente al doctor Mauricio Suárez la adoptó sin haber valorado las pruebas que demostraban que los dineros percibidos eran justificados, se produjo un defecto factico negativo por omisión de valoración probatoria, al haberse omitido *“(…) por completo la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados o determinante en el desenlace del proceso (...)”*. En consecuencia, **solicito** al Tribunal revocar la condena impuesta al doctor Mauricio Suárez.

4.13. Defecto factico por incorrecta valoración probatoria en la resolución de la supuesta (sic)

Aclaro que este reparo se circunscribe al contexto de la supuesta extralimitación de funciones, al igual que los que anteceden. De nuevo, en este punto, como la defensa planteada por la parte demandada fue completamente tergiversada, los medios de prueba fueron valorados erróneamente, desprovistos de todo contexto.

En primer lugar, la Delegatura consideró que el memorando de entendimiento génesis del denominado “Proyecto Murray”, había sido un acto de extralimitación funcional del doctor Mauricio Suárez. Sin embargo, al valorar la prueba, la Delegatura se equivocó doblemente a) al asignar valor probatorio al memorando a pesar de no haber sido incorporado en legal forma ya que es un documento en inglés que no está traducido al español, b) ignorando que todos sus efectos estaban bajo condición suspensiva, hasta que las partes obtuvieran las autorizaciones correspondientes de sus órganos de administración. Lo anterior fue reafirmado por el Vicepresidente Jurídico de la época, doctor Ernesto Forero, que intervino en la redacción del memorando y relató en su testimonio que sus efectos estaban suspendidos hasta tanto la Junta Directiva de

Carbosan lo ratificó. Como se expresó antes, el testigo que intervino en la elaboración del memorando explicó que las tarifas no eran definitivas: En su declaración, señaló esto último y dijo: *“No. Estaban establecidas a modo de memorando, pero no estaban aprobadas porque recuerda que el memorando era sujeto a aprobación. De hecho, esas tarifas terminaron cambiando. Pero no, no había una tarifa escrita en piedra. Eran las tarifas que se incorporaron en el memorando”*. Sin embargo, ni el testimonio fue valorado ni el contenido del memorando fue comprendido por la Delegatura.

La Delegatura tampoco tuvo en cuenta las ratificaciones y modificaciones realizadas al Memorando por la Junta Directiva en las Actas citadas a lo largo de este escrito. De haber examinado siquiera el contenido de dichas Actas hubiera podido concluir, sin dificultad, que las condiciones del Memorando fueron debatidas y ratificadas al interior de la Junta Directiva, en algunos casos, con ajustes o propuestas de ajuste con Murray.

Como la Delegatura no desarrolló el examen que ha debido hacer, **incurrió en falso raciocino al arribar a una conclusión diametralmente opuesta a lo que demostraba el memorando de entendimiento** frente a los medios de prueba que tenía disponibles. De hecho, de forma completamente errónea concluyó que, con su sola celebración, sin efectos vinculantes, se había producido una extralimitación funcional. Esta es una conclusión contraevidente al mismo memorando y contraria a las pruebas que obran en el expediente, como son la declaración del doctor Forero que intervino en su celebración y del contenido de Actas de la Junta Directiva que lo confirma.

En segundo lugar, como el análisis de la Delegatura estuvo alejado de todo el contexto que rodeó el denominado “Proyecto Murray”, en la sentencia ignoró por completo que el memorando de entendimiento, sus términos y condiciones, fueron informados oportunamente a la Junta Directiva de Carbosan, con el fin de que adoptaran las decisiones correspondientes. Tampoco revisó que consta en Actas de la Junta Directiva de Carbosan las deliberaciones realizadas durante el año 2016.

De nuevo: no tuvo en cuenta que la Junta Directiva de Carbosan ratificó, aprobó y dio instrucciones sobre el memorando de entendimiento, incluyendo decisiones de ajustes tarifarios para el “Proyecto Murray”. Por eso, la condena impuesta por la Delegatura no encuentra explicación alguna, cuando existen infinidad de pruebas que refutaban la supuesta extralimitación de funciones del doctor Mauricio Suárez.

Así, es claro que, a la luz de las pruebas disponibles en el expediente y conforme con la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial, se debió exonerar al doctor Mauricio Suárez. **Por lo tanto, solicito comedidamente al Tribunal revocar la desorbitada condena impuesta de forma injusta y arbitraria en contra del doctor Mauricio Suárez.**

4.14. Defecto procedimental por inaplicación de las consecuencias derivadas de la prosperidad de la objeción al juramento estimatorio (Art. 206 del CGP).

Como consecuencia natural de la desestimación de las pretensiones de la demanda, se le debe imponer a Carbosan la condena señalada en el artículo 206 del CGP. La demanda careció por completo de sustento jurídico y, además, producto de su propia incuria, Carbosan no demostró ninguno de los daños supuestamente sufridos al valerse de documentos sin valor probatorio y dictámenes periciales ilícitos. Esta conducta genera, entonces, que se deba imponer condena en contra de Carbosan por la prosperidad de la objeción al juramento estimatorio.

Según el artículo 206 del CGP, la falta de demostración de los perjuicios demandados genera la imposición de una multa. En este caso, la multa prevista en el artículo 206 del CGP es procedente y debe ser impuesta a Carbosan porque: i) no tuvo diligencia, pues la astronómica demanda que presentó se apoyó en unos exiguos “*informes de auditoria forense*” que carecían fuerza probatoria. Y ii) además, aportó un dictamen pericial de daños y perjuicios decretado de oficio en forma ilícita, luego de que el primero haya sido también excluido por falta de idoneidad del perito. **Es decir, en uno u otro caso, la incuria de Carbosan es manifiesta.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 206 del CGP, la falta de demostración de los perjuicios demandados por Carbosan tiene implicaciones económicas.

“Artículo 206 del CGP. (...) Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”

En este caso no se puede admitir que la condena no procede de forma automática. **Lo que se afirma es que la condena es procedente porque Carbosan presentó una demanda**

carente de sustento, por unas insólitas cifras de daños y perjuicios, sin que tuviera prueba alguna de los mismos. Tampoco se puede admitir que Carbosan haya emprendido actuaciones tendientes a probar sus afirmaciones, cuando para ello se apoyó en dictámenes periciales de daños y perjuicios ilícitos y carentes de idoneidad. **Todo esto implica que la sanción es procedente.** Por lo que **solicito** comedidamente al Tribunal modificar la sentencia e imponer a Carbosan la sanción contemplada en el artículo 206 del CGP, teniendo en cuenta el “*valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas*”.

5. Solicitudes.

Por todo lo expuesto, **solicito** comedidamente al Tribunal revocar las decisiones cuestionadas con el recurso de apelación interpuesto. En su lugar, **absolver por completo de tan injusta y exorbitada condena al doctor Mauricio Suárez Ramírez.** Además, **imponer una ejemplar condena a Carbosan con fundamento en el artículo 206 del CGP**, junto a la condena en costas de segunda instancia.

Atentamente,



Oscar Fernando Betancur García⁴⁰

C.C. No. 1.053.813.335

T.P. No. 273.966 del C. S. de la J

⁴⁰ Este memorial se presume auténtico conforme al Parágrafo Segundo del artículo 103 del CGP: “(...) **Parágrafo segundo. No obstante lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso.**” (Resaltado propio)

SUSTENTACIÓN APELACIÓN PROCESO NO. 11001319900220190040707

Oscar Betancur <oscar.betancur@aab-estudiojuridico.com>

28 de abril de 2022, 16:43

Para: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co, des08ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cc: jmendoza@dlapipermb.com, slondono@dlapipermb.com, Consuelo Acuña <consuelo.a@aab-estudiojuridico.com>

Cco: Simon Rodriguez <simon.rodriguez@aab-estudiojuridico.com>

Cordial saludo,

Envío adjunto memorial con el que se presenta la sustentación del recurso de apelación interpuesto en el proceso No. 11001319900220190040707.

Envío copia de este correo al apoderado de la parte demandante para los fines comunicación y traslado del Decreto 806 de 2020.

Agradezco la confirmación de recibido y darle el trámite correspondiente.

Cordialmente,

ÓSCAR FERNANDO BETANCUR GARCÍA

Abogado Asociado

Tels: (+571) 6 37 4992 / 94 / 97

Calle 110 No. 8 – 09 Bogotá D.C. - Colombia

Email: oscar.betancur@aab-estudiojuridico.com



La información contenida en este E-mail es confidencial y solo puede ser utilizada por el individuo o la compañía a la cual está dirigido. Si no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este mensaje es prohibida y será sancionada por la ley. Si por error recibe este mensaje, favor reenviarlo al remitente y borrar el mensaje recibido inmediatamente.



Sustentación Apelación_11001319900220190040707.pdf
2353K

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 002-2021-00126-01 DR ISAZA DAVILA

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 26/07/2022 8:59

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 3 archivos adjuntos (501 KB)

BDSS01-#112884210-v1-2022-01-564360-000.PDF; 5395.pdf; F11001319900220210012601Caratula20220726085639.pdf;

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 21 DE JULIO de 2022, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de radicación y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo y concordancia de los datos del expediente digital y el oficio remisorio es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del de 26 DE JULIO de 2022.

La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos
Escribiente

De: EMAIL CERTIFICADO de Apoyo Judicial <419942@certificado.4-72.com.co>

Enviado: jueves, 21 de julio de 2022 8:07

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Ref.: Recurso de queja // 2022-01-564360-000 Proceso verbal sumario n.º 2021-800-00126 (EMAIL CERTIFICADO de ApoyoJudicial@SUPERSOCIEDADES.GOV.CO)

Superintendencia de Sociedades //

Ref.: Recurso de queja

Sociedad de Ingenieros y Administradores (Soinda) S.A.S. (nit. 860.532.627-0) contra Grupo Cartagena Hoteles S.A.S. en Liquidación (nit. 900.631.848-0), Stelal S.A.S. (nit. 900.796.319-4), Logika S.A.S. (nit. 900.175.202-7), Fonnegra Gerlein S.A.S. (nit. 860.040.099-1), Vision Planning Group S.A.S. (nit. 900.091.742-0) y Sergio Enrique Pinilla Escobar (c.c. 79.871.145)

Proceso verbal sumario n.º 2021-800-00126

Esta dirección de correo electrónico es utilizada solamente para envío de información y/o solicitudes de la Superintendencia de Sociedades, por tanto, agradecemos no responder a este correo.

Nuestro canal electrónico dispuesto para el envío de respuestas, solicitudes e inquietudes corresponde a webmaster@supersociedades.gov.co o pmercantiles@supersociedades.gov.co

De manera atenta, enviamos para su conocimiento y fines pertinentes el documento adjunto.

Cordialmente,

Grupo de Apoyo Judicial
Superintendencia de Sociedades



AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

110013199002202100126 01

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA**

Procedencia : 002 Superintendencia Circuito

Código del Proceso : 110013199002202100126 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : SONDA S.A.S.

Demandado : GRUPO CARTAGENA HOTELES SAS

Fecha de reparto : 26/07/2022

C U A D E R N O : 2



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Fecha : 26/jul./2022

Página 1

GRUPO RECURSOS DE QUEJA

CD. DESP	SECUENCIA	FECHA DE REPARTO
018	5395	26/jul./2022

REPARTIDO AL DOCTOR (A)
JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

IDENTIFICACION	NOMBRE	APELLIDO	PARTE
SDIYA	SOCIEDAD DE INGENIEROS Y ADMINISTRADORES SAS		01 ***
GCHSA	GRUPO CARTAGENA HOTELES SAS		02 ***

אזהר מנכ"ל פקידה ת. נרפ"ק פקידה

OBSERVACIONES: 110013199002202100126 01

BOG03TSBL02
lzuluagah

FUNCIONARIO DE REPARTO

San Juan de Pasto, diecinueve (19) de julio de dos mil veintidós (2022).

Honorable Magistrado.

LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALES.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sala civil.

E.S.D

Ref.: Apelación de sentencia, proceso de Acción de Protección al Consumidor Financiero- providencia dictada (22 de febrero de año 2022).

Acto Jurídico: **Sustentación de Recurso de Apelación.**

Auto del 13 de julio del 2022.

PROCESO No: 110013199003202101982 01.

DEMANDANTE: CLAUDIA ELENA SANTAMARIA HERRERA

DEMANDADO: SEGUROS BOLIVAR S.A.

JAIME ALEXANDER CAICEDO BURBANO igualmente mayor y de esta vecindad, identificado con la cédula de ciudadanía No 87.065.615 de Pasto (N), y portador de la Tarjeta Profesional No. 348.237 expedida por el C.S. de la J., retomo el poder a mi conferido por la señora **CLAUDIA ELENA SANTAMARIA HERRERA**, identificado con C.C. 69.005.363 de Mocoa(P), de manera respetuosa y en concordancia con lo establecido en los Art. 322 y sig. del C. G. del P. acudo ante su Honorable Despacho con el fin **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION** en contra de la sentencia proferida el 22 de febrero del año 2022, por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la **SUPER INTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, manifestando que me ratifico en los reparos concretos a la apelación visibles a derivado 032 del expediente digital y adhiero los siguientes fundamentos:

La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superfinanciera en sentencia del 23 de febrero del año 2022, declaro probada la excepción titulada:

“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. POR TRATARSE DE UN RIESGO EXCLUIDO”

Sobre este medio exceptivo y de acuerdo a los reparos presentados ante el a-quo, es muy importante ratificar en el recurso de alzada lo siguiente:

A la señora Santa María jamás y nunca se le entregaron los clausulados de la póliza objeto del presente litigio de manera física y con constancia de entrega, esto se probó por cuanto a la fecha no existe prueba que así lo demuestre.

En el video de la sentencia la cual se encuentra a derivado 031, en la etapa procesal de interrogatorio de parte existen contradicciones por parte del representante legal de Seguros Bolívar y la asesora comercial que vendió la póliza, por cuanto el uno manifiesta que NO se entregó en físico una copia del contrato de seguros y la asesora comercial manifiesta que si se le entrego copia de esta póliza (minuto 16:43 – 2427).

Así las cosas, y de acuerdo a la asesora comercial supuestamente se entregó estos condicionados, pero no obra prueba en el plenario que así lo demuestre.

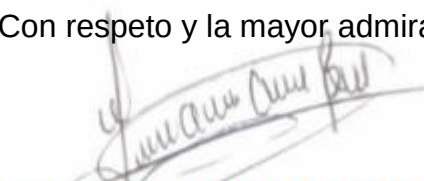
El Juez primario observo dichas declaraciones tanto del representante legal, como de la asesora comercial que vendió la póliza y por consiguiente interrogó a la señora Santamaría a sabiendas de que ella se encontraba medicada por su patología psiquiátrica.

Posterior a esto, y en interrogatorio rendido la señora Santamaría erróneamente manifestó que conocía las coberturas de la póliza objeto del presente litigio, por cuanto a ella lo único que se le entrego por parte de la asesora comercial de Seguros Bolívar, fue el formato de asegurabilidad. Por tal razón, el Juez de instancia declaro probada esta excepción por cuanto erróneamente se declaró que ella conoció los condicionados de la póliza de manera verbal.

Es muy importante manifestar Honorables Magistrados que Seguros Bolívar vulneró los derechos como consumidor financiero a los que mi cliente tiene pleno derecho, por cuanto desde que tuvo su ITP interpuso derecho de petición a la aseguradora, pero esta no respondió dicho requerimiento, omitiendo los términos de respuesta del artículo 1080 del código de comercio, tal cual se probó en el expediente y el a quo manifestó que estas situaciones se deberían ventilar ante la jurisdicción civil.

Con base, en lo brevemente expuesto y con el fin de salvaguardar los derechos como consumidora financiera de la señora Claudia helen Santa María, se solicita se revoque la sentencia emitida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Súper Intendencia Financiera de Colombia y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda.

Con respeto y la mayor admiración;



JAIME ALEXANDER CAICEDO B.

C.C. 87.065.615 de Pasto (N).

T.P. 348.237 del C.S de la J.

Señores Magistrados
HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR – SALA CIVIL
Bogotá, D. C.
Correos: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF.- EJECUTIVO SINGULAR DE BBVA COLOMBIA S.A. contra SANDRA DEL PILAR FERNANDEZ AFANADOR. EXP. 015-2018-00501-01

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

RECURSO DE REPOSICIÓN.

En mi condición de procurador judicial de la demandada y dentro de la oportunidad procesal para ello, respetuosamente concurre ante el Señor Magistrado Ponente para manifestarle que, por medio del presente escrito, interpongo recurso de REPOSICIÓN contra su proveído adiado el 19 de los cursantes, mediante el cual dispuso Declarar DESIERTO el recurso de apelación oportunamente interpuesto y concedido contra la sentencia de primera instancia, para que sea revocado en su totalidad y en su lugar se disponga proseguir con el trámite del recurso vertical, teniendo en cuenta que se SUSTENTÓ en debida forma.

Son motivos de mi inconformidad los siguientes:

Sostiene su Señoría que, conforme la regla del inciso 4º, numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso *“El juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”,* pues *“si bien la interesada presentó los reparos concretos frente al fallo, y los mismos fueron radicados ante el Juez de primera instancia, tal actuación no supe la sustentación que debe hacerse en esta etapa”*

Considero, con el respeto debido, que la interpretación esbozada en su proveído no es acertada, en razón a que lo que el legislador plasmó en el artículo 322 citado por su Señoría, es que los recursos no se utilicen para una indebida dilación de los procesos y, por ende, los mismos encuentren un sustento jurídico razonable y previamente presentado (SUSTENTADO) ante el operador judicial que debe resolverlo.

Es evidente que, cuando el legislador instituyó como sanción para el recurrente la declaratoria de desierto, es que NO HAYA PRESENTADO EN DEBIDA FORMA LOS ARGUMENTOS EN QUE SUSTENTA EL RECURSO VERTICAL, es decir que se trate de un simple ardid dilatorio y, lo QUE SÍ CONSAGRÓ EN FORMA EXPRESA Y CLARA dicho legislador, ES QUE DICHOS ARGUMENTOS SUSTENTATORIOS se encontraran incorporados a la actuación ANTES DE QUE EL JUZGADOR DE SEGUNDA INSTANCIA procediera al análisis sometido a su consideración, ARGUMENTOS DE LOS CUALES NO PUEDE ALEJARSE y que son el marco imperativo de su resolución.

Tan cierto es lo anterior que, en la norma citada en su proveído, previó el legislador que **“Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada”**. No se indicó en la misma el

momento en que debían presentarse los argumentos base del recurso, simplemente se señaló que los mismos debían estar procesalmente “presentes” al momento de desatarse la alzada: IMPONER NUEVAS CONDICIONES MERAMENTE FORMALES, ES IR EN ABIERTA VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO Y AL RESPETO AL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA.

Ahora bien, la posición asumida por la Sala de Casación Laboral señalada en el proveído impugnado, se adoptó cuando la resolución a la segunda instancia debe seguirse mediante el trámite de la oralidad, en audiencia pública y no en el trámite escritural que, en mi concepto trasgrediendo el principio de la oralidad asumido en el Código General del proceso, se pretende imponer bajo las condiciones excepcionales asumidas vía decreto legislativo, por el acaecimiento de la pandemia del Covid 19 con la cual se pretende, de un tajo, anular los principios generales de la oralidad.

Noíiii. Honorable Magistrado: En el caso que nos ocupa, la parte apelante cumplió a cabalidad con los principios generales del derecho procesal, en especial con aquel que le impone que, antes de decidirse el recurso de apelación, el mismo debe encontrarse DEBIDAMENTE SUSTENTADO, lo que aún reconoce su mismo despacho al señalar que “..... la interesada presentó los reparos concretos frente al fallo”, documento en el cual se expresan de manera clara, concreta, precisa y detallada, los motivos de inconformidad con la sentencia recurrida, lo CUAL CONSTITUYE UNA VERDADERA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.

No puede sacrificarse la supremacía de la ley por lo meramente procedimental. Es como impedir el ejercicio del derecho de locomoción por no haberse construido un camino. O el derecho a la educación por la no existencia de una escuela. O el derecho a la salud ante la falta de un centro de salud. Estas últimas son las vías para la obtención de la salvaguarda de los derechos pero, no son el sustento de la misma.

El hecho de que no se HAYAN RATIFICADO los juiciosos elementos analizados en el escrito de sustentación del recurso realizado ante el operador de instancia, no son óbice para indicar que los mismos no se encuentran contenidos a la actuación y que no pueden ser objeto de estudio por el Juez de Segunda instancia: ESTA ES UNA NEGACIÓN TOTAL AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Insisto, Honorable Magistrado: En el expediente se encuentran contenidos, con precisión de detalles jurídicos, los elementos que sirven de sustento para deprecar la revocatoria de la sentencia impugnada, motivo por el cual no puede decirse que EL RECURSO NO SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE SUSTENTADO.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, respetuosamente me permito insistir en la revocatoria del proveído impugnado para, en su lugar, disponer el debido trámite del recurso de apelación.

En cumplimiento a lo ordenado en el numeral 14 del artículo 78 del Código General del proceso, estoy remitiendo al correo electrónico del Señor procurador judicial del demandante, un ejemplar del presente memorial.

Atentamente;

EDGAR HERNANDO PEÑALOZA ZARATE
C. C. No. 19.257.786 de Bogotá
T. P. No. 32055 del C. S. de la J.
Tel. 3005605080/3204604088
Email: penalozaysalinas@hotmail.com