

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019061746-012-000

Fecha: 2020-07-01 12:41 Sec.día5088

Anexos: Sí

Trámite::132-DEMANDAS

Tipo doc::324-324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario::ATM171986-JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL

DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SECCIÓN PRIMERA

Señores

-

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ -
SECCIÓN PRIMERA
OFICINA DE APOYO PARA LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTÁ
Carrera 57 No. 43 - 91

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2019061746-012-000
Trámite : 132 DEMANDAS
Actividad : 324 324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA
Anexos : E2

Doctora

GLORIA DORYS ÁLVAREZ GARCIA

JUEZ SEGUNDA ADMINISTRATIVA DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Ciudad

Referencia: **Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho.
Demandante: Juan Carlos Mahecha Cañón
Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia
Radicado: 11001333400220190019800
Asunto: Contestación de la demanda.
Radicado Interno 2019061746

MYRIAM MARLENY BERNAL MUNEVAR, abogada, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderada judicial de la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante SFC), de acuerdo con el poder que adjunto al presente escrito y en virtud del cual solicito me sea reconocida personería, de manera respetuosa concuro ante su Despacho con el objeto de presentar EN TIEMPO la contestación de la demanda y formular excepciones, junto con sus anexos y pruebas.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

I. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

De conformidad con las previsiones establecidas en los artículos 172 y 199 de la Ley 1437 de 2011 - modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso- en concordancia con el artículo 118 ídem y teniendo en cuenta que la demandada fue notificada por correo electrónico el 3 de marzo de 2020, me encuentro dentro del término legal para dar contestación a la demanda en los siguientes términos:

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES.

Con base en el análisis y los argumentos y excepciones perentorias que más adelante se expondrán, manifiesto desde ya que me opongo a **TODAS Y CADA UNA** de las pretensiones de la demanda por carencia de fundamentos fácticos y jurídicos, razón por la cual solicito se denieguen las pretensiones de la misma.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

En torno a lo relatado por el demandante en los distintos numerales del acápite de hechos que sirven de fundamento al medio de control, me remito al contenido cierto en cuanto tal, de los oficios, autos y comunicaciones cruzadas entre Juan Carlos Mahecha Cañón y la Superintendencia Financiera, así como a los fundamentos de hecho y de derecho plasmados en los actos acusados.

De otra parte, desde ya planteo al Despacho que a lo largo de su relato fáctico el accionante incumple la carga que le impone el numeral 3 del artículo 162 del CPACA que hace referencia al relato de los hechos y omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones, esto por cuanto se soporta en apreciaciones eminentemente subjetivas, que carecen de valor probatorio.

Sobre el particular debo indicar que los hechos que interesan a un proceso son los denominados “*hechos jurídicos*” que según la doctrina consisten en “*Todo acontecimiento o estado- en general todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos) al que por su sola realización o juntamente con otros, liga el derecho objetivo a la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese derecho objetivo*”¹.

Los hechos entonces son acontecimientos, sucesos reales o la falta de los mismos, pero no son ni opiniones ni consideraciones deben tener “*una posibilidad objetiva de verificación, de comprobación o de control y, por lo tanto también de descripción o de previsión objetiva en el sentido de que cada uno puede hacerla propia en las condiciones adecuadas.*”²

Así al elaborar una demanda el apoderado tiene la obligación de pronunciarse haciendo un relato de los hechos en los que pretende soportar el nacimiento de un derecho y su consecuente reconocimiento judicial, deber que aquí se confunde pues el accionante mezcla los hechos con su evaluación personal de los mismos.

Ahora como quiera que la técnica del demandante implica mezclar hechos con pretensiones, impresiones, observaciones, etc mi representada solo se pronunciara sobre los aspectos fácticos y nada dirá acerca de las apreciaciones subjetivas por cuanto el artículo 96 del CGP en su numeral segundo expresa con absoluta claridad que la contestación de la demanda debe contener un “*pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten,*

¹ Albaladejo García, 2013, p. 8

² Abbagnano, 1974, p. 599



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho”.

Sin perjuicio de las aclaraciones que anteceden, procedo a contestar cada uno de los numerales que hacen parte del acápite de hechos de la demanda en el mismo orden en que fueron planteados por el accionante, aclarando en todo caso que lo dicho no produce la confesión de la Superintendencia Financiera por expresa restricción legal.

- 3.1. El **HECHO 1° DE LA DEMANDA** en el que se indica que ALMAGRARIO S.A. estuvo sometida a la inspección y vigilancia de la SFC **ES CIERTO**.
- 3.2. El **HECHO 2° DE LA DEMANDA** que indica que el aquí actor se desempeñó como Representante Legal de ALMAGRARIO S.A. desde el 7 de junio de 2012 hasta el 8 de noviembre de 2016 **ES CIERTO**.
- 3.3. Tal y como se encuentra planteado el relato de los numerales **3 Y 4 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA** salta a la vista que el mismo no corresponde a elementos fácticos, sino que obedece a apreciaciones subjetivas, así las cosas, no hay lugar a que se pronuncie mi prohijada sino que se atiene al tenor literal de los documentos a los que hace alusión.
- 3.4. El **HECHO 5 DE LA DEMANDA** hace referencia a cuáles fueron los hechos que “*servieron de base para la formulación de cargos por parte de la Superintendencia Financiera a título personal*” ello conforme a lo descrito en la Resolución 0130 de 2018.

De cara a lo expuesto por el accionante, mi representada se atiene al tenor literal de lo dicho en el acto que se cita siendo que siempre que no se altere o modifique su contenido lo allí consignado **ES CIERTO**.

- 3.5. En el **HECHO 6 DE LA DEMANDA** el accionante indicó “*que los términos de formulación del acto del pliego de cargos formulado por el (sic) Superintendencia Financiera se transcriben a continuación, tal cual aparecen en la resolución 0130 de 2018, así (...)*”.

Frente a lo dicho en la demanda debo decir que **ES CIERTO**, en lo que se atenga al tenor literal de la citada Resolución.

- 3.6. El **HECHO 7 DE LA DEMANDA (erróneamente señalado como 6)** en el que el accionante hace alusión al escrito de descargos presentado dentro del trámite administrativo antecedente de los actos demandados **ES CIERTO** en lo que se sujeta al tenor literal puro y simple de dicha intervención.
- 3.7. El **HECHO 8 DE LA DEMANDA (erróneamente señalado como 7)** en el que se hace referencia a la sanción impuesta al demandante y se citan de manera literal los argumentos para la sanción de la multa plasmados en la Resolución No. 0130 de 2018 **ES CIERTO**, por otra parte, las apreciaciones que al margen del tenor del acto administrativo hace el accionante ni son hechos ni son ciertas, así que no deben ser tenidos en cuenta por el Despacho al momento de fijar el litigio en el presente asunto.
- 3.8. El **HECHO 9 DE LA DEMANDA (erróneamente señalado como 8) ES CIERTO** en lo que corresponde a la literalidad del recurso de apelación interpuesto por el entonces sancionado en



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

contra de la Resolución de primera instancia. De otro lado, en lo que tiene que ver con la motivación interna que llevó al aquí actor a impugnar el acto así como los comentarios al margen que en ese numeral se realizan, por no tratarse de hechos sino de apreciaciones subjetivas no hay lugar a pronunciamiento por parte de mi representada ni pueden tenerse como supuestos fácticos por el Despacho.

- 3.9. El **HECHO 10 DE LA DEMANDA (erróneamente señalado como 9) ES CIERTO** en cuanto cita la literalidad de la Resolución No. 002 de 2019, a cuyo tenor se atiene mi prohijada sin que haya lugar a pronunciarse respecto de las apreciaciones que al margen hace el demandante.
- 3.10. El **HECHO 11 DE LA DEMANDA (erróneamente señalado como 10)** en el que se hace alusión a la fecha de notificación de la Resolución No. 002 de 2019 y a la oportunidad de presentación de la conciliación prejudicial **ES CIERTO**.

IV. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD. CARGA DE LA PRUEBA.

Las Resoluciones No. 0130 del 30 de enero de 2018 y No. 0002 del 4 de enero de 2019, expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, gozan de presunción de legalidad.

Sobre la presunción de legalidad el artículo 88 del CPACA establece: *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*

Frente a este particular, expresa Gustavo Humberto Rodríguez³:

“Hablar de presunción de legalidad significa tener anticipadamente como ajustado a derecho, a la ley, toda norma jurídica. Según esta presunción, en términos generales, a la ley se le considera constitucional, a toda sentencia se le aprecia como válida y jurídica, y a todo acto de la Administración Pública se le considera legal, o conforme a derecho”.

Corroborando lo anterior, este tipo de presunción es considerada por Diego Younes Moreno como un atributo del acto administrativo. Al respecto manifiesta que él mismo⁴

“(…) consiste en que los actos de la administración se presumen ajustados al ordenamiento jurídico; este rasgo, muy peculiar del acto administrativo, se fundamenta en la necesidad de confianza que demanda la administración a la comunidad jurídica”.

Si bien este beneficio de que goza el acto administrativo se puede desvirtuar, la existencia de la presunción invierte la carga de la prueba, correspondiéndole ésta al demandante. En este sentido Gustavo Humberto Rodríguez señala que la presunción⁵:

“Invierte la carga de la prueba; la administración no necesita demostrar en proceso judicial que el acto es legal, quien esté interesado en alegar su ilegalidad debe probar en juicio.”

Estas mismas consideraciones doctrinales han sido reiteradas por el Consejo de Estado que ha afirmado la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos, misma que solo podrá ser desvirtuada por un juez. En este sentido se ha determinado que:

³Derecho Administrativo General, 2ª Edición, Editorial Ciencia y Derecho, Bogotá 1.995, p. 241.

⁴ Curso de Derecho Administrativo, 5ª Edición, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, p.135.

⁵ Ibídem p. 242



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

“La presunción de legalidad y la ejecutividad, que el a quo aduce como supuestos o elementos determinantes del acto administrativo, no son tales sino aspectos que se predicen del mismo, es decir, se refieren al cómo de éste y a su ámbito operativo, de allí que se identifiquen como características o atributos y requisitos de eficacia del acto administrativo, en tanto que los aspectos que determinan su naturaleza jurídica o carácter de tal corresponden al qué, a su ámbito sustantivo. Los primeros no son exclusivos del acto administrativo, pues la presunción de legalidad se predica igualmente de otras manifestaciones jurídicas estatales, v. gr. las operaciones administrativas; y la ejecutividad, consistente en la obligatoriedad de lo que se dispone o dice en la declaración de que se trate, igualmente se predica de las leyes y los actos jurisdiccionales, que per se son obligatorios y vinculantes.”⁶ (Resaltado fuera del texto original).

Esta Alta Corporación, también ha establecido que:

“[...] la manifestación de voluntad de la administración se tiene como conforme a derecho, la cual no ha sido desvirtuada ante su juez natural y por lo mismo de obligatorio cumplimiento [...] En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto”⁷. (Resaltado fuera del texto original).

Igualmente, el Consejo de Estado ha sostenido que, en efecto, la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos. Así se ha determinado que:

“Y en casos como el que se analiza, tal y como lo ha indicado esta Sección en casos similares⁸, resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y por consiguiente, es la parte actora la que debe soportar las consecuencias de su inobservancia, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones [...]”⁹. (Resaltado fuera del texto original).

Así las cosas, en el caso en análisis, el examen de las Resoluciones hoy demandadas y expedidas por mi representada, deben hacerse a la luz de dicha presunción.

En ese sentido, es necesario tener en cuenta que, conforme a los artículos 166 y 167 del CGP, lo legalmente presumido se tiene por cierto, salvo prueba en contrario e incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Por consiguiente, solicito desde ya la aplicación en este proceso de la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos acusados, así como acudir a la carga de la prueba que se deriva de tal presunción, carga que está en cabeza de la parte demandante.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 31 de marzo de 2005. C. P.: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicado No. 11001 0324 000 1999 02477 01.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2010. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00015-01 (19526).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2004. C.P.: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B). Sentencia del 8 de febrero de 2012. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 17001233100019970803401 (20.688).



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante aduce que los actos administrativos demandados se encuentran incursos en las siguientes causales de nulidad:

5.1. Infracción en las normas en que debían fundarse.

Se sostiene en la demanda que los actos cuya nulidad pretende se produjeron con infracción directa de las normas en que debían fundarse, así:

- ✓ Por falta de aplicación de la norma, al no haber vinculado al proceso a la Revisoría Fiscal de ALMAGRARIO S.A., vulnerándose con ello su derecho a la Defensa contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.
- ✓ Por infracción directa de la ley por indebida aplicación del Literal a) del artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), Numeral 2 del artículo 23 de la ley 222 de 1995 (Los Administradores deberán velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias (...), Numeral 4 del artículo 446 del Código de Comercio (El Representante legal debe presentar un informe escrito sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión y las medidas cuya adopción recomiende a la Asamblea) -Artículo 47 de la Ley 222 de 1995 (Informe de Gestión). Por “*no aceptar como válidos los razonamientos expresados por el accionante*” en ejercicio de la facultad derivada del principio contable relativo a la materialidad e importancia relativa de la información.
- ✓ Por errónea interpretación del Artículo 63 del Código Civil (culpa y dolo) por la supuesta omisión de la SFC en indagar aspectos que determina la ley contable para la interpretación de las facultades que se otorgan por la NIC 10 para aplicar el principio de materialidad e importancia relativa

5.2. Falsa motivación

Sostiene el demandante que los actos administrativos censurados adolecen de una falsa motivación en razón a que tuvieron sustento en supuestos de hecho y de derecho que considera inexistentes, contrarios a la realidad, aplicados por la SFC con un alcance del cual carecen y que no justifican la sanción adoptada.

En este acápite del texto de la demanda, el actor afirmó que hubo una falsa motivación en razón a que:

- i. Los actos atacados fueron proferidos con inexistencia de fundamentos de hecho y de derecho, ya que los mismos discurrieron en torno a la configuración o no de la materialidad de la información derivada de la pérdida de más de diez millones de kilos de maíz en la bodega de Nutrilisto y la constitución de la provisión por el embargo por más de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000.00) decretado en un proceso ejecutivo sobre sus cuentas y bienes inmueble y muebles, pero la SFC no tuvo en cuenta que el demandante en su condición de representante legal de Almagrario S.A tenía la discrecionalidad y la facultad legal de revelar o no dichas situaciones en los Estados Financieros y tampoco se hizo mención acerca de los motivos que le llevaron a omitir la revelación de dichos eventos.
- ii. Los supuestos hechos esgrimidos en los actos demandados son contrarios a la realidad en el entendido que “*las anotaciones temáticas de la Superintendencia acerca de su propia percepción*”



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

acerca de qué considera válido y adecuado sobre la aplicación del principio de materialidad y de la importancia relativa en estricto rigor y en relación con el concepto de falsa motivación tipifica no solo la causal de haberse sancionado sin fundamento fáctico y legal sino además una motivación que concreta por sí y ante sí un alcance diametralmente contrario a la realidad, específicamente por error de entendimiento y conciliación entre lo permitido y actuado frente a su visión carente de omnicomprensividad y de valoración cuantitativa y cualitativa(...)”

- iii. El autor del acto le dio a los fundamentos de hecho y de derecho un alcance que no tienen, como quiera que la SFC *“a lo largo de la actuación administrativa sesgó y otorgó a la norma NIC 10 la cualidad de evidenciar y proyectar comportamientos objetivos de cumplimiento o no sin percatarse que ello no es de esa manera”*.
- iv. Los motivos que sirven de fundamento no justifican la decisión, porque *“para la SUPERFINANCIERA el solo hecho de la presencia de un proceso ejecutivo por una cuantía de seis mil millones genera de manera automática la concreción de la materialidad, sin percatarse que ello no es necesariamente cierto (...)”* Lo que hizo el doctor Mahecha por enésima vez, fue conceptualizar y proyectar la inconveniencia de una revelación que no iba a generar efectos negativos en contra de nadie (...).

En resumen, en este cargo plasma el accionante su entendimiento de los actos demandados asegurando que adolecen de falsa motivación como quiera que estamos en presencia de una simple diferencia de criterio entre la SFC y éste, pues considera que no incumplió ningún deber legal o norma alguna como quiera que al momento de definir la información que debía ser revelada entre el final del período contable (año 2015) y la aprobación de los estados financieros para su publicación, así como aquella que debería revelarse en los Estados Financieros intermedios (Junio de 2016), ponderó variables financieras, jurídicas y operativas al amparo de la norma NIC 10.

5.3. Peticiones subsidiarias

- ✓ Entiende el demandante que los dos cargos que se le imputaron tuvieron origen en los mismos hechos y siendo así, concluye, que se le debe absolver de uno de los cargos.
- ✓ Alega que en los actos atacados no hubo ponderación sobre su conducta y en consecuencia el monto de la sanción debe ser reducido.

VI. RRAZONES DE DEFENSA – EXCEPCIONES

6.1. Consideraciones preliminares.

Con el objetivo de ofrecer la mayor claridad posible sobre este asunto debemos hacer mención a los siguientes aspectos:

6.1.1. Antecedentes

- ✓ Mediante comunicación número 2016088867-000-000 del 11 de agosto de 2016 la Revisoría Fiscal de Almacenes Generales de Depósito ALMAGRARIO S.A., remitió a esta Superintendencia copia del oficio enviado al señor Juan Carlos Mahecha Cañón en su condición de presidente de la mencionada entidad, en la cual ponía de manifiesto algunas situaciones que tenían *“(...) incidencia directa sobre la estructura de liquidez y patrimonial de la Compañía (...)”*.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- ✓ La SFC estableció que el día 21 de enero de 2016, ALMAGRARIO S.A. realizó una visita a las bodegas de Nutrilisto en la que encontró un faltante de mercancías de maíz. ALMAGRARIO S.A. había expedido Certificados de Depósito de Mercaderías (CDMs) con subyacente en dicho maíz, que no fue hallado, por un valor aproximado de \$7.370 millones.
- ✓ Como consecuencia de la pérdida de la mercancía se presentó un no pago de los CDMs y la sociedad C.I. ADM Colombia Ltda. inició en el mes de abril de 2016 un proceso ejecutivo contra ALMAGRARIO S.A. en el que se ordenó en mayo de 2016 el embargo de sus cuentas bancarias hasta la suma de \$6.000 millones.
- ✓ Todas estas circunstancias corresponden a la información que el señor Mahecha Cañón omitió revelar con los estados financieros correspondientes (De final de ejercicio e intermedios) y, tampoco se hizo mención de los hechos que habían ocurrido para la fecha de presentación del informe de gestión que debía presentar en su calidad de representante legal a la Asamblea General en el mes de marzo de 2016.
- ✓ Con ocasión de los hechos advertidos por la revisoría fiscal, la SFC mediante oficio radicado No. 2016128157-000-000 del 16 de noviembre de 2016 formuló pliego de cargos de carácter personal en contra del señor Juan Carlos Mahecha Cañón en su calidad de Representante Legal de ALMAGRARIO S.A..
- ✓ El entonces investigado, a través de comunicación radicada con el número 2016128157-009-000 del 6 de enero de 2017, por conducto de su apoderado, rindió las explicaciones pertinentes. De los argumentos planteados como descargos cabe mencionar:
 - Indicó que como parte de la valoración que realizó, en virtud de la posibilidad que se le abría conforme al contenido de la norma contable NIC 10, asumió que si bien en principio se podía pensar que la existencia de un proceso ejecutivo instaurado por la sociedad C.I. ADM Colombia Ltda. era significativa y relevante, existían otros elementos de juicio que le permitían omitir la afectación de los estados financieros con la provisión de la contingencia jurídica correspondiente.

Adujo en su defensa que analizó la certeza efectiva que tenía sobre el pago de la obligación, atendiendo el hecho de que se asumieron medidas que mitigaban el riesgo y lo reducían a cero y consideró lógico no revelar la información por cuanto *“malentendida, o por lo menos no bien valorada por otro grupo de acreedores, podía paradójicamente, ahí sí, afectar de manera grave la viabilidad de la sociedad por el efecto cascada de procesos ejecutivos susceptibles de instaurarse a partir del ejercicio de cláusulas aceleratorias”*.
- ✓ Una vez evaluados los argumentos de defensa junto con los demás antecedentes de la actuación, el Superintendente Delegado para Intermediarios Financieros Uno profirió la Resolución No. 0130 del 30 de enero de 2018 mediante la cual sancionó al señor Juan Carlos Mahecha Cañón con dos multas por valor de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) cada una. Los cargos por los que se impuso la sanción se resumen así:
 - Respecto del primer cargo se demostró que en el ejercicio del cargo de representante legal de ALMAGRARIO S.A., el señor Mahecha Cañón incumplió con el deber de llevar la contabilidad

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

de la entidad vigilada según las normas aplicables, y además remitió a esta Superintendencia información contable, engañosa o inexacta, de manera que se impidió a esta Autoridad Estatal conocer oportunamente la situación patrimonial de la misma.

- En cuanto al segundo cargo se dijo que el entonces investigado incurrió en el incumplimiento de los deberes y obligaciones legales que le correspondían en desarrollo de sus funciones por el desconocimiento a lo señalado en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995¹⁰ y por la inobservancia a lo previsto en el numeral 4 del artículo 446 del Código de Comercio¹¹ en concordancia con el artículo 47 de la Ley 222 de 1995¹².
- ✓ Contra esa decisión el ahora accionante interpuso recurso de apelación radicado 2016128157-034-000 del 13 de febrero de 2018, que fue desatado de manera desfavorable por medio de la Resolución No 002 de 4 de enero de 2019.

6.1.2. La facultad sancionadora de la Administración Pública.

Las facultades o potestades de la administración pública tradicionalmente se han clasificado como administrativas, administrativo-jurisdiccionales, reglamentarias y regladas; que en ocasiones se intentan presentar como contrarias o encontradas con la potestad discrecional, sancionadora y disciplinaria.

La potestad sancionadora puede definirse, en las voces del doctrinante Jaime Ossa Arbeláez¹³, como:

“[...] una atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones.

Imposible sería concebir la administración sin un régimen represivo o correctivo que no penara las desobediencias a la estructura interna del Estado o a su esquema normativo externo. La existencia de una disciplina es apenas lo más elemental a lo que puede aspirar una administración.

[...] Bajo esta perspectiva la potestad sancionadora es un complemento de la potestad de mando en cuanto asegura el cumplimiento de las decisiones administrativas. Es bueno advertir desde ahora que la potestad sancionadora de la Administración, tanto bajo el ángulo correccional como disciplinario, está regida por el preconcepto de que es reglado y no discrecional [...].”

¹⁰ Prevé que (...) los representantes legales de las entidades sometidas a la vigilancia de esta Superintendencia, tienen el deber de, entre otros, ‘Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias’, obligación que implica (...) cuidar para que, a través de su propia conducta, por acción u omisión no se incumplan tales disposiciones.

¹¹ Establece que terminado cada ejercicio contable, en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, los administradores deberán presentar a la asamblea o junta de socios para su aprobación o improbación un informe escrito del representante legal sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión, y las medidas cuya adopción recomiende a la asamblea.

¹² En lo que se refiere al contenido del informe de gestión, el artículo 47 de la Ley 222 de 1995 prevé de manera concreta los aspectos que deben ser incluidos en el mismo señalando entre otros, (i) los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio y (ii) la evolución previsible de la sociedad.

¹³ Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una nueva teoría general y una aproximación para su autonomía. Colombia. Legis 2000



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Siendo claro entonces que la potestad sancionadora es reglada, la administración puede sancionar, indistintamente, por desconocimiento de la ley, de ordenanzas, de decretos, de reglamentos y de circulares, atendiendo el marco preciso que la normatividad haya establecido para su competencia.

Sostiene Jaime Ossa Arbeláez, introduciendo el concepto de reserva de ley en las infracciones administrativas, que:

“El principio de reserva de ley se considera como un subprincipio de legalidad. [...] Sin embargo, más que un subprincipio del de legalidad, el de la reserva de ley, que como tal no tiene alcance positivo, es una forma de expresar que las infracciones y sanciones deben estar previstas en la ley. En este sentido la reserva legal tendría un alcance normativo, confundándose con el principio mismo de legalidad”¹⁴.

En el caso objeto de estudio la sanción que impuso la Superintendencia Financiera en contra la demandante fue consecuencia del haber incurrido en varias infracciones que se encuentran contenidas en la ley, por lo que mi defendida actuó con perfecta observancia del concepto de reserva de ley que se debe pregonar de la facultad sancionadora de la administración.

Ahora bien, la facultad sancionadora de las autoridades de supervisión incluye la facultad represiva de la conducta realizada fuera del ordenamiento vigente. En un estudio relativo exclusivamente a la función punitiva por parte de los organismos de vigilancia, se encuentran las siguientes precisiones:

“La función de vigilancia y control es una facultad de carácter operativo, que busca asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes a través de mecanismos preventivos y represivos. La variedad de competencias de estos organismos conduce siempre a la unidad de su misión: prevenir y sancionar, lo cual cumplen a través de facultades de reglamentación, instrucción, investigación, requerimiento y sanción. Sin embargo y debido a que la sanción sólo es la última ratio de un organismo de control, las facultades punitivas deberían ejercerse después de la concertación, exhortación o requerimiento. Pero cuando estos mecanismos preventivos fracasan o la gravedad del comportamiento lo justifica, estas autoridades pueden imponer toda una serie de sanciones, las cuales deben respetar, por supuesto, un estricto procedimiento en su aplicación. Las facultades punitivas se presentan entonces como un complemento de las preventivas. Complemento indispensable cuando las medidas preventivas resultan insuficientes y la autoridad debe entonces penalizar los infractores para asegurar una protección eficiente del sector encomendado.”¹⁵

En esos términos se repite en la doctrina especializada que la función preventiva de las autoridades de supervisión se entremezcla irremediabilmente con aquellas disuasivas y de sanción, sin que se pueda comprender que una excluya a la otra.

Ahora bien, realizando una expresa referencia a la facultad sancionatoria de las superintendencias en Colombia, Claudia Jiménez Jaramillo en el artículo denominado “Un régimen jurídico propio para las actividades de vigilancia y control”. publicado por la Universidad del Externado en 1999, indicó:

“Nuestra legislación siempre ha reconocido a las superintendencias, organismos administrativos, junto a las competencias preventivas, facultades sancionatorias propias”.

¹⁴ Ídem

¹⁵ Jiménez Jaramillo Claudia (1999). Revistas universidad del externado, artículo UN RÉGIMEN JURÍDICO PROPIO PARA LAS ACTIVIDADES DE VIGILANCIA Y CONTROL. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download>



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La misma autora afirmó:

“En Colombia, la naturaleza y la constitucionalidad de las atribuciones preventivas y represivas de las superintendencias, ‘funciones de soberanía’ en derecho constitucional, no han generado mayor discusión.

[...] En Colombia, la evolución de las facultades punitivas de las superintendencias se dio más que todo con respecto al fortalecimiento de las sanciones susceptibles de ser impuestas. Desde su creación, prácticamente todas estas autoridades gozaron de competencias represivas complementarias de sus facultades preventivas. Sin embargo, con el tiempo el poder punitivo fue perdiendo fuerza coercitiva porque el monto de las sanciones pecuniarias no era lo suficientemente elevado para las personas destinatarias de las mismas”¹⁶.

En este sentido, se puede aducir que la función de vigilancia y control de la autoridad administrativa, encierra dos caracteres: uno preventivo del orden sometido a su inspección, que se cumple, desarrolla y ejerce a través de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República conforme lo señala la Constitución Política, y un segundo, represivo, que pretende precisamente reconducir la acción equívoca o realizada fuera de tal ordenamiento, por la vía de la medida administrativa sancionatoria, al conducto de la legalidad, ejercido por las Superintendencias en general.

En el presente caso, tenemos que la SFC actuó dentro del marco de sus competencias con apego a las disposiciones legales correspondientes, el señor Juan Carlos Mahecha Cañón desatendió provisiones de obligatorio cumplimiento y en consecuencia se hizo acreedor de la sanción derivada de la potestad que ostenta mi representada, es claro que mi prohijada actuó dentro de los parámetros de la ley y de sus facultades sancionadoras al momento de proferir las Resoluciones atacadas, propendiendo en todo momento por la protección de los intereses de terceros y su confianza en el sistema.

6.1.3. Carácter de interés público de la actividad financiera

Previo al análisis de cada uno de los argumentos de defensa, es necesario realizar una breve reseña respecto del carácter de interés público del que está revestida la actividad financiera, aseguradora y bursátil, así como los principios orientadores aplicables en la materia y las facultades que recaen en la Superintendencia Financiera como organismo técnico de supervisión, control y vigilancia de las entidades y personas que, en general, interactúan en cualesquiera de estos mercados, a partir de lo cual, resultan absolutamente nítidas las razones, o mejor, el sustento fáctico y jurídico de las Resoluciones aquí demandadas.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 333 y 335 de la Constitución Política, las actividades financieras, aseguradoras y bursátiles son de interés público. Así se indica que:

“Art. 333. Inc. 1. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”.

“Art. 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a los que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

¹⁶ Ídem



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Ese carácter de interés público se funda en el principio de la prevalencia del interés general y en la exigencia para las autoridades de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares, teniendo en cuenta que el bien común constituye un límite a la actividad económica y a la iniciativa privada.

Respecto de la vigilancia sobre las mencionadas actividades de interés público, el artículo 189 de la Carta Magna establece:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y sociedades mercantiles.

25. (...) ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.”

Por su parte, estatuyen los artículos 209 y 211 de la Constitución:

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones [...]

“Artículo 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades [...]”

Dentro del contexto constitucional descrito se tiene que la actividad financiera, aseguradora y bursátil es de interés público, y debe ser vigilada y autorizada por el Estado, como quiera que envuelve los intereses de terceros de buena fe que confían en tales entidades y en la supervisión que el Estado hace de las mismas.

Teniendo esto en mente, el artículo 11.2.1.3.1., del Decreto 2555 de 2010 reza:

“El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejerce a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.”

De las normas transcritas con antelación no surge duda alguna de que la Superintendencia Financiera tiene las facultades de ejercer inspección, control y vigilancia sobre las personas que realicen actividades propias del sistema financiero, siendo éste el asunto que nos compete en el caso sub examine. En esa medida, la atribución de estas funciones otorgadas a la Superintendencia Financiera constituye una expresión del control estatal reforzado sobre esta actividad económica y los agentes que la desempeñan.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

El ejercicio eficaz de las facultades de supervisión atribuidas a esta entidad se encuentra ligada a la posibilidad de expedir normas generales de obligatorio cumplimiento y de sancionar su inobservancia. Así las cosas, podía mi representada, en su papel de policía administrativa, entendida ésta como una expresión del control estatal reforzado sobre la actividad económica respecto de los agentes que la desempeñan, como en efecto aconteció, adoptar las sanciones correspondientes que hoy el demandante censura.

Como quiera que los cargos de infracción de las normas en que debieron fundarse y falsa motivación, con los que se pretende desvirtuar la legalidad de las Resoluciones 0130 de 30 de enero de 2018 y 0002 de 4 de enero de 2019 se soportan en los mismos argumentos, procederé a desarrollarlos de manera conjunta, así:

6.2. Las Resoluciones demandadas no se encuentran incursas en el vicio de infracción de las normas en que debieron fundarse.

Lo primero respecto de lo que debo llamar la atención del Despacho es que los actos demandados se encuentran fundamentados en normas que eran de obligatorio cumplimiento y de estricta observancia por parte del entonces sancionado, y estas fueron aplicadas e interpretadas correctamente por la SFC.

De otra parte, en lo que tiene que ver con las censuras de la demanda, es necesario recordar que no basta con enunciar que los actos acusados infringieron la ley, sino que se hace indispensable, en virtud del principio de legalidad que los ampara que la parte demandante pruebe que el fundamento de los actos acusados fue equívoco. Respecto a ahora, respecto de la causal a la que hace referencia el demandante debe precisarse que esta es una causal genérica de nulidad o ilegalidad, ya que ciertamente cualquiera de los vicios que contempla la ley encajan en ella, pues la expedición del acto por un funcionario incompetente, viola la disposición que le atribuye las funciones al mismo, o expedirle en forma irregular o con desviación del poder, es vulnerar la norma superior que ordena actuar con unas formalidades determinadas, con unos fines específicos que ella misma señala, por lo que la doctrina judicial del Consejo de Estado ha señalado que esta causal comprendería a las demás como bien lo observa “(...) *el profesor Waline, todas esas causales se reducen a una sola: el quebrantamiento o violación de norma superior de derecho (...)*”, posición que no comparte el maestro Berrocal Guerrero, quien manifiesta que “(...) *se debe entender la causal como una igualmente específica y no genérica como se pretende, dado que el legislador no es dado a incluir normas innecesarias (...)*”¹⁷.

De otro lado, en fallo del quince de marzo de dos mil doce. Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660). Actor: ACCENTURE LTDA. Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, manifestó:

“(...) La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea.

Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón

¹⁷ Berrocal Guerrero, Luis, Op. Cit., p. 498.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso.

Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión.

El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias:

- 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y*
- 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.*

Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. (...) (Destaco)

Teniendo en cuenta este marco general procederé a analizar el fondo del cargo propuesto en la demanda, de cara a cada planteamiento, así:

6.2.1. No existió violación de las normas relacionadas con el debido proceso.

Sostiene el demandante que en los actos atacados se presentó una violación directa al artículo 29 de la Constitución Política como consecuencia de una indebida integración del contradictorio, sobre el particular se dice en la demanda “Lo cierto es que este acervo probatorio, el cual está contenido en todo lo recaudado por la propia Superintendencia Financiera en el expediente de la actuación administrativa, que el mencionado órgano de control no fue garante de todas las prerrogativas constitucionales y legales, al omitir por demás a sabiendas, la vinculación de otro sujeto íntimamente relacionado y en cierto modo copartícipe respecto de los hechos observados, conocidos, investigados y sancionados, todo con el consecuente efecto de falta de integridad y agravación de la situación patrimonial del que fue afectado único con el fallo”.

Aduce que como quiera que en sede administrativa no se vinculó a la Revisoría Fiscal siendo que la misma compartía responsabilidad por los hechos que se le imputaron, dicha situación resulta además violatoria de su derecho al debido proceso, porque “su desvinculación sí afectó los intereses de mi procurado, tanto desde el punto de vista patrimonial como desde el punto de vista sustancial, básicamente al no poderse confrontar el fondo de su defensa lo que respecta a los alcances subjetivos de una valoración sobre un hecho acaecido con posterioridad al cierre de la videncia del 2015, por importancia Parente por su cuantía pero neutralizado desde un principio en sus efectos, tal cual ocurrió posteriormente”

Previo a desarrollar la excepción que corresponde por parte de mi prohiljada cabe recordar que el derecho al debido proceso “constituye un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. En consecuencia, implica para quien asume la dirección del procedimiento la obligación de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la Ley o en los reglamentos. Esto, con el fin de preservar los derechos de quienes se



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación o a la imposición de una sanción*¹⁸.

Bajo la acepción anterior, el debido proceso se resuelve en un desarrollo del principio de legalidad, en la medida en que representa un límite al poder del Estado. De esta manera, las autoridades estatales no pueden actuar a voluntad o arbitrariamente, sino únicamente dentro de las estrictas reglas procedimentales y de contenido sustancial definidas por la Ley.

La forma de adelantar las diferentes etapas de un trámite, de garantizar el derecho de defensa, de interponer los recursos y las acciones correspondientes, de cumplir el principio de publicidad, etc., se encuentra debidamente prevista por el Legislador y con sujeción a ella deben proceder los jueces o los funcionarios administrativos correspondientes.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte¹⁹, el debido proceso comporta al menos los derechos (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) el derecho a la defensa.

Del debido proceso también hacen parte, los derechos a (iv) *las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria*²⁰; (v) a un proceso público, llevado a cabo en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas; (vi) y a la independencia e imparcialidad del juez.

Como se indicó, el debido proceso cobija el derecho de defensa. Esta garantía supone la posibilidad de emplear todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y pretender una decisión favorable. En virtud de su contenido, todo ciudadano ha de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su estrategia y posición, así como con la asistencia de un abogado cuando sea necesario, de ser el caso proporcionado por el Estado, si la persona carece de recursos para proveérselo por sí misma. La posibilidad de que toda persona pueda emplear todas las herramientas y mecanismos adecuados para defenderse comporta, además, la facultad procesal de pedir y allegar pruebas, de controvertir las que se aporten en su contra, de formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten²¹.

Bien, a efectos de atender las censuras del actor también debemos hacer referencia a la figura de la integración del contradictorio, frente a este aspecto, en la Sentencia C-401/13 se precisó que de esta manera se garantiza el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, *“de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la Ley otorga”*.

¹⁸ Sentencias T-073 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹⁹ Sentencias C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo y C-496 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰ En la Sentencia C-496 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte expresó: “[a]un cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria...”.

²¹ Ver sentencias T-258 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-496 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-089 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-1083 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería y C-127 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

El Consejo de Estado por su parte, en sentencia del diecisiete de abril de dos mil trece radicado número 2006-01754 indicó que *“la figura del litis consorcio necesario y la integración del contradictorio, contempla la posibilidad para el juez de que en el auto que admite la demanda, se ordene dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado. Pero, de no haberse ordenado el traslado al admitir la demanda, le otorga la facultad para que de oficio o a petición de parte ‘mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia’, cite a las personas en mención, a quienes concederá el mismo término para que comparezcan. Ahora, si bien es cierto, que decidir en la sentencia el recurso de reposición interpuesto contra el auto que ordena integrar el litis consorcio necesario, evidencia una falta de técnica jurídica del operador judicial, no lo es menos, que esta anomalía no cuenta con la entidad suficiente como para desquiciar o viciar la actuación a tal punto que pueda predicarse la configuración de una nulidad”*²².

Así las cosas, lo que se tiene es que si bien la integración de la litis hace parte del derecho fundamental del debido proceso, lo es de la parte que viéndose afectada por una decisión no hace parte del proceso y por ende no ejerce su derecho a la defensa, esto dista de la idea planteada en la demanda, pero además salta a la vista que la parte actora no tuvo en cuenta el escenario en el que fueron expedidos los actos administrativos demandados y que le impiden sustentar el cargo en cuestión en los términos en los que se indicó en la demanda.

Cabe destacar el hecho de que olvidó por completo el demandante que en virtud de las previsiones señaladas en el artículo 209 del Capítulo II de la Parte Séptima del EOSF *“(…) La Superintendencia (...) podrá imponer las sanciones previstas en el presente Estatuto a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de una institución sujeta a su vigilancia cuando (...)”*.

Señor Juez de simple lectura de la norma salta a la vista la existencia del principio de responsabilidad personal que se convierte en la base sobre la que se asienta el sistema administrativo sancionatorio, ya que nadie puede ser sancionado sino por actos que le puedan ser directamente imputados.

Es claro que la responsabilidad solidaria, como forma eficaz de garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, no puede penetrar en el ámbito del derecho sancionador porque, de lo contrario, se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos, sin que quepa, con el fin de una más eficaz tutela de los intereses públicos, establecer responsabilidad alguna sancionable solidariamente por actos ajenos.

El principio de personalidad implica que únicamente pueden ser sancionados quienes hubieran realizado la conducta infractora, dado que en derecho administrativo sancionador es imposible disociar autoría y responsabilidad. Por tanto, este principio excluye la posibilidad de que se impongan sanciones subsidiarias, en las cuales un sujeto (el responsable) responda por otro (el infractor). Solo cabe imponer una sanción si se entiende que el *“responsable”* es coautor de la infracción o se considera que ha cometido a su vez otra infracción, tipificada como tal por el ordenamiento jurídico. Aunque se trate esencialmente de obligaciones pecuniarias, no puede buscarse una explicación en las reglas de la responsabilidad civil, porque se trata de la imposición de una sanción.

Así, tenemos que tratándose de régimen sancionatorio la norma no contempla que la responsabilidad sea compartida entre directores, administradores, representantes legales, etc., sino que dispone de un catálogo de deberes y prohibiciones que deberán observarse, desde el marco de sus funciones, para cada uno de ellos.

²² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 76001-23-31-000-2006-01754-01(0900-11)



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Ahora, vale la pena señalar, que no encontró esta Entidad mérito para iniciar una investigación respecto de la Revisoría Fiscal de ALMAGRARIO S.A., es más en los antecedentes administrativos de los actos atacados se puede observar que dicho ésta cumplió con las cargas impuestas en el numeral 3º del artículo 207 del Código de Comercio y en el numeral 3.1.3 del Capítulo III del Título I Parte I de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia al remitir la comunicación número 2016088867-000-000 del 11 de agosto de 2016, en la que hizo llegar a esta Entidad la copia del oficio enviado al aquí demandante, en el que manifestaba que dentro del trabajo de auditoría que venía desarrollando para dictaminar los estados financieros a 31 de diciembre de 2016, había *“(..). identificado algunas situaciones que considero tienen incidencia directa sobre la estructura de liquidez y patrimonial de la Compañía (...).”* y, dentro de tales situaciones describe que:

“(..). se presentó una disposición indebida de inventarios (maíz) que estaban bajo el control de Almagrario y que permanecían en la planta del cliente (Nutrilisto), los cuales estaban respaldando Certificados de Depósito de Mercancías (CDMs) por valor aproximado de \$7.370 y que tuvieron vencimiento entre febrero y abril de 2016. Al respecto, Almagrario se encuentra realizando las acciones de reclamación ante la compañía de seguros que lo ampara y los acuerdos con los tenedores de los CDMs para efectuar el pago correspondiente”.

Teniendo en cuenta la gestión adelantada por la Revisoría Fiscal se observa que la misma cumplió con la carga legal de **i)** *“[c]olaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados”* y, **ii)** *“(..). suministrar a los organismos de supervisión del Estado información atinente a las situaciones de crisis de las entidades fiscalizadas, que afecten materialmente su capacidad para cumplir con los compromisos contraídos o que representen un riesgo significativo para la continuidad del negocio, dado el peligro que la situación representa para la entidad sin que pueda entenderse que el suministro de dicha información menoscabe la independencia propia del ejercicio de la revisoría fiscal”.*

Aunado a lo anterior, valga advertir que además de no evidenciarse incumplimiento obligatorio alguno en cabeza de la Revisoría Fiscal de ALMAGRARIO S.A., lo cierto es que jamás hubiese podido integrarse la litis con ésta, pues a lo sumo de ser procedente, se hubiera iniciado una acción administrativa sancionatoria independiente, de carácter personal que no tendría incidencia en las resultas del proceso iniciado en contra del señor Mahecha Cañón.

Igual suerte habría corrido cualquier censura respecto de la Junta Directiva de ALMAGRARIO S.A., que de haber sido requerida por alguna responsabilidad respecto del ejercicio de sus funciones en nada se afectaría la actuación adelantada por esta Superintendencia respecto del ahora accionante quien fue requerido en su calidad de Representante Legal por el incumplimiento de sus obligaciones contenidas en la Ley.

Ahora, como quiera que la parte actora asevera que al no haberse integrado la litis con la Revisoría Fiscal de ALMAGRARIO S.A. se violó su derecho al debido proceso, especialmente en lo referente a la presunción de inocencia y el principio de favorabilidad, debe indicarse que la interpretación que el demandante hace de los mentados principios es absolutamente lejana a la realidad que reviste la actuación administrativa que antecedió a los actos administrativos cuya nulidad se deprecia.

La presunción de inocencia a voces de la Corte Constitucional, sentencia C-289/12 implica que *“(..). cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales (...).”*



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Frente a este principio la misma corporación en sentencia C 003 de 2017 indicó:

“(...) La presunción de inocencia es un derecho en virtud del cual la persona deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario a través de un proceso judicial adelantado con todas las garantías, en el cual se le haya declarado judicialmente culpable mediante sentencia ejecutoriada. Asimismo, la presunción de inocencia es una de las garantías que hacen parte del debido proceso y tiene un carácter fundamental, por lo cual debe aplicarse no solo a sanciones penales, sino también administrativas. Al respecto, desde el inicio de la jurisprudencia se ha dicho lo siguiente:

‘En este orden de ideas, con la consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental constitucional extensivo a toda disciplina sancionatoria se busca vincular a las autoridades que, en ejercicio de sus funciones, impongan sanciones de cualquier índole. De esta forma, se quiere evitar la presencia de actuaciones arbitrarias, en la cual el funcionario unilateralmente imponga la sanción, y que la presunción de inocencia que establece la Constitución sólo sea desvirtuada a través de un proceso en donde el sindicado tenga la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa de la debida forma (...).’

Por otra parte, para la doctrina, el principio de favorabilidad aplica en el ámbito del derecho sancionatorio de la administración porque *“los actos que imponen la pena son formalmente administrativos pero materialmente jurisdiccionales, por lo que en su expedición se debe brindar también las protecciones propias del derecho penal que tiene en la favorabilidad una de sus más preciadas expresiones de indemnidad, defensa y seguridad del ciudadano”*²³ .

Teniendo en cuenta los presupuestos enunciados y que guardan relación con los principios de presunción de inocencia y favorabilidad y al contrastarlos con lo dicho en la demanda, salta a la vista que el actor ni siquiera explico la posible manera en la que con los actos atacados se hayan vulnerado tales postulados simplemente porque sus apreciaciones además de ser etéreas carecen de fundamento.

Nótese como además que el proceso administrativo sancionatorio de que trata el artículo 208 del EOSF no contempla que se “integre la litis” siendo ello una consideración legalmente inadmisibles, por más que se aceptara tal disparate, no hay forma de acreditar que la participación como investigada de la Revisoría Fiscal, en sede administrativa, conllevara a que se relevara de responsabilidad al señor Mahecha Cañón por el incumplimiento de normas que específicamente se refieren a los deberes y las funciones del Representante Legal.

Sobre este último argumento cabe recordar que el demandante fue sancionado por los siguientes cargos:

Primer Cargo: (...) por el incumplimiento de la obligación legal consagrada en el literal h) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en concordancia con lo previsto en el numeral 13 del artículo 43 de los estatutos sociales de Almagrario S.A. y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) 10, 34 y 37 incorporadas a la sección de anexos del Decreto 2420 del 2015 en virtud de lo ordenado por el Decreto 2496 de 2015, disposiciones que establecen las normas contables aceptadas en Colombia.

Segundo Cargo: (...) por el incumplimiento de la obligación legal consagrada en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 por el desconocimiento a lo previsto en el numeral 4 del artículo 446 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 47 de la Ley 222 de 1995”.

²³ Ossa Arbeláez, Jaime, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática, segunda edición, Legis Editores S.A, Bogotá, 2009, Pp. 309-310.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Si se analizan las normas en cuestión, se observará que el literal h) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero destaca que los representantes legales, entre otros, deben abstenerse de “*No llevar la contabilidad de la entidad vigilada según las normas aplicables, o llevarla en tal forma que impida conocer oportunamente la situación patrimonial o de las operaciones que realiza, o remitir a la Superintendencia Bancaria información contable falsa, engañosa o inexacta*”, imperativo que también es contemplado en los estatutos sociales de la sociedad Almagrario S.A. al indicar en el numeral 13 del artículo 43 como función del Presidente “(...) Dirigir la contabilidad y organización de la Sociedad(...)”.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 prevé como deberes de los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. “*Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados*” “*Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias*”, entre otros.

Ahora, el numeral 4 del artículo 446 del Código de Comercio establece que, terminado cada ejercicio contable, debe presentarse a la asamblea o junta de socios “*Un informe escrito del representante legal sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión, y las medidas cuya adopción recomiende a la asamblea*”

En lo que se refiere al contenido del informe de gestión, el artículo 47 de la Ley 222 de 1995 señala de manera concreta los aspectos que deben ser incluidos en el mismo señalando “*una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad.*”

El informe deberá incluir igualmente indicaciones sobre:

- 1. Los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio.*
- 2. La evolución previsible de la sociedad.*
- 3. Las operaciones celebradas con los socios y con los administradores.*
- 4. El estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor por parte de la sociedad (...).”*

De la simple lectura de las normas que se encontraron como vulneradas por el entonces investigado se extrae con toda claridad que las obligaciones desatendidas le resultaban exigibles en su calidad de Representante Legal y su inobservancia no se justifica por el actuar de terceros, menos aún puede señalarse que no elevar cargos a la Revisoría Fiscal, Junta Directiva o cualquier otro, podía tan siquiera afectar los principios de favorabilidad o presunción de inocencia a los que se hace referencia.

Es claro que el demandante tenía que revelar información que se hubiese presentado en el término comprendido entre el cierre de ejercicio de 2015 y la aprobación de Estados Financieros en marzo de 2016 y en ese período sucedió que el día 21 de enero de 2016, Almagrario S.A. realizó una visita a las bodegas de Nutrilisto, encontrando un faltante de mercancías por 10.070.100 KG de maíz, con ocasión de la indebida disposición de las mercancías por parte de Nutrilisto, y que el 29 de enero del 2016 presentó una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, pero el señor Mahecha Cañón no lo informó, como tampoco reveló con los Estados Financieros intermedios a presentar el 30 de junio de 2016 que ante el impago de los certificados de depósito Números 20010, 20011, 20012 y 20013, que tenían como subyacente el maíz perdido, la sociedad CI ADM Colombia en contra de Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A., esta información no la conocieron terceros destinatarios de la misma incluida esta Superintendencia como órgano de inspección, control y vigilancia.

Aunado a lo anterior, se observa que las disposiciones enunciadas, imponen la carga a los Representantes Legales de presentar a la Asamblea o junta de socios para su aprobación, un informe escrito sobre la forma como hubiese llevado a cabo su gestión y el



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

señor Mahecha Cañón en el informe de gestión que sometió a consideración del máximo órgano de Almagrario S.A. omitió señalar los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio contable y cómo los mismos podían afectar la evolución de la sociedad, así como la ejecución de su objeto social, carga que no correspondía a la Revisoría Fiscal.

Por último, procede mencionar que en este cargo curiosamente reclama el demandante que se integrara el contradictorio con la Revisoría Fiscal porque de esta manera iba a “*tener acceso a otras pruebas*”, que él no aportó, o porque de hacer parte del proceso dicho órgano su sanción como representante legal hubiera sido más baja siendo que “*la Superintendencia omite la vinculación de otros sujetos procesales a sabiendas que si tienen potencialidad para responder por los hechos investigados*”.

Frente a estos argumentos solo cabe indicar que los mismos nada tienen que ver con el derecho al debido proceso que el actor reclama fue conculcado pues éste implica el respeto de garantías fundamentales, pero jamás se ha dicho que las mismas se tengan como vulneradas porque una de las partes del proceso tiene en su imaginario la idea que un procedimiento legalmente establecido no se modificó para satisfacer sus intereses, ahora si el demandante tenía conocimiento de la existencia de pruebas en manos de la Revisoría Fiscal que acreditaran que sí había cumplido con la carga que la ley le imponía como Representante Legal de Almagrario S.A. en el manejo de la contabilidad de la sociedad y en la presentación del informe de gestión, pudo haberlas hecho llegar al proceso y ello no fue así, como tampoco es cierto que se haya vulnerado algún derecho porque en los actos demandados mi prohijada no haya estudiado respecto de la Revisoría Fiscal “*los efectos de un silencio cuyo contenido gravitó a manera de aliento, en la interpretación dada por el doctor Mahecha al principio contable de materialidad e importancia relativa*”, este argumento por demás penoso cuando un profesional experto espera que se excuse el incumplimiento de un deber legal porque “*no le dijeron nada*” desde la Revisoría Fiscal.

Aunado a todo ello, no sobra mencionar que el hecho de no se vincularan más partes en sede administrativa no limitó ni impidió su debido proceso, pues contó con plenas garantías procesales, pues, además de contar con etapas procesales para rendir descargos, pedir y aportar pruebas, interponer recursos en contra de actos intermedios, alegar de conclusión y apelar, aquella supuesta e ilegal vinculación no está prevista en la legislación como un atenuante o como un mecanismo de defensa que pueda por si solo se considere un eximente de responsabilidad.

Así Señor Juez, pretender una supuesta integración de la litis en sede administrativa a efectos de identificar una responsabilidad compartida y ponderar la sanción impuesta, deviene en improcedente no solo porque contradice la ley sino porque además no se encuentra ningún argumento que tenga la envergadura suficiente para indicar que el señor Mahecha Cañón en su calidad de Representante Legal cumplió con sus obligaciones en pro del bienestar de Almagrario S.A y de terceros y que los errores derivados de la omisión de información contable y en la presentación en el informe de gestión del Representante Legal devinieran de la Revisoría Fiscal o de otro, de allí que este cargo desde su planteamiento no sea suficiente para atacar la legalidad de los actos demandados y no supera el mínimo de un control por parte del Juez.

6.2.2. Inexistencia de una infracción directa por indebida aplicación del literal a del artículo 209 del EOSF, numeral 2 del artículo 23 de la ley 222 de 1995, numeral 4 del artículo 446 del Código de Comercio, artículo y del 47 de la ley 222 de 1995

Como soporte de este cargo alega el señor Mahecha Cañón que “*En efecto, la norma en cuya inadecuada valoración incurre la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, a no dudar, está representada en la rotunda negativa del ente de inspección, control y vigilancia en aceptar como válidos los razonamientos expresados por el doctor Juan Carlos Mahecha como expresión legítima de la facultad intrínseca y derivada del principio contable y relativo a la materialidad e importancia relativa*”.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En la demanda sostiene que *“Luego, se equivoca la Superintendencia al pretender imponer un criterio eminentemente objetivo en el rasero de su decisión, a sabiendas que en términos estrictos está desechando cualquier valoración sobre la razonabilidad de las decisiones adoptadas por el doctor Mahecha Cañón, particularmente en lo relativo a no revelar lo que de ante mano se sabía que no tenía virtualidad para impactar los estados financieros”* (resalto)

Como parte de sus censuras en este cargo también indica el actor que *“Entonces, si se examina con detalle las medidas adoptadas por el Doctor Mahecha, lo primero es resaltar que bajo ninguna circunstancia pretendió actuar a espaldas de los intereses de terceros, o si se quiere de los usuarios de los estados financieros como son los propios accionistas, la superintendencia y los terceros, ante todo, si se tiene en cuenta que las decisiones adoptadas para afrontar la contingencia de la pérdida del maíz en términos reales conjuraron y NEUTRALIZARON casi de manera inmediata su potencialidad de causar efectos sobre los resultados susceptibles de reflejarse en los estados financieros, específicamente con la obtención de una garantía hipotecaria suficiente para cubrir el valor de lo adecuado más sus intereses de mora proyectados a más de una año”*. (Destaco)

Siguiendo este derrotero en la página 88 de la demanda la parte actora insiste como soporte del cargo que: “Luego, si el principio contable señala que una cosa tiene importancia relativa si existe la probabilidad razonable de que el conocimiento que se tenga **de ella haya de influir en las decisiones de las personas prudentes que utilizan los estados financieros**, bien vale preguntarse cuál es la insistencia de la Superintendencia financiera para sostener de manera inflexible la vulneración de unas normas para castigar con la imposición de una sanción, cuando, también en ejercicio de la facultad de discernimiento que le otorgó la norma NIC 10, justamente por razón del principio contable de materialidad e importancia relativa (...)” (negrita fuera de texto)

Pues bien, de los apartes tomados del escrito demandatorio se extrae con claridad que el reclamo del accionante deviene del hecho de que mi representada supuestamente se abstuvo de valorar cuáles fueron las razones que lo llevaron a no revelar con los estados financieros al corte del 31 de diciembre de 2015 reportados por Almagrario S.A. a esta Superintendencia que el día 21 de enero de 2016, luego de realizar una visita a las bodegas de Nutrilisto, se encontró un faltante de mercancías por 10-070.100 Kg de maíz, situación que sí fue lo suficientemente importante que conllevó a que se iniciaran las acciones penales respectivas.

Alega el actor que en los actos atacados tampoco se analizaron los motivos por los que en los estados financieros intermedios a presentar el 30 de junio de 2016, no solo no informó la pérdida del maíz, sino que además tampoco reveló la existencia de un proceso ejecutivo iniciado por la sociedad CI ADM Colombia Ltda. que se instauró en abril de 2016 ante la falta de pago de los Certificados de Depósitos de Mercancías (CDM's) Nos. 20010, 20011, 20012 y 20013, expedidos por los Almacenes Generales de Depósito Almagrario por solicitud de Nutrilisto de Colombia S.A. y que tenían como subyacente el maíz faltante y, asegura, que tampoco se tuvo en cuenta la justificación de no informar que el Juzgado Veintiuno Civil de Circuito, el 13 de mayo del 2016 libró mandamiento ejecutivo en contra de Almagrario S.A. decretando el ‘EMBARGO Y RETENCIÓN de las sumas de dinero depositadas en cuentas de ahorro, corrientes, o cualquier otro título por 6000 millones de pesos.

Considera que al contar con la facultad de valorar cuáles hechos representan relevancia y cuáles no, en virtud de la norma internacional NIC 10, la SFC no debió haberle sancionado por una mera disparidad de criterio, sino que estaba obligada a analizar la motivación de sus decisiones y aceptarlas por ser las más beneficiosas para la sociedad.

Señor Juez, no puede ser de recibo que el demandante eleve ese tipo de censuras en un cargo en el que asegura que no se aplicaron debidamente el literal a del artículo 209 del EOSE, numeral 2 del artículo 23 de la ley 222 de 1995, numeral 4 del artículo 446 del Código de Comercio, artículo y del 47 de la ley 222



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

de 1995 disposiciones que además de hacer referencia a los deberes del Representante Legal, específicamente se citaron en los actos atacados como soporte del cargo relacionado con la omisión del cumplimiento del deber del señor Mahecha Cañón de presentar el informe escrito de gestión que todo representante legal debe presentar como anexo al balance a la Asamblea General y que debe corresponder a una exposición fiel sobre la evolución de los negocios, situación jurídica, económica y administrativa de la sociedad.

Este aspecto es muy importante porque denota que el actor no tiene claridad acerca de los reproches que se le hicieron en los actos atacados y confunde su desatención acerca de la revelación de información en los estados financieros y las omisiones en el contenido del informe escrito de gestión, dos obligaciones completamente distintas y con fundamentos normativos diferentes.

Aunado a lo anterior, resulta fundamental señalar que las NIC Normas Internacionales de Contabilidad a las que tanto hace referencia el demandante y en las que excusa la omisión en el informe de gestión, corresponden a un conjunto de pautas de carácter técnico que regulan la información económica que se debe **presentar en los estados financieros** y solo tienen cabida en ese escenario, entonces no entiende mi representada cómo la NIC 10 le permitió al señor Mahecha Cañón dejar de señalar en su informe aspectos como la pérdida de una cantidad importante de maíz y el inicio de un proceso penal por indebida disposición de mercancías en contra de una sociedad tan importante como Nutrilisto S.A.

La esencia de las NIC no es otra que la de contar con reglas que fundamentalmente propenden por garantizar la transparencia y calidad de la información financiera con altos niveles de exigencia, y que sirven para infundir confianza en los inversionistas que pueden acceder a los estados financieros teniendo la certeza de que se aplican prácticas contables serias y transparentes, siendo esta la lógica de dichas normas cómo puede llegarse a considerar que el criterio ampliamente defendido por el actor, pero claramente censurable, también le excusaba de rendir un informe de gestión veraz acerca de los hechos que se presentaron en ALMAGRARIO S.A. y que él conocía perfectamente.

Extraña entonces la argumentación del señor Mahecha Cañón, quien como representante legal de ALMAGRARIO S.A. debe distinguir perfectamente el alcance de la facultad que le otorgaba la norma NIC 10 y es que no podemos ignorar qué papel tiene el Representante Legal de una sociedad, no se trata de una figura sin relevancia sino que de su conducta depende gran parte del funcionamiento de la persona jurídica de allí que le sea exigible un comportamiento diligente y experto, no podemos pasar por alto que la persona jurídica como sujeto de derechos y obligaciones patrimoniales requiere de manera fundamental de un representante que lleve a cabo su proyección en la vida de los negocios. En tal virtud, el artículo 633 del Código Civil, al reconocer a la persona jurídica capacidad patrimonial le reconoce, simultáneamente, y como medio necesario para desarrollar esa capacidad, la facultad de ser representada judicial y extrajudicialmente a través de una persona física o natural con existencia en el plano físico o real de la vida comercial y con aptitud jurídica para obrar autónomamente a efectos de que ejerza los derechos y contraiga las obligaciones tendientes a la ejecución de la empresa social.

Ahora bien, el Representante Legal en materia societaria obedece a aquél figura capaz de dirigir, actuar y comprometer a la sociedad, es decir, los actos que gestiona el representante producen efectos de una manera directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del ente social. En otras palabras "(...) *tiene el encargo de celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro de la capacidad de la sociedad como una persona jurídica*".²⁴

Entratándose de entidades sujetas al control y vigilancia de esta Superintendencia las normas aplicables a la posesión de los representantes legales no establecen en detalle cuáles son las calidades que debe

²⁴ Pinzón, Gabino. Sociedades Comerciales, Volumen I, Quinta Edición, Editorial Temis.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

acreditar quien aspire a desempeñar uno de tales cargos (artículos 53, 74, numeral 4º y 326, letra g, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; párrafo 6º del artículo 7 y artículo 22 de la Ley 964 de 2005).

Sin embargo, del contenido y alcance de dichas disposiciones, así como de la especial naturaleza de las actividades (financiera, bursátil y aseguradora) desarrolladas por las mencionadas instituciones, se desprende claramente que al encontrarse sus representantes legales facultados para comprometer a las sociedades, el mismo le es exigible un comportamiento altamente calificado en el que prevalezca la seguridad del mercado y de terceros.

El señor Mahecha Cañón no podía confundir en ese momento y no puede venir a hacerlo ahora, el deber de revelación de información en los Estados Financieros con la presentación del informe de gestión, él debía poseer el conocimiento, la formación y la experiencia suficiente para asumir las responsabilidades que le demandaba el cargo y entre las que se cuentan el cumplimiento de la ley, así la conclusión lógica no es otra que la de negar las pretensiones de la demanda en cuanto a la indebida interpretación de normas se refiere.

No obstante todo lo anterior, iremos más allá en este punto para señalar la manera en la que en los actos atacados se tuvo por demostrado que el aquí accionante incumplió los deberes de que tratan el numeral 2 del artículo 23 de la ley 222 de 1995, numeral 4 del artículo 446 del Código de Comercio, artículo y del 47 de la ley 222 de 1995 y por ende mi prohijada inició la correspondiente actuación administrativa que devino en sanción.

Sea lo primero recordar que en el caso que nos ocupa mi prohijada inició una actuación administrativa respecto del señor Juan Carlos Mahecha Cañón, una vez recibió la comunicación de la Revisoría Fiscal de ALMAGRARIO S.A. en la que se remitió la copia del oficio dirigido al mencionado señor y, en la que se le requería acerca de las supuestas irregularidades que se venían presentando que guardaban relación con la pérdida de 10.070.100 Kg de maíz, a lo largo de la actuación administrativa mi prohijada recaudó sendas documentales que le llevaron a encontrar que en el Acta No. 106 correspondiente a la reunión de la Asamblea de Accionistas celebrada el 29 de marzo de 2016, en la que se señaló que:

“(...) numeral 13.2. HECHOS POSTERIORES AL CIERRE DE EJERCICIO, Posterior al cierre de ejercicio del año 2015, la entidad no tuvo conocimiento de hechos posteriores que incidan en la modificación de la estructura de los estados financieros, o que pueda influir en el normal desarrollo de las operaciones del Almacén (...)”.

Del análisis de la mera literalidad del acta enunciada encontró esta Superintendencia que el entonces investigado en su condición de representante legal sometió a consideración del máximo órgano social el informe de gestión en el que **omitió señalar** que con posterioridad al corte de fin de ejercicio del 31 de diciembre del 2015, esto es el día 21 de enero de 2016, ALMAGRARIO S.A. realizó visita a las bodegas de Nutrilisto, encontrando un faltante de mercancías con ocasión de la indebida disposición de las mismas por parte de Nutrilisto y la consecuente denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

Estos aspectos de gran relevancia no se informaron al máximo órgano social de la vigilada, **omisión** de la que el único responsable es el aquí actor, de allí que desde el pliego de cargos la SFC consideró que:

¹ Por este aspecto, cabe recordar que el artículo 335 de nuestra Constitución Política reconoce el interés público de las precitadas actividades y de cualquier otra relacionada con el manejo aprovechamiento e inversión de los recursos de los ahorradores, las cuales sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y conforme a los términos señalados en la ley.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

“(…) el acervo probatorio que conforma la presente actuación administrativa evidencia que el señor Mahecha Cañón en el informe de gestión que sometió a consideración del máximo órgano de Almagrario S.A. omitió señalar ‘los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio contable’ y como los mismos podían afectar la evolución de la sociedad, así como la ejecución de su objeto social.”²⁵. (Subrayado del original).

Si se observa en sede administrativa, al igual que en el escrito de demanda, el accionante justificó su omisión, bajo el supuesto de que contaba con la facultad de no informar dichas circunstancias, por cuanto las mismas carecían de materialidad e importancia relativa, y que en su sentir interno informar ese tipo de situaciones en la Asamblea General del Almacén General de Depósito dependía de la valoración que éste hiciera acerca del impacto que esos eventos podían tener sobre los estados financieros, supuesto que le lleva a concluir que no incurrió en ninguna omisión porque se encontraba facultado para decidir qué información debía reportar y cuál no, apreciación que tal y como se expuso carece de soporte jurídico.

Es claro, entonces, que el cargo que nos ocupa se descarta fácilmente al ser contrastado con las pruebas recaudadas en el expediente administrativo y con la literalidad de las disposiciones mercantiles que se aducen indebidamente aplicadas, pues es claro que en las mismas se establece la obligación para que los representantes legales presenten a la asamblea de accionistas, junto al balance de cada ejercicio, un informe escrito *“sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión, y las medidas cuya adopción recomienda a la asamblea”* el cual se insiste, debe *“contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad”*.

A pesar de la claridad de las exigencias normativas, de la revisión de la ya mencionada Acta No. 106, correspondiente a la sesión ordinaria de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de ALMAGRARIO S.A., celebrada el 29 de marzo de 2016, se observa que en el Informe de Gestión presentado a dicho órgano social por el representante legal, aquí demandante, al hacer referencia a los hechos ocurridos con posterioridad al cierre de ejercicio consignó que *“posterior al cierre del ejercicio del año 2015, la entidad no tuvo conocimiento de hechos posteriores que incidan en la modificación de la estructura de los estados financieros, o que pueda influir en el normal desarrollo de las operaciones del Almacén”*.

El accionante abiertamente reconoce que omitió informarle a la Asamblea General que se había dado la pérdida de 10.070.100 kg. de maíz, situación de la que tuvo conocimiento el 21 de enero de 2016, y que revestía tal relevancia que, en los términos de las disposiciones comerciales citadas, exigía que se incorporara en el Informe de Gestión dentro de la exposición sobre la evolución de los negocios del Almacén General de Depósito, su situación económica y jurídica, evolución previsible, así como en su condición de hecho significativo ocurrido con posterioridad al cierre del ejercicio, entonces los cargos que aquí nos ocupan y que no se soportan en ninguna disposición legal, no superan ningún control y mucho menos cuando los actos demandados están debidamente fundamentados en normas y en pruebas.

Con estas breves consideraciones salta a la vista la improcedencia de las censuras esbozadas por el demandante, pues claro está que esta Entidad sí analizó sus argumentos, pero los mismos no se compadecían de la realidad.

6.2.3. En los actos atacados la SFC no incurrió en interpretación errónea del artículo 209 del EOSF, de la Ley 222 de 1995, del Decreto que incorpora las NIC ni el artículo 63 del Código Civil, por la supuesta omisión de la SFC al indagar los aspectos que determina la ley contable



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

para la interpretación de las facultades que se otorgan para aplicar el principio de materialidad e importancia relativa.

Respecto de este cargo el accionante indica en la página 94 de la demanda que *“la culpa grave, el daño y el nexo causal entre éste y aquella no está demostrada en el expediente. O mejor, para la existencia de responsabilidad y, por consiguiente, de la indemnización resarcitoria favor de las arcas del Estado, supone – y eso es esencial – que entre la imputabilidad y el daño referido se establezca un vínculo causal para la restitución de los recursos. (...) Los errores de interpretación de la norma en materia de culpa, en estricto rigor, nacen de una omisión grave de la Superintendencia en indagar los aspectos básicos que determina la ley contable para la interpretación de las facultades que se otorga para aplicar el principio de materialidad e importancia relativa (...)”*

Sostiene en su intervención que los actos demandados se encuentran incursos en causal de nulidad de inobservancia de normas como quiera que se produjeron bajo *“una total y absoluta inercia por parte de la Superintendencia **al considerar que siempre está excluida de indagar sobre la conducta de los vigilados desde la óptica de la culpa**, pues está autorizada para actuar bajo al (sic) égida de la responsabilidad objetiva”*. (resalto)

En suma de lo ya señalado, más adelante en la página 95 centra su reclamo diciendo; *“pero hay más. Como quiera que no hubo intento alguno por parte de la Superintendencia Financiera en orden a desentrañar el alcance específico del objeto y contenido de las decisiones del doctor Mahecha, ni mucho menos de las causas, huelga decir que con tal proceder se incurre en una indebida interpretación al asignarle al artículo 209 del EOSF, a la ley 222 y al decreto que incorpora las normas contables una significación que distorsiona los presupuestos de hecho de los principios contables invocados por la asignación de un alcance y sentido errado (...)”*

Asegura, además, que dentro del marco de acción que le permiten las normas NIC 10²⁶ y NIC 34²⁷, en su momento efectuó un *“minucioso examen”* que lo condujo a no revelar la información en los estados financieros por cuanto las situaciones que afrontaba ALMAGRARIO S.A. ya se encontraban *“neutralizadas”*.

Para el efecto insiste que:

- i) La sociedad Nutrilisto ya había reconocido su responsabilidad sobre el faltante de maíz y constituido unas garantías con exceso del 200% sobre el monto de la obligación (hipoteca abierta de primer grado sobre un inmueble de su propiedad, adicional a un título ejecutivo para su cobro);
- ii) La posibilidad de que los acreedores del Almacén General de Depósito iniciaran *“procesos ejecutivos susceptibles de instaurarse a partir del ejercicio de cláusulas aceleratorias”* y,

²⁶ Hechos ocurridos después del periodo sobre el que se informa. *“El objetivo de esta Norma es prescribir: (a) cuándo una entidad debería ajustar sus estados financieros por hechos ocurridos después del periodo sobre el que se informa; y (b) la información a revelar que una entidad debería efectuar respecto a la fecha en que los estados financieros fueron autorizados para su publicación, así como respecto a los hechos ocurridos después del periodo sobre el que informa. La Norma requiere también que una entidad no debería elaborar sus estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, si los hechos ocurridos después del periodo sobre el que informa indican que dicha hipótesis no resulta apropiada”*.

²⁷ Información financiera intermedia. *“El objetivo de esta Norma es establecer el contenido mínimo de la información financiera intermedia, así como prescribir los criterios para el reconocimiento y la medición que deben ser seguidos en los estados financieros intermedios, ya se presenten de forma completa o condensada. La información financiera intermedia, si se presenta en el momento oportuno y contiene datos fiables, mejora la capacidad que los inversionistas, prestamistas y otros usuarios tienen para entender la capacidad de la entidad para generar beneficios y flujos de efectivo, así como su fortaleza financiera y liquidez”*.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- iii) El entendimiento errado de la situación real de la empresa por parte de usuarios de la información, lo que podía conducir a su extinción.

Así, considera que asumió medidas importantes para prevenir un daño a la sociedad, que podía ser aún mayor si se revelaba la información que él conocía porque *“la situación de estrechez económica era evidente, lo cual la hacía particularmente vulnerable frente a un mal entendimiento de una contingencia que debía reflejarse al tenor de la tesis de la Superintendencia, incluso provisionarse con el consecuente efecto sobre el estado de resultados, bajo la conciencia y conocimiento que eso podía generar un efecto en cadena de multiplicidad de demandas teniendo ellas como base el miedo de no pago cuando se reflejan pérdidas por contingencias y no hay flujo de caja (...)”*

Frente a lo dicho por el demandante y con el propósito de aclarar la situación que se exhibe en la demanda, sea lo primero indicar que los principios a los que hace referencia acerca de las normas NIC, son aquellos relacionados con *“la relativa significación o mérito que pueda tener una cosa o evento”*. La contabilidad debe reconocer y presentar los hechos económicos de acuerdo a su importancia relativa. Un hecho económico es material cuando, debido a su naturaleza o cuantía, su conocimiento o desconocimiento, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean, puede alterar significativamente las decisiones económicas de los usuarios de la información.

Al preparar estados financieros, la materialidad se debe determinar con relación al activo total, al activo corriente, al pasivo total, al pasivo corriente, al capital de trabajo, al patrimonio o a los resultados del ejercicio, según corresponda. Debe tenerse en cuenta que la importancia relativa de un rubro del balance puede depender no solamente de su valor, sino también de su naturaleza. No puede pasarse por alto que una cosa tiene importancia relativa **si existe la probabilidad razonable** de que el conocimiento que se tenga de ella haya de influir en las decisiones de las personas prudentes que utilizan los estados financieros.

Las normas internacionales de Contabilidad hacen referencia a la materialidad contable a través de la formulación del principio de importancia relativa que señala que se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa, en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca, **sea escasamente significativa** y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel.

La importancia relativa, como lo formula el principio que la rige, permite excluir de los estados financieros determinadas partidas, datos, hechos de la información financiera que se divulga a los usuarios, se insiste, cuando estos no son significativos, por no ser materialmente relevantes.

Debe recordarse, por otra parte, que la información financiera tiene el objetivo de proporcionar información útil para inversiones, también para acreedores, presentes y potenciales y, finalmente para otros usuarios en la toma racional de decisiones de inversión, crédito y similares.

Bajo esta perspectiva, el concepto de importancia relativa debe valorarse en términos de un usuario razonable, es decir, de quien se sirve de dicha información de manera prudente y diligente para adoptar decisiones frente al ente económico generador de la misma. Por eso, si la información financiera contiene errores materiales no solo no le prestará utilidad alguna a sus usuarios sino que además no cumplirá con Normas internacionales de Información Financiera ni con Normas Internacionales Contables.

Pues bien, si se observa la concepción de la importancia relativa de la información en materia contable a la luz de las NIC, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el hecho que no se revela debe carecer de importancia y cómo llegó el demandante a tal conclusión cuando lo cierto es que él mismo sabía que



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

si informaba lo que venía pasando con la pérdida de maíz en las bodegas de Nutrilisto S.A., el cobro de los certificados y el ejecutivo iniciado con una medida cautelar por 6000 millones de pesos, este aspecto fue netamente subjetivo y contrario a lo alegado en la demanda sí fue valorado por mi prohijada.

En primer lugar, señalaré en qué apartes específicos de los actos censurados la SFC estudió la conducta del señor Mahecha Cañón desvirtuándose desde el primer instante la teoría de que en este caso se le sancionó desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva:

- Resolución No. 0130 del 30 de enero de 2018

“La no revelación del faltante de maíz, impidió en su momento conocer la verdadera situación financiera de la entidad, se perdió la calidad de la información destinada al público que no debe contener vicios, imprecisiones o errores que impidan conocer la verdadera situación patrimonial o las operaciones de la correspondiente entidad.

Así, las cosas, no resulta de recibo la afirmación según la cual este organismo de control al endilgar responsabilidad al representante legal para la época de los hechos, ‘...parte de un cotejo simple entre el supuesto de hecho de cada norma y lo que aparentemente muestra la realidad objetiva, aislando cualquier consideración sobre el comportamiento del sujeto pasivo, no obstante que las normas contables NIC 10 y NIC 18 de suyo implican una valoración del contexto del hecho para tomar la decisión de revelar a partir de la materialización o no del hecho’, pues como bien se viene desarrollando en este proveído, pues no basta que un profesional que se dedica al desarrollo de una actividad que ha sido considerada como de orden público económico, como lo es la financiera, tenga la creencia interna de que su conducta se ajusta al ordenamiento jurídico, sino que es necesario que tome las medidas de control y prudencia necesarias para asegurarse, más allá de cualquier duda razonable, que sus actos objetivamente considerados reflejen que ha cumplido no sólo todas las obligaciones expresamente pactadas, sino que además ha garantizado el cumplimiento de todas las normas legales que rigen su actividad. Ahora bien, dentro de la presente actuación administrativa aparece probada la omisión a deberes normativos por parte del investigado, frente a los cuales no existe prueba que permita desvirtuar las imputaciones.

Desde este punto de vista particular, el examen de responsabilidad del investigado, exige la necesidad de analizar el tema del deber objetivo de cuidado, reconocido por algunos doctrinantes nacionales como la obligación del administrador ‘... que se manifiesta en su obvia obligación de poner todo su empeño en que se dé cumplimiento a las normas legales y contractuales tanto en su actividad como en la de las demás personas que actúan en la sociedad’. (...).

Se reitera que las revelaciones en los Estados Financieros bajo IFRS son necesarias para proporcionar información a los usuarios (Estado Colombiano, los propietarios, funcionarios y empleados de las empresas, los inversionistas actuales o potenciales de las mismas y otras partes interesadas), para la toma de decisiones de tipo económico, mostrar los resultados de la administración y evaluar el desempeño de la empresa a través del análisis de los estados financieros.

En tal sentido para esta Superintendencia es claro que la detección de la pérdida de maíz en las bodegas de Nutrilisto es un hecho que debió ser revelado en los Estados Financieros de Fin de Ejercicio de 2015 y se enmarca por razones de tiempo, materialidad e importancia en



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

lo previsto en la Norma Internacional de Contabilidad 10 (NIC 10), 'Hechos posteriores al cierre del ejercicio'.²⁸

'Ahora bien, considera esta Superintendencia claramente que Almagrario debió incluir en sus Estados Financieros Intermedios, una descripción del proceso que se había instaurado en su contra y de la medida cautelar ordenada, por ser hechos significativos y materiales.

Lo anterior fundamentado en la NIIF para Pymes que define la materialidad como: 'la información es material -y por ello es relevante-, si su omisión o su presentación errónea pueden influir en las decisiones económicas que los usuarios tomen a partir de los estados financieros (...)'.

La explicación suministrada por el apoderado del señor Mahecha Cañón para que se hubiera tomado la decisión de no revelar información, no constituye argumento válido para omitir esta obligación, ya que relaciona eventos circunstanciales que si bien reflejan la gestión adelantada por la Administración de Almagrario para minimizar la afectación del ente económico, no exoneran al Representante Legal frente a su obligación de mostrar a través de los estados financieros la verdadera situación de la entidad"²⁹. (Se resalta).

- **Resolución No. 0002 del 4 de enero de 2019**

"(...) Y la explicación del investigado expuesta en la respuesta al pliego de cargos no es otra que la misma que ahora se analiza, pues en aquella ocasión manifestó que:

'(...) la circunstancia de no haberse revelado la información en los estados financieros obedeció a las siguientes circunstancias:

- Si bien con posterioridad a la publicación de los estados financieros se presentó demanda ejecutiva por los tenedores legítimos de los CDMS, no es menos cierto que las condiciones de eventual afectación por parte de terceros seguía siendo relativa por las siguientes razones:

a.- La cobertura de la hipoteca de primer grado era más que suficiente para cubrir cualquier contingencia que pudiese afectar el patrimonio de Almagrario.

b.- Tal como se expone en la contestación de la demanda por parte del apoderado de ALMAGRARIO Doctor Vall De Ruten, la cual se anexa como prueba, los títulos presentados como base del cobro presentaban defectos sustanciales que podían inhibir el cobro por la vía ejecutiva.

c. -En paralelo se siguió presionando a NUTRILISTO a efecto de que cumpliera con los compromisos adquiridos de pagar el valor de los CDM's con los correspondientes intereses.

d-Nutrillisto por conducto de la sociedad FINCA pagó las obligaciones a favor de cada uno de los tenedores de los títulos³⁰.

Por tanto, como bien lo expresó el A quo en el aparte transcrito anteriormente, tales razonamientos, lejos de exonerar al investigado de la obligación de revelar, lo único que ponen de presente es la relación de una serie de "eventos circunstanciales" llevados a cabo por

²⁸ Páginas 33 y 34 de la Resolución No. 0130 de 2018.

²⁹ Página 34 de la Resolución No. 0130 de 2018.

³⁰ Argumentos obrantes en la página 35 de la respuesta al pliego de cargos y que fueron transcritos en las páginas 22 y 23 de la Resolución No. 0130 de 2018.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Almagrario S.A. para subsanar la situación presentada con la pérdida de los 10.070.100 Kg. de maíz que respaldaban los mencionados CDMs y enfrentar el consiguiente proceso ejecutivo instaurado en su contra por los tenedores de tales títulos y la medida cautelar que se había ordenado sobre sus cuentas bancarias.

De ahí que no pueda sostenerse, como lo hace el impugnante, que el A quo utilizó la ley automáticamente para sancionar ateniéndose únicamente a su tenor literal o que en la Resolución de sanción no se efectuó ningún estudio acerca de los elementos que tuvo en cuenta el señor MAHECHA CAÑÓN para no revelar y que fueron expuestos en los descargos, pues, se repite, las actividades realizadas por el Almacén General de Depósito para solucionar la problemática derivada de la sustracción del maíz y la consecuente instauración de un proceso ejecutivo en nada afectaba la obligación de revelar en sus estados financieros tales situaciones, así como las consecuencias que de ellas ya se habían ocasionado o se podrían derivar en el futuro.

Y es que también en este punto el impugnante olvida que además del principio de materialidad o de importancia relativa previsto en las normas contables internacionales, otras disposiciones de la misma naturaleza, como las ya citadas NIC 10 y NIC 34, incorporadas en los anexos del Decreto 2420 de 2015 y citadas dentro de las normas vulneradas, establecían la inequívoca obligación de revelar tales hechos económicos en la medida en que estos son significativos, tal y como ocurría con las situaciones descritas.

Por eso no puede aceptarse el argumento del apelante, a partir de una errada interpretación del principio de materialidad o de importancia relativa, según el cual la pérdida del maíz, la iniciación de un proceso ejecutivo y el libramiento de una orden de embargo por la suma de hasta \$6.000 millones en contra de Almagrario S.A. tenían la condición de información sin importancia, cuando es evidente que se trata de sucesos “materiales” o “significativos” en los términos de las mencionadas disposiciones contables, por cuanto su omisión sin lugar a dudas afectó negativamente las decisiones que hubieran podido adoptar los usuarios de la información al desconocer situaciones de tal magnitud y relevancia y que, como se ha expresado múltiples veces a lo largo de este acto administrativo, afectaban la continuidad misma del negocio para las autorizadas voces de su Revisoría Fiscal y Junta Directiva.

(...) no es posible subsanar la omisión de reflejar en los estados financieros con corte a tales fechas, las consecuencias económicas de tres hechos ocurridos durante el primer semestre de ese año: la pérdida del maíz (enero), la instauración del proceso ejecutivo (abril) y el libramiento de mandamiento de pago (mayo), con el fútil argumento de que en el mes de agosto siguiente se satisfizo el pago por parte de quien sustrajo el maíz.

Nótese, entonces, que en esta actuación no se ha reprochado que el señor MAHECHA CAÑÓN hubiera efectuado ‘juicios cuantitativos y cualitativos para revelar’, los cuales son aceptados por las normas contables, sino que se ha demostrado cómo tales juicios fueron por completo contrarios a las mismas normas contables en que dicen fundamentarse (...)’³¹” (Resaltado fuera del texto original)

Se dijo además en la demanda que “la constante es que nunca hubo ponderación acerca del funcionamiento y forma de interactuar del administrador del Almacén General de depósito ALMAGRARIO con la Junta Directiva; donde nunca hubo análisis acerca de si la decisión de no revelar obedecía o no a

³¹ Página 20 a 22 de la Resolución No. 002 de 2019.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

planes detallados de trabajo para definir las estrategias de protección patrimonial de la empresa, donde nunca hubo análisis de cómo se configura la falta de diligencia cuando estricto sentido la decisión de no revelar gravitaba alrededor de un análisis global de la situación frente a terceros; donde brilla por su ausencia toda consideración acerca de la estructura de la obligación de dar frente a las garantías por parte de Nutrilisto; donde nunca hubo análisis ni ponderación del alcance y sentido de los efectos de coyuntura susceptibles de generarse frente a una situación que no generaba materialidad”.

Ese tipo de afirmaciones llenan el extenso documento que presenta la parte accionante y como otros tantos es absolutamente ajena a la realidad, la SFC sí analizó los aspectos relacionados con la Junta Directiva, tan es así que encontró que contrario a lo expuesto por el accionante no habían planes conjuntos para conjurar la situación relacionada con la pérdida de mercancías de la bodega de Nutrilisto S.A, circunstancia que se evidenció en el acta 822 correspondiente a la reunión celebrada el 31 de mayo de 2016, en la que después de dejar constancia de que en el proceso ejecutivo iniciado contra el Almacén General de Depósito, orientado a obtener el pago de los certificados de depósito de mercancías (CDMs) los cuales estaban **por valor aproximado de \$7.370 millones de pesos** cuyo subyacente era el maíz faltante, el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá había librado mandamiento de pago por valor de \$5.022.748.813 y el embargo de sus cuentas bancarias hasta la suma de \$6.000 millones, sus miembros expresaron que:

*“(...) esta situación **pone en riesgo la continuidad del negocio, se corre el riesgo de que la Almacenadora (sic) se insolvente** debido a las obligaciones de terceros por las que debe responder, sumado al tema reputacional, el que puede conllevar a la aplicación de las cláusulas aceleratorias consignadas en los contratos de mutuo financiero. **La situación por la que atraviesa la compañía es crítica**, esa es la razón por la cual se invita al inversionista a una sesión extraordinaria que debe programarse cuanto antes.*

*Esta situación es un tema no solo de **liquidez**, sino que se **ve comprometida y cuestionada la continuidad de la operación** a partir de este momento. (...)”.* (Se resalta).

Circunstancia esta que también se analizó en la Resolución No. 0002 de 4 de enero de 2019, página 15.

Hasta aquí deviene en obligatorio concluir que el actor erró de nuevo en sus apreciaciones ligeras acerca de la ilegalidad de los actos demandados, pues tal y como se observa nada más errado que la sugerencia de que mi representada no analizó la conducta del accionante a la luz de las NIC y de las demás normas aplicables al caso, no se siguieron las pautas de la responsabilidad objetiva, no se vulneró ninguna norma relacionada con el dolo o la culpa, simplemente el accionante parece ser exageradamente “cándido” al momento de analizar la información financiera de la sociedad de la que era Representante Legal sin que su optimismo pueda ser racero para justificar el incumplimiento de obligaciones en que incurrió.

Sumado a lo ya expuesto, cabe señalar que el razonamiento del señor Mahecha en torno a cuáles fueron los motivos que en su momento le llevaron a omitir la obligación de revelar la existencia de un proceso judicial con medidas cautelares con un tope de \$6.000 millones derivado de la pérdida de un bien que tenía en depósito ALMAGRARIO S.A., no guardan la más mínima relación con el concepto y la aplicación misma del principio descrito en la norma contable internacional NIC 34 a la que hace referencia en la demanda y cuyo objetivo es el de establecer el contenido mínimo de la información financiera intermedia así como los criterios para el reconocimiento y la valoración que deben seguirse en la elaboración de los estados financieros intermedios, ya se presenten de forma completa o condensada, y que, como ya se indicó, sirven para mejorar la capacidad que los inversores, prestamistas y otros usuarios tienen para entender la capacidad de la entidad para generar beneficios y flujos de efectivo, así como su fortaleza financiera y liquidez.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Valga destacar que la norma enunciada se encuentra incorporada en la sección de anexos del Decreto 2420 de 2015 y exigía la revelación de la información omitida en los estados financieros intermedios con corte a junio de 2016, *al establecer que “Una entidad incluirá en su información financiera intermedia una explicación de los sucesos y transacciones, producidos desde el final del último período anual de presentación, que sean significativos para comprender los cambios en la situación financiera y el rendimiento de la entidad. La información revelada en relación con esos sucesos y transacciones actualizará la información correspondiente presentada en el informe financiero anual más reciente. (...)”.* (Se resalta).

Tampoco se entiende la forma en que dicha omisión se encuentra amparada en la norma NIC 10 que se cita en la demanda, cuando por el contrario esta norma obliga a que se informen los hechos posteriores a la fecha del Balance ya sean favorables o desfavorables, que se hayan producido entre la fecha del balance y la fecha de formulación o de autorización de los estados financieros para su divulgación.

No es posible entonces que el señor Mahecha Cañón alegue que los actos deben ser anulados porque no se aplicaron en debida forma normas contables y financieras por parte de mi prohilada pues ésta supuestamente omitió el “*minucioso examen*” que efectuó y que le llevo a no revelar la información sobre el proceso ejecutivo y el embargo de las cuentas bancarias de ALMAGRARIO S.A.

En este punto quiero llamar la atención del Despacho con especial empeño y es que si se observa bien la teoría en que se sustenta la demanda y que fue la misma que se intentó en la actuación administrativa acerca de cómo el señor Juan Carlos Mahecha Cañón en calidad de Representante legal de ALMAGRARIO S.A. salvó a la vigilada de una crisis con la omisión de esa información como quiera que ya se habían “NEUTRALIZADO”, los efectos de la pérdida del maíz, del inicio de un proceso ejecutivo y de un cuantioso embargo, carece de todo sustento. Señor juez si esta intervención es repetitiva ello se debe a que la demanda así lo es, además de ser confusa y distractora, así que le ruego nos concentremos en las obligaciones y las fechas, para evitar errores parecidos a aquellos en los que incurrió el demandante.

En primer lugar, debe considerarse cuáles fueron las obligaciones que omitió el actor:

- i. La relacionada con la omisión de revelación de información en las notas a los estados financieros de fin de ejercicio a presentar en el mes de diciembre de 2015 y aprobados en Asamblea General de Accionistas llevada a cabo el 29 de marzo de 2016. En esta oportunidad debió informarse que de las bodegas de Nutrilisto se había extraviado una gran cantidad de mercancía, situación conocida por el señor Mahecha Cañón el 21 de enero de 2016. La relacionada con la omisión de información en los estados financieros intermedios a presentar el 30 de junio de 2016. Fecha para la cual ya se tenía conocimiento de la pérdida del maíz, se había instaurado una denuncia penal en contra de Nutrilisto, En mayo de 2016 el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá había librado mandamiento de pago por valor de \$5.022.748.813 y el embargo de sus cuentas bancarias hasta la suma de \$6.000 millones.
- ii. La relacionada con la omisión de información en el informe de gestión del representante Legal presentado a la Asamblea de accionistas.

Ahora teniendo muy claras esas fechas, no hay manera de que el accionante hable de una supuesta neutralización de efectos cuando las supuestas garantías de las que él tanto habla solo se hicieron efectivas hasta el día 3 de agosto de 2016, fecha en la que la sociedad Finca por cuenta de Nutrilisto pago a los tenedores legítimos de los CDMs ¿Cómo se pretende entonces que estas “soluciones” tuvieran



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

efectos retroactivos?, eso solo lo entiende el actor que entre enero y junio de 2016 no reveló información contable relevante porque en agosto de 2016 se pagaron las obligaciones que respaldaban el maíz perdido.

Así se encuentran demasiadas inconsistencias en la defensa del señor Mahecha Cañón en sede administrativa y claro en su demanda en contra de las Resoluciones No. 0130 de 2018 y 0002 de 2019, pues para la época de los hechos que se le reprocharon al actor lo único que había eran circunstancias relevantes y pese a ello tal fue la conducta inadecuada del actor que inclusive en la nota 36 a los estados financieros de 2015 se afirmó: *“no hay acontecimientos posteriores, luego de evaluar eventos entre el 01.01.2016 y el 25.02.2016”*, y en lo que tienen que ver con el proceso ejecutivo iniciado en contra de ALMAGRARIO S.A. y el embargo ordenado por un juez de la República, esta información no solo era relevante sino que además daba lugar *“(…) a la tasación de la provisión, de acuerdo al mayor o menor grado de probabilidad de materializarse el pago de la obligación, pero no lo eximen de la responsabilidad de revelar la información”*³². (Se resalta).

Ahora, si todo lo expuesto, no fuera suficiente el accionante, además, justificó su omisión en el hecho de considerar más gravosas las supuestas reacciones que se originarían en los usuarios de la información por conocer del proceso ejecutivo y la medida cautelar, siendo que ante la nimiedad del impacto real de los hechos lo que podía pasar era que se iba a infundir pánico de manera innecesaria, posición que ruego al despacho tenga en cuenta pues lo que denota es que el accionante sí fue consciente de la materialidad o de la importancia relativa de la información que no reveló a las partes interesadas en conocer la verdadera situación financiera y patrimonial del Almacén General de Depósito, conducta que fue reprochada por mi representada en los actos que ahora pretende sean anulados.

Como se observa con todos los argumentos que da la activa encontramos que el demandante es el primero en reconocer la relevancia o materialidad de la información en cuestión situación que debe ser considerada a la luz del artículo 193 del CGP³³ como confesión de la propia responsabilidad, pues en su sentir de haber revelado la información que omitió, ésta podría conducir a ciertos usuarios de la misma a dudar sobre la viabilidad de la continuidad del negocio, lo cual lleva a descartar su razonamiento acerca de la supuesta falta de materialidad de tal información.

Por demás, debe tener en cuenta ese Despacho que un juicio de valor como el invocado por el accionante es modo alguno es óbice para dejar de informar de situaciones como las que se presentó en el Almacén General de Depósito. Por el contrario, es precisamente información de este tipo la que requieren los usuarios para formarse un juicio de valor sobre la real situación patrimonial del ente económico y adoptar las mejores decisiones en consonancia con sus intereses.

Si se acogiera la exótica tesis del accionante llegaríamos a la perversa situación en que se permitiría que la información relevante para la toma de decisiones fuera ocultada o tergiversada por los representantes legales del ente económico, vaciando de contenido la finalidad misma del suministro de información a los usuarios de la misma.

En los actos demandados mi prohijada encontró probada que la información cuya revelación omitió el aquí accionante si es material y tiene importancia relativa pues con su omisión o expresión inadecuada influyó en decisiones de los usuarios que tuvieran contacto con ésta, el señor Mahecha Cañón ocultó, entre otros, a los tenedores de los CDM'S información que les interesaba y que les pudo afectar financieramente, su

³² Página 35 de la Resolución No. 0130 de 2018.

³³ Artículo 193. Confesión por apoderado judicial

La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

motivación o supuestas buenas intenciones en nada excusan la omisión de un deber legal en el que incurrió.

Señor Juez el sistema financiero no puede estar en manos de administradores que ejerzan sus funciones a partir de la intuición o apreciaciones subjetivas ajenas a la realidad objetiva de los negocios, sino que deben ajustarse a la ley. La conducta del señor Mahecha Cañón afectó los derechos de los usuarios de la información (entre otros, esta Superintendencia, accionistas y acreedores), y esto no puede justificarse con buenas intenciones encaminadas a “evitar el efecto catastrófico de una revelación”.

En este punto debo resaltar que el accionante suministró información inexacta y con ello le impidió a los agentes receptores de la misma la posibilidad de adoptar oportunamente las decisiones que a bien tuvieran, en este contexto no es cierto que el señor Mahecha Cañón haya sido sancionado por ejercer válidamente un “derecho” a ponderar el uso de la información que conocía respecto de lo sucedido con Nutrilisto, ALMAGRARIO S.A y la existencia de un proceso ejecutivo con medidas cautelares millonarias, lo que hizo fue omitir su deber de revelar información que debía ser conocida por los destinatarios legales de la misma. Y las decisiones que con esta información hubieran podido tomar los usuarios de la misma es un aspecto que por completo les compete a ellos, sin que le correspondiera al accionante asumir por cuenta propia los análisis que pudieran realizar dichos usuarios o las consecuencias que pudieran derivar de su conocimiento.

En conclusión, es claro que el problema planteado por el accionante no se ajusta a la fundamentación propia de la causal de nulidad denominada indebida aplicación de normas en que debía fundarse el acto administrativo, lo que tenemos aquí es una censura soportada en aspectos subjetivos y justificaciones personales pero no en la ley, las normas son claras, la omisión en que incurrió el señor Mahecha Cañón se materializó, ni la SFC ni la Administración de Justicia pueden exonerar de responsabilidad a un infractor porque su subjetividad le llevó a mal interpretar una norma, en consecuencia los argumentos del actor sobre este cargo tampoco tienen vocación de prosperidad, de allí que solicite al Despacho que respecto de ellos se nieguen las pretensiones de la demanda.

6.2.4. Falsa Motivación

En este cargo sostiene el demandante que los actos administrativos censurados adolecen de una falsa motivación y falta de la misma en razón a que tuvieron sustento en supuestos de hecho y de derecho que considera inexistentes, contrarios a la realidad, aplicados por la SFC con un alcance del cual carecen y que no justifican la sanción adoptada.

Frente a estas censuras de nuevo se repiten los argumentos relacionados con que “*en toda la actuación administrativa*” la SFC omitió hacer mención alguna sobre los motivos y razones que tuvo el doctor Mahecha para no revelar ajustándose también y de manera correlativa, ni más ni menos al ejercicio, de atribución legal”, que en los actos atacados se dio prioridad las interpretaciones de la Entidad por encima de la interpretación del representante legal respecto de la prerrogativa legal que este ostentaba en torno a la revelación de información de importancia relativa y que, lo realmente importante era que el señor Mahecha Cañón estaba velando por la integridad de la sociedad que ya venía financieramente inestable.

Pues bien, como quiera que los argumentos en los que el actor sustentó sus objeciones son los mismos a lo largo de toda la demanda, me remito a lo ya dicho por mi prohilada en la presente intervención y al sustento probatorio que la acompaña.

No obstante lo anterior, y a riesgo de que el presente escrito resulte ser repetitivo, mi prohilada en el ejercicio de su derecho a la defensa insistirá en aspectos importantes de cara a lo dicho por la actora.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En primer lugar, debemos mencionar que para que un acto administrativo se tenga por falsamente motivado el Consejo de Estado en la sentencia del 26 de julio de 2017. Con ponencia del Magistrado Milton Chaves García, expediente No. 22326. Aclaró: “(...) *para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”.*

Pues bien, a pesar de lo manifestado por el demandante en el cargo de la demanda objeto de pronunciamiento, lo cierto es que los actos administrativos demandados fueron correctamente motivados, y tuvieron pleno sustento en hechos probados durante el proceso sancionatorio, que acarrearón la configuración de las infracciones por las cuales fue sancionado el señor Mahecha Cañón, sin que existiera de parte de la SFC un error en la apreciación fáctica o jurídica que rodea el caso.

En efecto, los argumentos planteados por el demandante para sostener que se configuró una falsa motivación en las resoluciones cuya nulidad se deprecia, no están llamados a prosperar, según se pasa a exponer.

En el caso concreto, puede verse con claridad que el señor Juan Carlos Mahecha Cañón, en su condición de representante legal de ALMAGRARIO S.A., incumplió su obligación de revelar de forma transparente información trascendental de la sociedad en los Estados Financieros de fin de ejercicio con corte al 31 de diciembre de 2015 y en los Estados Financieros intermedios con corte al 30 de junio de 2016, lo cual impidió que la SFC estuviera enterada de la verdadera situación económica de la vigilada para tales periodos.

Una situación similar se presentó respecto de otros usuarios de la información contable de la sociedad dentro de los que se destacan acreedores, socios, inversionistas actuales o potenciales, empleados y contratistas, entre otros, quienes tampoco pudieron conocer la situación financiera real de ese Almacén General de Depósito para el 31 de diciembre de 2015 y 30 de junio de 2016, en razón a que su representante legal, el señor Juan Carlos Mahecha Cañón, omitió revelar en los Estados Financieros de dichos periodos hechos económicos y jurídicos de gran relevancia, impidiendo o dificultando de esta forma que estuvieran en condiciones de adoptar decisiones económicas a partir de la información financiera.

La sociedad tuvo conocimiento del faltante de maíz el 21 de enero de 2016, esto es en una fecha previa a que fueran autorizados los estados financieros de fin de ejercicio con corte a 31 de diciembre de 2015 por parte de la asamblea de accionistas, motivo por el cual, de conformidad con las normas internacionales de contabilidad, específicamente la norma 10 (NIC 10), el señor Juan Carlos Mahecha Cañón, en condición de representante legal, estaba en condiciones de revelar dicha información material, en los Estados Financieros de aquel periodo.

Adicionalmente, en razón a que la sociedad era el sujeto pasivo de los certificados de depósito de mercancías en cuestión, y dada la pérdida del maíz ya mencionada, el tenedor de los certificados (CI ADM COLOMBIA LTDA) inició en contra de ese Almacén General de Depósito un proceso ejecutivo tramitado ante el Juzgado 21 Civil Circuito bajo el radicado 2016-133, en el cual se decretaron embargos de cuentas bancarias, bienes inmuebles y bienes muebles de ALMAGRARIO S.A. por valor superior a seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000.00), cautelas que afectaron el normal desarrollo de la sociedad y pusieron en riesgo la continuidad de la existencia de la empresa.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Esta grave situación no fue correctamente registrada por el accionante en los Estados Financieros intermedios con corte al 30 de junio de 2016, pues en ellos se omitió describir el proceso ejecutivo y el embargo en cuestión, al igual que la constitución de una provisión en su pasivo derivada de éstos.

Ahora bien, la importancia, relevancia y gravedad de la información económica y jurídica que se acaba de describir es palpable, y fue expresamente advertida por la revisoría fiscal y la Junta Directiva de ALMAGRARIO S.A.

Atendiendo la gravedad de la situación la Revisoría Fiscal de la sociedad, remitió la comunicación número 2016088867-000.000 del 11 de agosto de 2016 dirigida a la SFC, sobre el particular se destaca e insiste que para el órgano de supervisión la información omitida revestía gran relevancia pues podía llegar a afectar la capacidad de la vigilada de cumplir sus compromisos o un riesgo significativo de continuidad del negocio.

En consecuencia, la comunicación de la revisora constituye uno de los elementos que sirven para advertir la gran importancia y relevancia de los hechos a los que se ha hecho mención, e igualmente la necesidad de que fueran incluidos y revelados en los Estados Financieros correspondientes.

Adicionalmente, tal y como ya se dijo, la Junta Directiva también puso de presente la gravedad de la situación por la que atravesaba ALMAGRARIO S.A., en múltiples reuniones, dentro de las que se destacan las sostenidas el 25 de febrero de 2016 (acta 819) y la del 31 de mayo de 2016 (acta 822), cuyo contenido, para mejor ilustración, pasa a citarse a continuación:

Acta No. 819 correspondiente a la reunión de junta directiva celebrada el 25 de febrero de 2016:

“(…)No obstante lo anterior, la negociación sería ajena a los tenedores legítimos de los títulos, quienes han manifestado, particularmente C.I ADM no hacer parte de la misma.

(…) Es de precisar que Almagrario es el obligado directo en el pago de los títulos frente a sus tenedores legítimos, por lo tanto en el evento que Nutrilisto no pague Almagrario deberá pagar. Así las cosas, estamos expuestos a que por parte de los tenedores legítimos (CI ADM Colombia Ltda y Seaboard Overseas Colombia Ltda) se inicien las acciones cambiarias contra Almagrario” (subrayado y negrilla fuera de texto).

Acta No. 822 de la reunión celebrada el 31 de mayo de 2016:

***(…) esta situación pone en riesgo la continuidad del negocio, se corre el riesgo de que la Almacenadora (sic) se insolvente** debido a las obligaciones de terceros por las que debe responder, sumado al tema reputacional, el que puede conllevar a la aplicación de las cláusulas aceleratorias consignadas en los contratos de mutuo financiero. **La situación por la que atraviesa la compañía es crítica**, esa es la razón por la que se invita al inversionista a una sesión extraordinaria que debe programarse cuanto antes.*

***Esta situación es un tema no solo de liquidez, sino que se ve comprometida y cuestionada la continuidad de la operación** a partir de este momento (...)*

*(...) es necesario y urgente un desembolso en máximo dos (2) semanas que permita atender particularmente la obligación derivada de los certificados de depósito de mercancía expedidos a Nutrilisto, cuyos tenedores son ADM Colombia Ltda., y el pago de proveedores y **solicita incluso evaluar con el accionista la posibilidad de dar aviso a las instituciones de***

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

control que corresponden para tratar el tema y evitar que se empeore del todo la situación, ya que eventualmente se puede estar incurso en causales de toma de posesión por parte de la Superintendencia Financiera". (...)

La Dra. Sandra Sotelo, informa que los pasivos financieros se encuentran al día al cierre del mes de abril. **No obstante el 31 de mayo, vence el plazo para pagar la cuota de las obligaciones con Banco Colpatría y Banco de Occidente, esta última con Sobregiro, el cual no se ha podido cubrir en razón a que la cuenta se encuentra embargada como consecuencia del proceso ejecutivo iniciado por ADM Colombia contra Almagrario, por incumplimiento del cliente Nutrilisto en el pago de los Certificados de Depósito de Mercancías** (...)

Debido al embargo que recae sobre las cuentas bancarias, no se han podido cubrir las cuotas de las obligaciones financieras, ya que los recursos que ingresan a las cuentas deben ser retenidas con destino al Juzgado (...)" (subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, resulta evidente que la pérdida de maíz en la bodega Nutrilisto y el proceso ejecutivo referido, revestían especial importancia económica para ALMAGRARIO S.A. al punto que podía afectar su solvencia, liquidez, el cumplimiento de compromisos e incluso impedir la continuidad de su operación y el desarrollo de su objeto social; igualmente, es incuestionable que estas situaciones eran trascendentales para los usuarios de su información financiera, quienes no recibieron información transparente en los Estados Financieros con corte a 31 de diciembre de 2015 y 30 de junio de 2016, siendo así privados de la posibilidad de adoptar decisiones a partir de dicha información financiera, y, en el caso de la SFC, de hacer un debido seguimiento y supervisión a la real situación financiera de ALMAGRARIO S.A. para tales fechas, aspecto que reviste de especial gravedad.

Ahora bien, partiendo de la base que el señor Juan Carlos Mahecha Cañón en su condición de representante legal, era el encargado legal y estatutariamente de revelar la información que se echó de menos, es necesario concluir que éste no fue transparente en el cumplimiento de tales deberes, y que omitió deliberadamente revelar información financiera de la sociedad que representaba.

Todos estos hechos fueron el sustento de las infracciones por las cuales se elevó el primero de los cargos por los cuales fue sancionado el señor Mahecha Cañón, previstas en el literal h) del artículo 72 del EOSF, numeral 13 del artículo 43 de los estatutos sociales de ALMAGRARIO S.A. y normas internacionales de contabilidad (NIC) números 10, 32, 34 y 37 incorporadas en la sección de anexos del Decreto 2420 de 2015.

Según estas disposiciones legales y estatutarias, el hoy accionante ostentaba deberes claros y concretos y que fueron desatendidos en su integridad con la omisión en que incurrió.

Las infracciones enunciadas en los actos atacados los hechos que las soportan, resultaron plenamente acreditadas con pruebas documentales incorporadas y sometidas a contradicción dentro del proceso administrativo sancionatorio que culminó con los mismos, razón por la cual no es acertada la apreciación hecha por el señor Mahecha Cañón en el sentido de afirmar que la SFC motivó los actos en fundamentos de hecho y de derecho inexistentes, falsos, con alcance equivocado o injustificados.

Obran en el expediente administrativo sancionatorio la totalidad de las pruebas tenidas en cuenta por la SFC para acreditar los hechos a los que se acaba de hacer referencia, todas las cuales son aportadas junto con la presente contestación de demanda para reafirmar la legalidad de las resoluciones sancionatorias, dentro de las que se destacan las siguientes:



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- a) La comunicación radicada en la SFC el 11 de agosto de 2016 con número de radicado 2016088867-000 por medio de la cual la señora Yenny Carolina Guzman en calidad de revisor fiscal de ALMAGRARIO S.A. advirtió a la SFC sobre la pérdida de maíz dejada de informar por el señor Mahecha Cañón en los Estados Financieros, y la grave situación que ello desencadenó en el Almacén General de Depósito, pues podía estar afectada *“la estructura de liquidez y patrimonial de la compañía”*.
- b) Actas de junta directiva Nos. 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823 y 824 del año 2016, requeridas por la SFC a través de oficio No. 2016088867-003 del 16 de agosto de 2016; en algunas de ellas, especialmente las número 819 y 822, dicho órgano directivo evidencia, como se resaltó atrás, en consonancia con lo informado por la revisoría fiscal, la relevancia y gravedad que la pérdida de maíz y el embargo de cuentas bancarias tuvieron para ALMAGRARIO S.A., al punto que podía afectar la liquidez, solvencia, cumplimiento de compromisos e incluso la continuidad de la empresa.
- c) Comunicaciones radicadas en la SFC con los números 2016088867-005 y 2016088867-005 del 5 y 6 de agosto de 2016, suscritas por el hoy demandante en su condición de representante legal de ALMAGRARIO S.A. y sus anexos, a través de las cuales éste informa que el 21 de enero de 2016 se realizó visita a las bodegas de Nutrilisto en desarrollo de la cual se enteró del faltante de maíz por 10.070.100 Kg por valor superior a siete mil millones de pesos (\$7.000.000.000.00). La conservación y custodia de esta mercancía estaba jurídicamente a cargo de ALMAGRARIO S.A., y su pérdida la obligaba a pagar su valor a los tenedores de los correspondientes certificados de depósito de mercancías. A pesar de lo anterior, el señor Mahecha Cañón incumplió su deber de relevar esta información de extrema importancia en los Estados Financieros con corte a diciembre de 2015.
- d) Informe remitido por la Subdirección de Operaciones de la SFC en el que se evidencian las transmisiones de los estados financieros de ALMAGRARIO S.A. al corte de fin de ejercicio del 31 de diciembre de 2015 y de los estados financieros intermedios al corte de junio de 2016, remitidos al Organismo de Supervisión con información engañosa y mediando incumplimiento a normas contables, por parte del señor Juan Carlos Mahecha Cañón en calidad de Representante Legal del Almacén General de Depósito. La transmisión de los estados financieros con corte a diciembre de 2015 fue hecha con el número CidT 201602573001 archivo 0000083112201501 del 1 de febrero de 2016 y la de los estados financieros intermedios con corte a junio de 2016 con el número CidT 201615795300 archivo 0000083006201600 del 21 de julio de 2016, ambos, se insiste, con la firma digital del señor Mahecha Cañón.
- e) Nota 36 correspondiente a los Estados Financieros de ALMAGRARIO S.A. al corte del 31 de diciembre de 2015, información que se evidencia en la página web de la SFC a través del link Informes y Cifras / Estados Financieros de las entidades vigiladas bajo NIFF.

En esta última prueba documental consta nuevamente que el señor Mahecha Cañón incluyó información engañosa o inexacta en los Estados Financieros con corte a 31 de diciembre de 2015, pues sin tener en cuenta el faltante de maíz del que tuvo conocimiento el 21 de enero de 2016, sostuvo que no se presentaron hechos posteriores que requirieran reconocimiento o revelación de información adicional, tal y como se indicó en el presente escrito referente a la Nota 36, que dice:



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

“36. HECHOS OCURRIDOS DESPUÉS DEL PERIODO SOBRE EL QUE SE INFORMA. *La administración de ALMAGRARIO ha evaluado los acontecimientos posteriores que ocurren a partir del 1 de enero de 2016 y el 25 de febrero de 2016, fecha que los estados financieros estaban disponibles para ser remitidos y determinó que no han ocurrido acontecimientos posteriores que requieran el reconocimiento o la revelación de información adicional en estas declaraciones”.* (subrayado y negrilla fuera de texto)

Esto reafirma que el hoy demandante no cumplió con la carga legal que se le imponía en las normas que sustentaron los cargos por los cuales fue sancionado en sede administrativa conductas que a la postre le llevaron a incumplir entre otros sus el deber de: i) abstenerse de remitir a la SFC información contable falsa, engañosa o inexacta; ii) dirigir la contabilidad de la Sociedad; iii) revelar en los estados financieros de ALMAGRARIO S.A. los hechos significativos o materiales que puedan influir en las decisiones económicas de los usuarios de la contabilidad, ocurridos con posterioridad al cierre del periodo sobre el que se informa, pero antes de que sean autorizados por la asamblea de accionistas para su publicación; iv) reconocer como pasivo las obligación a su cargo, como lo es la de restituir el faltante de maíz en igual cantidad o calidad a la depositada o con el valor que representaba la misma; v) revelar en su información financiera intermedia una explicación de los sucesos y transacciones producidos desde el final del último periodo anual de presentación, que sean significativos para comprender los cambios en la situación financiera y el rendimiento de la entidad; vi) reconocimiento en las cuentas del pasivo de los estados financieros intermedios al corte de junio de 2016 derivado de las obligaciones discutidas en el proceso ejecutivo; vii) reconocimiento en los Estados Financieros intermedios de junio de 2016, de una provisión con ocasión de obligaciones a su cargo por las cuales era probable que tuviera que desprenderse de recursos que incorporaban beneficios económicos para pagarlas, como ocurrió a raíz del embargo de sus cuentas bancarias por valor de \$60000 millones dentro del proceso ejecutivo iniciado en su contra por ADM Colombia.

Ahora bien, según se ha podido advertir en las normas antes referidas, el señor Mahecha Cañón en manera alguna gozaba de discrecionalidad ni de una facultad legal para revelar o no en los Estados Financieros la pérdida del maíz y la provisión derivada del embargo de cuentas bancarias por seis mil millones de pesos. Es claro que según las normas contables NIC 10, 32, 34 y 37 él debía revelar información material y de importancia relativa como la que es objeto de discusión.

Sobre este punto, se sostuvo en la Resolución 0002 de 2019 lo siguiente:

“De ahí que con absoluta certeza pueda afirmarse que, en aplicación del principio de materialidad o de importancia relativa, le correspondía al señor MAHECHA CAÑÓN, en su condición de Representante Legal de Almagrario S.A. para la época de los hechos cuestionados, por una parte, revelar el correspondiente pasivo (pérdida del maíz) en las respectivas notas a los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2015 reportados a esta Superintendencia, por tratarse de un hecho posterior al cierre de dicho ejercicio contable y, por otra, revelar también en el pasivo de los estados financieros intermedios del mes de junio del 2016 las consecuencias derivadas del proceso ejecutivo y el consecuente embargo de las cuentas bancarias que ascendía, como se señaló atrás, a \$6.000 millones.

Por eso, si se acepta y así lo hace expresamente el apelante, que la información material o de importancia relativa es aquella cuya ‘(...) omisión o expresión inadecuada puede influir en decisiones que los usuarios adoptan a partir de la información financiera (...)’, inequívocamente se llega a la conclusión que el haber dejado de informar las dos situaciones evaluadas en este punto, sí influyó en las decisiones de todos los usuarios de la misma, quienes recibieron información engañosa o inexacta sobre la realidad económica y financiera del Almacén General de Depósito.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Esto por cuanto, en lo que hace al primer aspecto, en la nota 36 a los estados financieros de Almagrario S.A. con corte al 31 de diciembre de 2015 se lee que 'La administración de ALMAGRARIO ha evaluado los acontecimientos posteriores que ocurren a partir del 1 de enero de 2016 y el 25 de febrero de 2016, fecha que los estados financieros estaban disponibles para ser emitidos, y determinó que **no han ocurrido acontecimientos posteriores que requieran el reconocimiento o la revelación de información adicional en estas declaraciones.** (Se resalta)

Mientras que en lo referente al segundo aspecto, al revisar los estados financieros intermedios del mes de junio de 2016, no se encontró registro contable alguno que reconociera en el pasivo de Almagrario S.A. los efectos del proceso ejecutivo iniciado en su contra y de la medida cautelar ordenada en el mismo por valor de \$6.000 millones³⁴. (Resaltado en el texto original)

Así mismo, la Resolución 130 de 2018 fue motivada correctamente, así:

"Se reitera que las revelaciones en los Estados Financieros bajo IFRS son necesarias para proporcionar información a los usuarios (Estado Colombiano, los propietarios, funcionarios y empleados de las empresas, los inversionistas actuales o potenciales de las mismas y otras partes interesadas, para la toma de decisiones de tipo económico, mostrar los resultados de la administración y evaluar el desempeño de la empresa a través del análisis de los estados financieros.

En tal sentido para esta Superintendencia es claro que la detección de la pérdida del maíz en las bodegas de Nutrilisto es un hecho que debió ser revelado en los Estados Financieros de fin de ejercicio de 2015 y se enmarcan por razones de tiempo, materialidad e importancia en lo previsto en la Norma Internacional de Contabilidad 10 (NIC 10), "Hechos posteriores al cierre del ejercicio".

(...)

Desconoce este Despacho las razones por las cuales considera el apoderado del investigado que "... el evento del cobro de los CDMs en cualquier momento tenía el suficiente respaldo para lograr que la afectación patrimonial del almacén fuese neutra, o si se quiere sin incidencia alguna sobre las decisiones económicas de terceros...", dado entre otras situaciones, **claramente se pudo evidenciar la incidencia y relevancia que el inicio del proceso ejecutivo adelantado en contra de Almagrario S.A. y de la medida cautelar ordenada en el mismo, generó inconvenientes financieros al interior de la sociedad por las dificultades presentadas para atender sus obligaciones.**

(...)

Ahora, respecto a lo establecido en la NIC 37 sobre el reconocimiento de provisiones, resulta necesario tener en cuenta que el suceso cumpla las condiciones que se revisarán a continuación, enunciando el supuesto y luego su análisis frente al caso concreto, así:

1. (a) una entidad tiene obligación presente (ya sea legal o implícita) como resultado de un suceso pasado:

Situación que se presentó notoriamente en Almagrario, al evidenciar el faltante de mercancía que se encontraba en bodega bajo su responsabilidad.

³⁴ Páginas 15 y 16 de la Resolución 0002 de 2019.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2. *(b) es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelar tal obligación;*
Los almacenes generales de depósitos de acuerdo con el artículo 34 del EOSF son responsables por la conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías que les hayan sido depositadas, lo que genera la probabilidad de un impacto económico al tener que cumplir con la restitución de la mercancía faltante.
3. *(c) puede hacerse una estimación fiable del importe de la obligación.*

La entidad tenía claramente identificado el volumen de la mercancía siniestrada y su valor equivalente en pesos.

Del análisis efectuado al suceso presentado, se observa que se configuran las condiciones que generan para la entidad, la necesidad de constituir provisiones en su pasivo y reflejar la probabilidad de que se materialice esta obligación. Ahora bien, los argumentos que esgrime el imputado, debieron ser el soporte de la tasación de la provisión, de acuerdo al mayor o menor grado de probabilidad de materializarse el pago de la obligación, pero no lo eximen de la responsabilidad de revelar la información”³⁵. (Subrayado original del texto)

En efecto, es igualmente falso que los supuestos efectos negativos que tendría dicha revelación y la constitución de provisiones contables, fueran el supuesto que hacía surgir en el señor Mahecha Cañón la discrecionalidad que pregonaba tener. Se insiste que las NIC 10, 32, 34 y 37 son normas contables de orden público que buscan transparencia en la información económica de las empresas, con el fin de permitir a los usuarios de los Estados Financieros tener suficientes elementos de juicio para tomar decisiones económicas relacionadas con la compañía, las cuales no pueden ser incumplidas arbitrariamente y sin justificación legal por parte de los representantes legales de entidades vigiladas por la SFC, con menor razón si se tiene en cuenta que éstas desarrollan una actividad que la Constitución Política califica como de interés público frente a la cual sus administradores deben actuar con especial atención.

Mal podría el hoy demandante pretender evitar los eventuales efectos económicos negativos derivados de la pérdida del maíz y del embargo de cuentas, a través de engaños y ocultamiento deliberado de información a sus accionistas, acreedores, contratistas y al Organismo de Supervisión, entre otros usuarios de su contabilidad.

Esta posición planteada por el señor Juan Carlos Mahecha Cañón, resulta del todo reprochable y en modo alguno puede ser entendida como una simple discrepancia de criterios entre la SFC y el actor, pues la tesis por éste planteada está alejada de la legalidad y atenta en contra de un importante número de normas de orden público que son enfáticas en ordenar que los Estados Financieros de una sociedad sean elaborados con información transparente, completa, oportuna y veraz.

Estos aspectos fueron correctamente valorados en las Resoluciones demandadas, de la siguiente manera:

Resolución 0002 de 2019

“Por su parte, el segundo grupo de justificaciones aducidas por el libelista, es decir, las referidas a las supuestas reacciones que se originarían en los usuarios de la información por conocer del proceso ejecutivo y la medida cautelar, deben rechazarse de manera enfática por

³⁵ Páginas 33 y 34 de la Resolución No. 0130 de 2018.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

este Despacho, pues estas, contrariamente a lo expuesto reiteradamente en el recurso de apelación, ponen de presente que el investigado era plenamente consciente de la materialidad o de la importancia relativa de la información en cuestión para las partes interesadas en conocer la verdadera situación financiera y patrimonial del Almacén General de Depósito.

(...) este Despacho debe rechazar tajantemente, por tratarse de una conducta que afecta las atribuciones y derechos de los usuarios de la información (entre otros, esta Superintendencia, accionistas y acreedores), que con el supuesto propósito de evitar las reacciones de ‘terceros desprevenidos’ o ‘el efecto catastrófico de una revelación’, se suministre información engañosa o inexacta, que le impida a tales agentes adoptar oportunamente las decisiones de supervisión, inversión, judiciales o de cualquier otra naturaleza, que mejor se adapten al ejercicio de sus legítimas competencias, derechos y prerrogativas, justamente, una de las razones que hacen exigible el suministro de información fidedigna y que se ajuste a la realidad económica de los entes económicos.

(...)

Luego, mal puede afirmarse que la sanción impuesta al señor MAHECHA CAÑÓN por este cargo se derivó de la “discrepancia de criterio” o que conduce a una ‘total y absoluta inseguridad jurídica’ respecto de la interpretación del principio de materialidad o de importancia relativa, pues lo que se advierte en esta actuación es que el faltante del maíz entregado en depósito, el proceso ejecutivo iniciado por los tenedores legítimos de los certificados de depósito de mercancías (CDMs) y la consecuente medida cautelar de embargo de las cuentas bancarias de Almagrario S.A., debieron informarse en sus estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2015 y 30 de junio de 2016, respectivamente. Lo anterior atendiendo a que, tanto para su Revisoría Fiscal como para los miembros de su Junta Directiva, representaban situaciones absolutamente críticas que, incluso, podían afectar la continuidad del negocio al poner en peligro su liquidez y solvencia”³⁶. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, alega el demandante que la información que rodeó el caso de Nutrilisto fue informado rápidamente e íntegramente a la Junta Directiva de ALMAGRARIO S.A. e igualmente que en agosto de 2016 cumplió con las obligaciones a su cargo por la pérdida de maíz, motivos que demuestran que la información omitida no era de relevancia material o de importancia relativa.

Al respecto basta decir que las normas antes mencionadas imponen la obligación de revelar la información material o de importancia relativa en los Estados Financieros de la sociedad vigilada, razón por la que la entrega de esa información en una forma distinta a la exigida por la ley, impide dar por cumplida dicha obligación. En efecto, la correcta elaboración de Estados Financieros no puede suplirse, al arbitrio del representante legal de ALMAGRARIO S.A., a través de reuniones de junta directiva y la entrega de información a sus miembros.

Finalmente, sobre la supuesta ausencia de configuración de la infracción en razón a que finalmente se pagaron las obligaciones derivadas de la pérdida de maíz en el mes de agosto de 2016, pues hechos inciertos para el momento de la elaboración y transmisión de Estados Financieros no pueden ser jamás la justificación para entregar información engañosa o inexacta al Supervisor, y para someter a los demás usuarios de la contabilidad, al ocultamiento de información trascendental para la toma de sus decisiones. Sobre el particular se sostuvo lo siguiente en la Resolución 002 de 2019:

“Debe señalarse en este punto, adicionalmente, que no es aceptable para este Despacho que el impugnante aduzca que el pago realizado el 3 de agosto de 2016 por la sociedad Finca por

³⁶ Páginas 17 y 18 de la Resolución 002 de 2019.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

cuenta de Nutrilisto a los tenedores legítimos de los CDMs pondría de presente que la valoración y pronóstico efectuado por el señor MAHECHA CAÑÓN 'fue efectivamente certero y cierto', pues mal puede suponerse que la eventual no realización futura de una contingencia jurídica hace innecesaria su revelación contable en el momento en que se tiene conocimiento de ella, menos aun cuando de esta ya se había derivado una medida que afectaba la disponibilidad de los recursos depositados en las cuentas bancarias del Almacén General de Depósito por la suma aproximada de \$6.000 millones”.

Así las cosas, en lo que respecta a la falsa motivación supuestamente existente en el primer cargo formulado en contra del señor Juan Carlos Mahecha Cañón, es dable concluir que aquella no se presentó, y se solicita que así sea declarado en la sentencia que deniegue las pretensiones de la demanda.

De otra parte, frente al segundo cargo por el cual el hoy demandante fue sancionado, debe aclararse que aquel tuvo lugar en razón a que el señor Mahecha Cañón rindió un informe de gestión a la Asamblea de Accionistas, sin señalar a este órgano social la pérdida de maíz de la cual ALMAGRARIO S.A. tuvo conocimiento el 21 de enero de 2016 en razón a la visita a las bodegas de Nutrilisto, y la forma en que tal hecho podía afectar la evolución de la sociedad y la ejecución de su objeto social.

Esta nueva omisión de parte del hoy demandante, acarreó que incurriera en la infracción del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, numeral 4º del artículo 446 del Código de Comercio y artículo 47 de la Ley 222 de 1995, los cuales establecen en cabeza del señor Mahecha Cañón, la obligación de rendir un informe de gestión a la asamblea de accionistas que debía contener, entre otros temas, los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio y la evolución previsible de la sociedad.

Las pruebas documentales que soportan la infracción objeto de estudio, obran igualmente en el expediente administrativo sancionatorio que se allega como prueba, y reafirman nuevamente la legalidad de las resoluciones demandadas y necesidad de que sea desestimado el cargo de falsa motivación. Dentro de aquellas se destacan las siguientes:

- i. Mediante comunicación 2016041738 del 19 de abril de 2016, la señora Kattia Milena Daza Aroca en condición de representante legal de Almagrario S.A. y la señora Yenny Carolina Guzmán como revisor fiscal de la misma, remitieron a la SFC copia del acta No. 206 de reunión de la Asamblea de Accionistas del 29 de marzo de 2016 de Almagrario, en cuyo numeral 4º se incluyó el informe de gestión rendido por el señor Juan Carlos Mahecha Cañón, en cuyo numeral 13.2 se afirma, contrariando la realidad, lo siguiente:

“HECHOS POSTERIORES AL CIERRE DE EJERCICIO:

Posterior al cierre de ejercicio del año 2015, la entidad no tuvo conocimiento de hechos posteriores que incidan en la modificación de la estructura de los estados financieros, o que pueda influir en el normal desarrollo de las operaciones del Almacén”.

- ii. Acta No. 818 correspondiente a la reunión de junta directiva celebrada el 28 de enero de 2016, en la que se sostuvo lo que se cita a continuación:

“3. Siniestro operación de almacenamiento Nutrilisto.

El Dr. Mahecha, manifiesta que en la Junta del mes anterior se realizó el comentario extra Junta del siniestro ocurrido en la planta del cliente Nutrilisto (ubicada en Cereté



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Córdoba), derivado de la disposición indebida por parte del cliente del producto (maíz), que se encontraban respaldando los certificados de depósito de mercancías Nos. 20007, 20011, 20012, 20013, 20009 y 20837, por valor cercano de los \$7.370 millones y con vencimientos entre el mes de febrero y abril.

(...)

Dado lo anterior, se solicita autorización a la Junta Directiva para suscribir un acuerdo con Nutrilisto que permita obtener garantía para respaldar la operación de certificados de depósito de mercancías CDM. Sobre el particular los miembros de Junta Directiva de forma unánime autorizan a la administración para suscribir el acuerdo necesario para obtener de Nutrilisto la garantía suficiente que respalde los títulos, firmar los documentos privados o públicos necesarios para instrumentalizar el acuerdo. Adicionalmente solicitan se dé aviso de siniestro a la aseguradora, respecto de la presunta infidelidad de los funcionarios de Almagrario en la concreción del siniestro”.

iii. Acta No. 819 correspondiente a la reunión de junta directiva celebrada el 25 de febrero de 2016:

“Como es de conocimiento de la Junta Directiva, se venían adelantando negociaciones con Nutrilisto, en aras de obtener una garantía que nos permita respaldar los certificados de depósito de mercancía No. 20007, 20011, 20012, 20013, 20009 y 20837 que quedaron al descubierto por la disposición de la mercancía por parte de Nutrilisto. Dichos certificados se encuentran endosados en propiedad a la Sociedad C.I ADM Colombia Ltda y Seaboard Overseas Colombia Ltda y ascienden a la suma de \$7.370.290.407, (...)

No obstante lo anterior, la negociación sería ajena a los tenedores legítimos de los títulos, quienes han manifestado, particularmente C.I. ADM no hacer parte de la misma.

(...) Es de precisar que Almagrario es el obligado directo en el pago de los títulos frente a sus tenedores legítimos, por lo tanto en el evento que Nutrilisto no pague Almagrario deberá pagar. Así las cosas, estamos expuestos a que por parte de los tenedores legítimos (C.I ADM Colombia Ltda y Seaboard Overseas Colombia Ltda se inicien acciones cambiarias contra Almagrario”
(subrayado y negrilla fuera de texto).

En efecto, la afirmación hecha por el señor Mahecha Cañón en el informe de gestión del periodo 2015 rendido al máximo órgano social de ALMAGRARIO S.A., resulta contradictoria con la realidad, y con las manifestaciones que previamente había expuesto a la junta directiva en los meses de enero y febrero de 2016, en las cuales se destacó la importancia de la pérdida de maíz, igualmente la condición de obligado directo de la vigilada respecto de los certificados de depósito de mercancías, adicionalmente la posibilidad de que los tenedores iniciaran acciones cambiarias en contra de la sociedad, y finalmente la importancia de celebrar un acuerdo con Nutrilisto con el objeto de cumplir aquellas prestaciones.

En consecuencia, tanto el primero como el segundo cargo por los cuales fue sancionado el hoy accionante resultaron suficientemente demostrados y motivados en el proceso sancionatorio, con base en hechos ciertos y disposiciones normativas de orden público que aquel debía cumplir y que resultan plenamente aplicables al caso, circunstancias que desestiman la supuesta falsa motivación alegada en la demanda.

6.2.5. Peticiones subsidiarias

Considera el accionante que en caso tal que la Administración de Justicia no encuentre debidamente fundamentadas sus pretensiones deberá contemplarse la reducción de la sanción porque a su juicio la SFC lo multo e inhabilitó por dos cargos cuando en realidad solo se trataba de uno y porque no hubo una debida ponderación. A continuación, pasaré a exponer la razón por la cuál también deben negarse estas solicitudes:

6.2.5.1. Improcedencia de la reducción de la sanción por inexistencia de uno de los cargos

Señaló el accionante en su escrito que *“Si lo que motivó la sanción fue el hecho de no revelar una información que según la Superintendencia generó una alteración en la consistencia de los estados financieros por ser inexacta o engañosa, ello no deja de ser otro aspecto particular que merece censura si se tiene en cuenta que todo el problema surge sobre la confrontación de pareceres acerca del sentido y alcance de la atribución de valoración que otorga la norma NIC 10 en torno a la aplicación de los principios contables de materializada e importancia relativa.*

Si ello es de esta manera, como finalmente lo aceptó el Superintendente en la Resolución 002 de 2019 por sustracción de materia carecería de sentido que se hubiese formulado el segundo cargo a partir de la presentación de los estados financieros intermedios (...)”

Frente a lo aducido por el accionante debo indicar en primer lugar que sus afirmaciones no solo carecen de fundamento sino que además son falsas, en ningún momento en la Resolución 0002 de 2019 esta Superintendencia “*aceptó*” que lo que había motivado la sanción deviniera de una “*confrontación de pareceres acerca del sentido y alcance de la atribución de valoración que otorga la norma NIC 10*” y este tipo de conclusiones ponen en evidencia las confusiones en las que se encuentra incurso el demandante y que no le permitieron dilucidar que los cargos por los cuales se inició la actuación administrativa que terminó en sanción no corresponden exclusivamente a que no reveló información en los estados financieros (De fin de ejercicio 2015 e intermedios 2016 que además debían reflejar la provisión del proceso ejecutivo que se había iniciado en contra de Almagrario S.A) sino que además no informó la pérdida de la mercancía (maíz) evidenciada el 21 de enero de 2016, -circunstancia que tuvo lugar entre el cierre de ejercicio del año 2015 y la preparación de los estados financieros que debían ser aprobados en la Asamblea de Accionistas que se llevó a cabo el 29 de marzo de 2016-, **en el informe de gestión** que en calidad de Representante Legal del Almacén General de Depósito el señor MAHECHA CAÑÓN estaba llamado a presentar, en virtud de las previsiones señaladas en el numeral 4 del artículo 446 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 47 de la Ley 222 de 1995, documento sobre el que ya nos referimos con suficiencia en el numeral 6.2.2. de este escrito.

Así las cosas, huelga concluir que las aseveraciones del actor carecen de fundamento y las peticiones subsidiarias al igual que las principales deben ser despachadas de manera nugatoria.

6.2.5.2. Improcedencia de la reducción de la sanción. Los actos administrativos fueron debidamente ponderados

En este punto, además de insistir en los mismos argumentos que ya se citaron en la demanda y que se despacharon en esta contestación, el actor concluye que *“la ausencia de ponderación sobre la conducta, por simple inercia supone que la suma debe ser rebajada en caso tal que el fallo final sea adverso”*, esta petición tampoco tiene vocación de prosperar como quiera que los actos se encuentran debidamente ponderados conforme a la conducta sancionada, sobre este particular me remito en su integridad al numeral **4.2.4. de la** Resolución 002 de 2019 denominado “*Argumentos relacionados con la ponderación de la sanción*”, en dicho acápite el Juez observará la manera tan precisa en la que mi representada motiva

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

sus decisiones, es clara, se ajusta a las normas y expone con técnica su argumentación, en dicho proveído ya se indicó al accionante que:

“(...) Tratándose de la Superintendencia Financiera, particularmente de su facultad sancionatoria frente a la infracción de las normas que hacen parte del régimen financiero, el mencionado principio se encuentra previsto en el literal b) del numeral 1° del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual ‘(...) la sanción deberá ser proporcional a la infracción’. Esto significa que presentada una infracción menor, la Superintendencia debe aplicar una sanción leve y, en caso contrario, ocurrida una falta grave o muy grave, debe graduarla de manera más severa, respetando en todo caso los límites previstos en la ley (numeral 3° ibidem).

Aquí es donde se hace evidente el principio de proporcionalidad en la actividad punitiva de la Superintendencia. No en el hecho de dejar de ejercer su potestad sancionadora, o de aplicar una sanción mínima aun cuando, por ejemplo, se hayan afectado seriamente los intereses jurídicos tutelados por las normas que se estiman infringidas, sino en determinar, conforme a los límites y criterios de graduación señalados por el legislador, el tipo de medida a imponer y el valor de la multa si fuere el caso.

Por eso mismo, el Consejo de Estado ha precisado que la discrecionalidad de esta Superintendencia se pone de manifiesto al fijar la sanción dentro de los límites específicos determinados por el legislador, nunca bajo el supuesto de dejar de aplicar normas obligatorias. Sobre el particular, señaló:

‘(...) sólo en aquellos casos en que la disposición jurídica otorgue cierta discrecionalidad para graduar la sanción, dentro de los límites máximo y mínimo allí previstos, podía la Superintendencia fijarla, pero no abstenerse de imponerse sanción alguna cuando la ley la establece para la conducta que se sucede con violación a lo en ella dispuesto (...)’.

Pues bien, conforme al mencionado numeral 3° del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta Superintendencia puede imponer a quienes incumplan sus deberes u obligaciones legales, violen las normas que rigen su actividad o desconozcan las órdenes o instrucciones que expida en ejercicio de sus funciones, una o varias de las siguientes sanciones: amonestación, multa, suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de cargos que requieran de posesión previa ante esta Entidad y remoción de administradores.

Y en el presente asunto, se observa que, para la época de los hechos cuestionados, la multa máxima personal que podía aplicar esta Superintendencia, conforme al literal b) del citado numeral 3°, ascendía a \$194.088.987 y \$207.228.811 para los años 2015 y 2016, respectivamente, mientras que las impuestas al señor MAHECHA CAÑÓN fueron tasadas, en \$50.000.000 cada una, valor que representa menos del 26% de los referidos límites máximos.

Así, desde esta primera perspectiva, puede afirmarse que el A quo, contrario a lo que se argumenta en el recurso de apelación, no le impuso al señor MAHECHA CAÑÓN una sanción “francamente exorbitante”, en cuanto, además de que su valor resulta proporcional a las infracciones atribuidas, el mismo se ubica entre los límites legales, siendo en todo caso muy inferior al máximo permitido.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Ahora bien, respecto de la graduación de dicha medida, procede señalar que el numeral 2º del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone que ‘Las sanciones por infracciones administrativas a que se hace mención en este artículo, se graduarán atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resulten aplicables (...)’, lo que implica que esta Superintendencia, al momento de establecer la sanción a imponer, puede considerar uno o varios de los criterios de dosimetría allí consagrados, siempre que los mismos sean aplicables al caso, considerando razonablemente las circunstancias que rodearon la comisión de la infracción.

Esta situación ya había sido reconocida jurisprudencialmente, pues el Consejo de Estado advirtió que para la fijación de la sanción, la Superintendencia debía aplicar al menos uno de los criterios de dosimetría consagrados en la anterior legislación, a saber:

"(...) Sobre la afirmación de la apelante, en el sentido de que no se demuestre (sic) el factor del posible beneficio obtenido, la Sala observa, que la apelante interpreta incorrectamente la norma puesto que si bien se refiere a ese elemento, no es obligatorio considerarlo, la Superintendencia discrecionalmente y atendiendo a la clase de infracción, determinará el parámetro a seguir, bien por la gravedad de la infracción que parece ser el elemento tenido en cuenta en el sub-júdice; el beneficio obtenido, o la combinación de estos dos (...)”³⁷.

Lo anterior explica por qué, para graduar la medida a imponer al señor MAHECHA CAÑÓN, el A quo no aplicó los criterios consagrados en los literales c), d), e), g) e i) del numeral 2º del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, (...)

Por el contrario, el A quo estimó que los criterios enunciados en los literales a)³⁸, b)³⁹ y f)⁴⁰ ibidem, sí resultaban procedentes para graduar la sanción que debía imponerle al investigado, atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y que, por lo mismo, debían ser aplicados como agravantes, los literales a) y f) y atenuante, literal b) (...)

Lo expuesto corrobora que las multas impuestas no desconocieron los criterios de ponderación aplicables al caso, por cuanto el A quo dosificó la sanción a imponer al señor MAHECHA CAÑÓN observando las circunstancias particulares que rodearon la comisión de la falta y conforme a los criterios de graduación que consideró aplicables frente a la conducta reprochada (...)”⁴¹.

Si se observa la ley es clara y mi prohijada le dio cabal aplicación de allí que solicitar que se modifiquen las órdenes de un acto legal por la consideración personal de un accionante carece por completo de fundamento y no puede ser de recibo por la administración de justicia.

³⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 30 de septiembre de 1994, C.P.: Delio Gómez Leyva, expediente 5345.

³⁸ “La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la Superintendencia (...)”.

³⁹ “El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros, por la comisión de la infracción, o el daño que tal infracción hubiere podido causar”.

⁴⁰ “El grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes”.

⁴¹ Página 28, 29 y 30 de la Resolución 0002 de 2019.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

VII. EXCEPCIONES GENÉRICAS

Invoco mediante este escrito todas aquellas que, derivadas de hechos que resulten probados en el proceso, deba el señor Juez de conocimiento reconocer oficiosamente en la sentencia, de conformidad con el numeral 6o del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, caso en el cual habrá lugar a declarar la imposibilidad de entrar a estudiar las pretensiones objeto de la demanda o a desestimarlas por razones de fondo.

VIII. PETICION

Conforme a los argumentos expuestos solicito al Despacho se declare la legalidad de las resoluciones No. 0130 del 30 de enero de 2018 y 0002 del 4 de enero de 2019 por cuanto tales actos, no desconocieron derecho fundamental alguno, no fueron falsamente motivados y fueron proferidos dentro del término previsto para ello, razones por las cuales no se configura causal alguna que amerite su declaratoria de nulidad.

IX. PRUEBAS

9.1. Solicito que se tengan como pruebas las siguientes.

9.1.1. Documentales

Todos los antecedentes que conforman la actuación adelantada en contra del señor Juan Carlos Mahecha Cañón

Reserva

La información y documentación contenida en los antecedentes administrativos aportados como prueba es de carácter reservado⁴², motivo por el cual se traslada la administración de dicha reserva a su Honorable Despacho, con el objeto de que sea resguardada debidamente.

Valga señalar que en atención a la emergencia sanitaria por COVID 19 que se presenta actualmente en el país es imposible radicar de forma presencial esta intervención y, como quiera que los canales digitales previstos para la presentación de memoriales no cuentan con la capacidad suficiente para recibir todos los anexos enunciados como pruebas, junto con la presente

⁴² En el numeral 3 del artículo 337 del EOSF, se encuentra plasmada una previsión que está consagrada desde la Ley 45 de 1923, mediante la cual se estableció el carácter confidencial de los informes de los inspectores y agentes especiales de la entonces Superintendencia Bancaria, estableciendo la prohibición de hacerlos públicos y las sanciones ante cualquier “indiscreción” al respecto, ya sea por parte del “Superintendente o por cualquiera de sus empleados y que redunde en perjuicio de terceros. Es de resaltar que el informe de inspección lo conforman, el documento en donde el inspector hace constar los hechos y las conclusiones de la labor realizada junto con todo el soporte probatorio que respalda las afirmaciones de dicho funcionario. Lo anterior, pues un informe de inspección es el resultado de la percepción y opinión del inspector. No tendría sentido que el informe sea reservado pero las pruebas en que éste se apoya o soporta sean públicas, pues ello haría nugatoria la previsión contenida en el numeral 3 del artículo 337 EOSF.

La naturaleza de información pública reservada de los informes de inspección mencionados, se debe revisar en concordancia con lo previsto en el literal h) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 y en el numeral 2) del artículo 28 del Decreto 0103 de 2015, normas según las cuales está prohibido a las autoridades permitir el acceso a documentos públicos cuando los mismos están relacionados con “...las labores de supervisión necesarias para garantizar la estabilidad del sistema financiero y la confianza del público en el mismo”, por lo tanto, tales documentos incluidas las comunicaciones y respuestas suministradas por la persona inspeccionada, solo pueden ser dados a conocer en los términos de lo previsto en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia. La reserva consagrada en el numeral 3 del artículo 337 del EOSF se extiende por un período de 15 años.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

contestación se enviarán siete correos electrónicos con sus respectivos memoriales los cuales ruego se tengan como parte de este escrito y se sometan a la reserva correspondiente.

X. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Secretaría de su Despacho, en la Subdirección de Representación Judicial de la Superintendencia Financiera, ubicada en la calle 7 No. 4 – 49, oficina 211, Zona C, de la ciudad de Bogotá D.C. y en el correo electrónico institucional: notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co indicando el número de radicado 2019061746 que corresponde al radicado interno asignado al expediente digital.

Cordialmente,



T.P. 169 054 del C.S.J.
C.C. 52 880 799 de Bogotá.

MYRIAM MARLENY BERNAL MUNEVAR

70416-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Uno
70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

Elaboró:

MYRIAM MARLENY BERNAL MUNEVAR

Revisó y aprobó:

MYRIAM MARLENY BERNAL MUNEVAR

