

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD  
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

**RADICACIÓN:** 11001-3334 -003-2017-00131-00  
**DEMANDANTE:** ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO  
**DEMANDADA:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA  
**ASUNTO:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**MEDIO DE CONTROL**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Abel Guillermo Caballero Lozano, actuando a través de apoderado judicial formula demanda contra la Superintendencia Financiera de Colombia, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

**DECLARACIONES Y CONDENAS**

**"PRIMERO.** - Que se declare la NULIDAD de las Resoluciones No. 373 del 6 de abril de 2016 proferida por el Superintendente Delegado para Riesgos Operativos de la Superintendencia Financiera de Colombia; y No. 1631 del 28 de diciembre de 2016 proferida por el Superintendente Financiero.

**SEGUNDO.** - Como consecuencia de las anteriores declaratorias, se solicita que se CONDENE a la Superintendencia Financiera de Colombia a restablecer el derecho vulnerado cuya reparación se solicita en los siguientes términos:

A título de daño emergente, se ordene la devolución al Demandante de los OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000 M/Cte) que pagó a título de multa por razón de los actos demandados, suma ésta que solicito por los mecanismos legales a que haya lugar, y en todo caso de manera no inferior a la inflación, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que anule el acto en el cual se funda.

Con el pago del concepto relacionado se estimaría integralmente reparado el perjuicio que sufrió mi poderdante con ocasión de la sanción impuesta y del pago que hubo de hacerse.

**TERCERO.** - *A partir de la ejecutoria de la sentencia que anule el acto en el cual se fundó la imposición de la multa, solicito condenar a la Demandada al pago de intereses de mora a la tasa más alta prevista en la ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 192 del CPACA.*

**CUARTO.** - *Que se condene en costas y agencias en derecho a la Demandada."*

### **HECHOS DE LA DEMANDA**

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, son:

1. La Superintendencia Financiera de Colombia realizó una inspección a la Fiduciaria Petrolera Fidupetrol S.A. del 3 de abril al 17 de junio de 2014.
2. Mediante oficio radicado 2014082829-002-000 del 11 de septiembre de 2014, notificado el día 2 de octubre del mismo año, dicha Superintendencia formuló cargos personales al señor Abel Guillermo Caballero Lozano, en su calidad de Presidente y Representante Legal de la Fiduciaria Petrolera S.A.- Fidupetrol S.A.
3. Mediante memorial radicado 2014082829-006-000 del 18 de noviembre de 2014, el señor Abel Guillermo Caballero Lozano presentó respuesta al pliego de cargos.
4. Mediante resolución 373 del 6 de abril de 2016, el Superintendente Delegado para Riesgos Operativos sancionó al señor Caballero Lozano con una inhabilitación por el término de 3 años para el ejercicio de cargos en entidades vigiladas que requieran para su desempeño de posesión ante dicha Superintendencia y con una multa por valor de ochenta millones de pesos (\$80.000.000).
5. El día 22 de abril de 2016 el señor Abel Guillermo Caballero Lozano interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la Resolución No. 373 del 6 de abril de 2016.
6. Mediante Resolución 1631 del 28 de diciembre de 2016 el Superintendente Financiero resolvió el recurso de apelación interpuesto, modificando el artículo primero de la Resolución 373 del 6 de abril de 2016, en el sentido de eliminar la sanción de inhabilitación; y confirmando sus demás aspectos.
7. El señor Caballero Lozano fue notificado de la Resolución 1631 del 28 de diciembre de 2016 el día 10 de enero de 2017.

8. El 1 de febrero de 2017 el señor Caballero Lozano realizó el pago de la multa impuesta por la Resolución 373 del 6 de abril de 2016 y confirmada por la Resolución 1631 del 28 de diciembre de 2016.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Las normas violadas y el concepto de la violación expuesto por la demandante se pueden concretaren los siguientes cargos:

#### **1. Indebida aplicación de las disposiciones legales**

(...)

*En el caso que nos ocupa, debe señalarse que la Superintendencia incurre en una infracción de las normas en que deberían fundarse, en particular (i) el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establece los criterios de graduación de la sanción; (ii) el literal k) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; (iii) el artículo 23 de la Ley 222 de 1995; (iv) los numerales 3.1.3.1 y 3.2.4.2 de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia; y (v) el artículo 64 del Código Civil.*

(...)

*La Resolución No. 1631 del 28 de diciembre de 2016, que confirma la Resolución No. 373 del 6 de abril de 2016, da cuenta de la indebida o falta de aplicación por interpretación errónea del numeral segundo del artículo 208 del EOSF, por cuanto lo inaplica en su gran mayoría. En efecto, y como se expondrá a continuación, la Superintendencia tuvo en cuenta criterios de graduación establecidos en el artículo 208 EOSF, pero únicamente a efectos de agravar la sanción, y de manera alguna estimó que pudieran ser criterios de atenuación de la sanción, razón por la cual se presentó una indebida aplicación de la norma legal.*

(...)

*Por otra parte, el numeral segundo del artículo 208 del EOSF dispone de unos criterios que en el fondo corresponden con aquellos del artículo 50 del CPACA para graduar las sanciones...*

(...)

*En el caso que nos compete, la Superintendencia decidió imponer una multa por la suma de OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000 M/Cte), sin motivar su decisión ni haber tenido en cuenta los factores de graduación de las sanciones.*

(...)

Ahora bien, en el caso que nos ocupa las Resoluciones desconocieron por completo la existencia de criterios de atenuación, y aquellos que fueron reconocidos no se reflejaron en el monto de la sanción que fue impuesta. Si bien las Resoluciones hacen referencia a los criterios de atenuación, de manera alguna señalan la manera como dichos criterios tienen una incidencia dentro del monto de la sanción. En este sentido, las Resoluciones impugnadas incurren en una indebida aplicación del artículo 208 del EOSF.

(...)

En segundo lugar, la Superintendencia incurrió en una inaplicación del literal k) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y los numerales 3.1.3.1 y 3.2.4.2 de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que en el presente caso no se configuraron los supuestos de hecho a los que se refieren dichas normas. Sin embargo, la Superintendencia decidió aplicar la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de dichas disposiciones.

En efecto, de haber considerado el conjunto de aspectos jurídicos, verbigracia la existencia de diversas contingencias jurídicas por operaciones y contratos suscritos por la anterior administración; administrativos, como el retraso en el área de sistemas o el impacto del clima laboral; comerciales y de calificación de riesgo; la Superintendencia habría llegado a la conclusión de que las normas de la referencia no fueron infringidas y no las habría aplicado como sustento para la sanción impuesta.

(...)

Por otro lado, es preciso reiterar que la Superintendencia incurre en una indebida aplicación de las normas al aplicarlas con respecto a hechos ocurridos con anterioridad a la posesión del señor Caballero Lozano como Presidente de la Fiduciaria. En efecto, el señor Caballero Lozano no ha de ser sancionado por la situación en la que se encontraba Fidupetrol al momento de su posesión, esto es, el 21 de noviembre de 2013. El señor Caballero Lozano no puede ser encontrado responsable por hechos que ocurrieron antes de su posesión en el cargo, so pena de que la Superintendencia incurra en una indebida aplicación de la normatividad vigente. **Esto máxime si se tiene en cuenta que el señor Caballero Lozano solamente se desempeñó como funcionario de la entidad 6 meses, esto es, entre el 21 de noviembre de 2013 y el 16 de junio de 2014.**

En este contexto, y con respecto a la supuesta vulneración del artículo 72 del EOSF, la Superintendencia no tuvo en cuenta que mientras el señor Caballero Lozano fue Presidente de la Fiduciaria, en ningún momento recibió órdenes o requerimientos

por parte de dicha entidad. El supuesto desconocimiento de la norma se funda en hechos ocurridos antes de su posesión, y por los cuales no ha de ser sancionado o encontrado responsable.

(...)

Como fue planteado a lo largo del proceso, la contingencia del 31 de marzo de 2014 corresponde a una causa extraña que exonera al señor Caballero Lozano de toda responsabilidad. La Superintendencia incurre en una falta de aplicación del artículo 64 del Código Civil al considerar que dicha circunstancia no es un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

En efecto, la Superintendencia Financiera de Colombia no comparte el término imprevisible utilizado por el señor Caballero a lo largo de la actuación administrativa frente a la contingencia acaecida el 31 de marzo de 2014, pues considera que no se encuadra dentro de la definición legal de fuerza mayor y caso fortuito, sobre todo porque supuestamente no estableció mecanismos que garantizaran la recuperación de la información, falencias que ya habían sido advertidas por parte del ente de Supervisión a través de la inspección adelantada en el año 2010.

Sobre el particular es preciso señalar que la Superintendencia pretende construir una definición de fuerza mayor y caso fortuito para los hechos ocurridos, con base en lo que ocurrió con posterioridad al hecho dañino. Sin embargo, las características de irresistibilidad e imprevisibilidad han de ser analizadas con base a lo ocurrido antes y no después del acaecimiento del daño.

## **2. Falsa Motivación**

(...)

La Superintendencia incurre en una falsa motivación por cuanto los hechos que tuvo en cuenta la Superintendencia Financiera fueron apreciados de manera equivocada, es decir, el supuesto fáctico y la decisión tomada no concuerdan.

En efecto, las Resoluciones Impugnadas apreciaron los hechos que dieron lugar a la apertura de la investigación sin tener en cuenta los varios aspectos jurídicos, administrativos, comerciales y de calificación de riesgos en los que se encontraba Fidupetrol al momento de la posesión del señor Caballero Lozano como Presidente de la Fiduciaria y al momento del acaecimiento de la contingencia tecnológica, aspectos abordados a profundidad en el escrito de apelación en contra de la Resolución proferida por el Aquo.

## **3. Violación al debido proceso y la afectación al derecho de defensa por rechazo injustificado del decreto y práctica de pruebas solicitadas por el investigado**

(...)

*Esta decisión sancionatoria con base en las pruebas que presentó la Superintendencia, que, se reitera no son plenas pruebas toda vez que no se tuvo la oportunidad procesal de controvertirlas, lo cual es un vicio que acarreará su nulidad. Lo anterior, ante la incapacidad del ente acusador de demostrar los hechos y la relación de causalidad que da lugar a la formulación de los cargos, de velar también por los hechos que sirven a la inocencia del investigado.*

*Sin embargo, y con gran asombro, **la Resolución Impugnada desconoce la importancia que tiene el derecho de contradicción** que les asiste a los asociados. A la Superintendencia le basta con afirmar que no existe problema con la contradicción de la prueba, pues "ella no fue tachada de falsa". El hecho de que una prueba no sea tachada de falsa no quiere decir que sea una plena prueba y que con ella se puedan tomar decisiones sin violentar de manera grave el derecho fundamental al debido proceso.*

(...)

*Las Resoluciones sancionatorias vulneran el derecho a la defensa del señor Caballero al negar de manera injustificada la solicitud de pruebas realizadas en el curso del proceso administrativo. En este sentido, al rechazar la práctica de pruebas, la Superintendencia conculcó de manera grave el derecho del señor Caballero a su defensa frente a las acusaciones presentadas por dicha entidad." (Negrilla y subraya del texto original).*

### **3. Contestación de la demanda**

La Superintendencia Financiera de Colombia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por las razones que se sintetizan a continuación:

*"En cuanto a la supuesta causal de nulidad de que adolecen los actos enjuiciados por una aparente infracción de las normas en que deberían fundarse conviene indicar que los actos administrativos demandados se encuentran fundamentados en normas de obligatorio cumplimiento por parte del actor, que resultaron aplicadas e interpretadas correctamente, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.*

(...)

*Contrario a lo afirmado por la parte actora, las Resoluciones Nos. 0373 del 6 de abril de 2016 y No. 1631 del 28 de diciembre de 2016 fueron debidamente fundamentadas tanto jurídica como fácticamente y las sanciones allí impuestas son producto de la*

realidad probada en el expediente administrativo, pues se confirmó que el señor Abel Guillermo Caballero Lozano omitió ejercer una serie de deberes legales a los que se encontraba obligado en su calidad de Presidente y Representante Legal de la sociedad Fiduciaria Petrolera Fidupetrol S.A., en cuya calidad vulneró las reglas de conducta y los deberes a los que hacen referencia al literal k) del Artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y de los numerales 1 y 2 del Artículo 23 de la Ley 222 de 1995, así como no había dado cumplimiento, a lo previsto en el Literal c) del subnumeral 3.1.3, Literales a) y c) del subnumeral 3.1.3.1, Literales i) y k) del numeral 3.2.4.2, todos del Capítulo XXIII de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, al no haber implementado ni mantenido durante su gestión procesos que garantizaran la continuidad del negocio, situación que conllevó a la entidad que presidía, a interrumpir su operación normal por la materialización de un evento relacionado con la disponibilidad de la información crítica misional (bases de datos del CORE del negocio), por lo que la citada entidad no pudo transmitir oportunamente los informes 0, 66, 19 (Formatos 0, 286, 287 y 288), y el formato 351, y por la ineficacia de las medidas de contingencias aplicadas, abocando a la Fiduciaria a operar en condiciones inadmisibles para una entidad financiera, las cuales impedían el cumplimiento de sus obligaciones y sin que lograra el retorno a la operación normal.

(...)

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el hoy actor no cumplió con su obligación de implementar y mantener, durante su gestión como Presidente y Representante Legal de Fidupetrol S.A., procesos que garantizaran la continuidad del negocio, lo que llevó a la entidad vigilada a que ocurrido el evento de riesgo operativo el 31 de marzo de 2014, hubiera afectado su operación normal por 58 días, dejando de efectuar los reportes periódicos de información a la Superintendencia Financiera. Lo anterior explica el hecho de que se le haya impuesto la multa objeto de examen y evidencia la coherencia de esta medida con los fines que persigue esta Superintendencia como autoridad punitiva del Estado.

(...)

Al respecto, el literal b) del numeral 3º del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé que "Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 209 de este Estatuto, la multa podrá ser hasta de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000,00) del año 2002", valor que para el año 2014, época de los hechos aquí cuestionados, ascendía a \$187.236.144.

Atendiendo a este criterio, la multa impuesta a la parte demandante se contrajo a la suma de \$80.000.000, lo que corresponde a menos de la mitad del valor máximo que se le habría podido imponer, vale decir, el 42%, por lo que mal podría calificarse dicha sanción como excesiva o desproporcionada.

(...)

Se advierte entonces, contrario a lo que se afirma en la demanda, fue la valoración favorable de los citados criterios de graduación de las sanciones, consagrados en los literales b), c), d), e) y g) del numeral 2º del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, lo llevó a que el valor de la multa se tasara en un valor muy inferior al límite máximo de \$187.236.144, ubicándolo en el monto efectivamente impuesto, esto es, \$80.000.000.

Así las cosas, resulta claro que la Superintendencia Financiera no desconoció el principio de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto dosificó la sanción a imponer al actor atendiendo, no solo los límites legales, sino las circunstancias particulares que rodearon la comisión de la falta, conforme a los criterios de graduación que consideró aplicables.

(...)

Lo que se le cuestiona al hoy demandante es que bajo su gestión como Presidente y Representante Legal no veló porque la Sociedad Fiduciaria cumpliera con los requisitos mínimos establecidos en la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 en esa materia, lo que a la postre conllevó a la parálisis de la operación por no contar con un plan de continuidad del negocio apto para retornar la operación a la normalidad habida cuenta el evento ocurrido el 31 de marzo de 2014.

Es preciso señalar que si bien el numeral 3.1.3 del citado Capítulo XXIII se refiere a las medidas que deben implementar las entidades vigiladas dentro de la etapa de control del SARO, ello no significa que la Superintendencia no pudiera atribuirle al señor CABALLERO LOZANO el no haber verificado que Fidupetrol S.A. procediera de conformidad, amén de que, según lo dispuesto en el numeral 3.2.4.2 ibídem, son funciones del Representante Legal "(...) disponer de los recursos necesarios para su oportuna ejecución, frente a los planes de contingencia y de continuidad del negocio".

(...)

En relación con los aspectos jurídicos, económicos, administrativos y comerciales de la Sociedad Fiduciaria y la calificación de riesgo del 21 de agosto de 2013 que el actor argumenta no fueron tenidos en cuenta al momento de sancionarlo y que fueron sustentados en el recurso de apelación interpuesto contra la resolución sancionatoria, debo precisar que estos fueron analizados por mi procurada a cabalidad y que al momento de su valoración no fueron suficientes para desvirtuar el cargo que se le formuló al señor Abel Guillermo Caballero Lozano.

(...)

Siendo ello así, al Señor Caballero se le reprochan las actuaciones realizadas cuando éste era Presidente y Representante Legal de Fidupetrol, contrario a lo expresado por su apoderado quien manifiesta que los hechos por los cuales se sanciona eran anteriores al momento de su posesión, afirmación a todas luces desacertada en el entendido que el cargo que se le atribuyó se sustentó exclusivamente en la primera de las calidades aludidas tal y como puede leerse en las resoluciones atacadas en las que se sostiene con claridad que el ahora demandante no implemento ni validó la eficacia de los procesos que garantizaran la continuidad del negocio, situación que conllevó a la entidad que presidía, a interrumpir su operación normal por la materialización de un evento relacionado con la disponibilidad de la información crítica misional.

(...)

Tal y como se logra determinar en las resoluciones atacadas, las actuaciones del Señor Caballero Lozano supuestamente tendientes a la actualización del Manual de Negocios, no obedecieron a un diagnóstico ordenado por éste una vez se posesionó en el cargo de Presidente y Representante Legal sino que fueron el resultado de una contingencia ocurrida el 31 de marzo de 2014, lo que nos indica que sí existió una negligencia en su actuar durante el tiempo en el cual se desempeñó como Presidente y Representante Legal, y que el reproche efectuado en las resoluciones objeto de este proceso se fundaron en normas correctamente aplicadas e interpretadas.

(...)

Del mismo modo, no tiene razón el demandante al predicar que existe una indebida aplicación de las normas al hacer uso de ellas para supuestamente sancionar hechos ocurridos con anterioridad a la posesión del Señor Caballero Lozano como Presidente de la Fiduciaria, debido a que el reproche efectuado al demandante, se limita a hechos ocurridos una vez el actor adquirió la condición de Presidente de la Sociedad Fiduciaria, puntualmente por no tomar las acciones necesarias que permitieran mitigar el riesgo de indisponibilidad de la información que reposaba en los servidores de la entidad y en los backups realizados, para que la fiduciaria estuviera en condiciones adecuadas de restaurar la información histórica crítica que se alojaba en dichos servidores, tales como por ejemplo, instruir para que el personal encargado en la fiduciaria hubiera efectuado las pruebas a los backups realizados, emitir las órdenes necesarias para que el servidor que soportaba los procesos misionales, apolo, estuviera con alguna firma que brindara estos servicios, o para que el contrato con Transarchivos, al que se enviaban copias de respaldo de la información de los movimientos diarios estuviera vigente, lo que no le permitió a Fidupetrol la continuidad en la prestación de sus servicios y el cumplimiento de sus

obligaciones, a partir del incidente tecnológico presentado el 31 de marzo de 2014 y hasta que se levantó la contingencia, luego de 58 días.

(...)

Al respecto se reitera lo que ya se manifestó en la actuación administrativa relativo a que en el evento presentado el 31 de marzo de 2014 no concurren los elementos de irresistibilidad e imprevisibilidad necesarios para que el mismo pueda ser considerado como un caso fortuito o fuerza mayor, así como tampoco le resultaba ajeno o extraño al actor. Veamos:

Como ya se ha explicado a lo largo del presente escrito y según consta en la actuación administrativa, no obstante estar advertidos, el lunes 31 de marzo de 2014, en la Sociedad Fiduciaria se materializó un evento de riesgo operativo, según el cual Fidupetrol no se encontraba operando de manera normal debido a que no tenía a su disposición el servidor principal de producción ni la información que se procesaba en él.

"solo logró levantarla contingencia hasta el 27 de mayo de 2014, es decir, luego de 58 días del incidente (...) sin que hubieran cumplido su obligación de transmitir oportunamente todos los informes (...) a la Superintendencia Financiera (...)

Se observa que con la situación presentada, no solo se vio comprometida la operación regular de la Sociedad Fiduciaria, sino que adicionalmente se incumplieron las obligaciones sobre el envío de información correspondiente a los cierres contables diarios a partir del 31 de marzo de 2014 y a los cierres mensuales contables y financieros de los meses de marzo y abril del mismo año, además de las transmisiones diarias y mensuales de la información requerida por la Superintendencia Financiera desde el 31 de marzo al 15 de junio de dicha anualidad.

(...)

De lo anterior se puede deducir con claridad que la entidad vigilada no contaba con un plan de continuidad del negocio que le permitiera enfrentar una contingencia como la ocurrida, pues las medidas en ese aspecto no estaban en condiciones de funcionar, en cuanto las copias de respaldo de los servidores Apolo y Hefestos no estaban disponibles, las últimas cintas con la información de los movimientos diarios no correspondían a la fecha de la contingencia, sino al 19 de febrero de 2014, además de que el servidor Apolo no estaba cubierto por contrato alguno de mantenimiento. Todo ello, claramente, no obedeció a circunstancias imprevisibles, ni irresistibles, sino que provenían de la falta de gestión diligente y oportuna de la administración de la Sociedad Fiduciaria encabezada por el hoy demandante.

De donde se desprende que si el señor Abel Guillermo Caballero Lozano, Representante Legal de Fidupetrol S.A. para la época de

los hechos, hubiere obrado de manera diligente, cumpliendo con sus obligaciones legales, habría intervenido en las fallas que se presentaban en la generación de copias de respaldo y backups, los procedimientos para restauración de cintas, las medidas de seguridad de los servidores y las pruebas del plan de continuidad del negocio. Así mismo, habría adoptado las medidas necesarias para que los contratos con Transarchivos y con el proveedor del mantenimiento del servidor Apolo se encontraran vigentes, aspectos todos estos que habrían contribuido para que el evento presentado el 31 de marzo de 2014 no hubiere tenido las referidas consecuencias.

Se advierte entonces que la falla ocurrida en el servidor de Fidupetrol S.A. el 31 de marzo de 2014 no constituye un hecho irresistible, imprevisible ni ajeno al actor, por las siguientes razones:

i) No es imprevisible, comoquiera que las fallas como las mencionadas no son de escasa ocurrencia...

ii) No es irresistible, por cuanto si el investigado hubiere obrado con la debida diligencia, adoptando oportunamente las medidas que se imponían frente a las debilidades ya conocidas e identificando adecuadamente las prioridades a resolver cuando asumió la dirección de la entidad vigilada, como por ejemplo, contar con los contratos vigentes, tener disponible la información actualizada en las cintas magnéticas, disponer el mantenimiento del servidor, revisar y probar los protocolos para la generación de los backups, habría sido posible garantizar la continuidad de la operación.

(...)

Así las cosas, no se trataba entonces de una situación imposible de resistir, puesto que, por el contrario, era posible contar con medidas que permitieran enfrentarla sin que se afectara la operación de Fidupetrol S.A., por lo que, en palabras del Consejo de Estado, lo sucedido no resultaba de ninguna forma un evento insuperable.

(...)

Pues bien, revisadas las pruebas allegadas al proceso, se observa que las mismas no logran demostrar que los actos demandados fueron falsamente motivados sino por el contrario los mismos se fundamentaron en hechos acreditados durante la actuación administrativa, que se subsumen en los supuestos de hecho de normas de obligatorio cumplimiento por parte del señor Abel Guillermo Caballero Lozano en su condición de Presidente y Representante Legal de Fidupetrol S.A. entidad sujeta a control y vigilancia de mi representada, motivo suficientes para que el Despacho deniegue las pretensiones de la demanda.

(...)

*Resulta entonces evidente que la decisión de negar la práctica de unas pruebas no atenta, per se, contra el derecho de defensa o el debido proceso, a menos que dicha decisión no esté debidamente fundamentada, es decir que, aun cuando los medios de prueba pedidos sean conducentes, pertinentes y útiles, los mismos sean descartados.*

*En tal virtud, si bien las autoridades administrativas están obligadas a observar el debido proceso, en particular en materia sancionatoria, lo cierto es que también deben propender por la agilidad de los procesos, evitando caer en dilaciones innecesarias o distracciones que en nada contribuyan al esclarecimiento de los hechos. De este modo, el derecho a la prueba no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a la existencia de unos requisitos mínimos, que hagan viable el decreto y práctica de las probanzas solicitadas.*

*(...)*

*Como bien se observa, la solicitud probatoria fue valorada en la oportunidad procesal correspondiente y bajo los criterios definidos por el literal i) del numeral 4º del artículo 206 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vale decir, por su pertinencia, conducencia y eficacia, a más de que dicha decisión se encuentra debidamente motivada, en tanto que el Superintendente Delegado para Riesgos Operativos se pronunció sobre cada una de las pruebas indicando las razones específicas que en cada caso justificaban su rechazo dentro de la actuación.*

*Por las anteriores razones no puede afirmarse que al demandante se le impidió ejercer su derecho de defensa, cuando se le brindó la oportunidad para tal efecto y, en ese sentido, solicitó las pruebas que estimó procedentes. Otra cosa es que en la instancia respectiva se haya negado la práctica de tales probanzas, al establecer que las mismas no eran procedentes en la actuación sancionatoria, lo cual no significa que haya vulnerado el debido proceso del actor.*

*(...)"*

#### **4. Actuación procesal**

Por auto del 4 de julio de 2017, se admitió la demanda (Fls.156 a 159).

Por auto del 3 de octubre de 2017, se resolvió adversamente el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada contra el auto admisorio de la demanda (fls.185 a 190).

Por auto del 9 de noviembre de 2018, se tuvo por contestada la demanda (Fl.267).

La audiencia inicial se llevó a cabo el 25 de enero de 2019, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, la fijación del litigio, se decretaron las documentales solicitadas por las partes, se negaron las testimoniales e inspección judicial con exhibición de documentos solicitadas por la parte actora, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar por escrito (Fls.269 a 276).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión (Fls.288 a 306 y 307 a 313).

Por auto del 26 de abril de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, Subsección B, resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra el auto de pruebas proferido en audiencia inicial respecto a la negativa en decretar las testimoniales e inspección judicial con exhibición de documentos, confirmando en su integridad lo decidió por ésta primera instancia (fls.241 a 249 C2).

## **6. Alegatos de conclusión**

### **6.1 Parte demandante**

El apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda, en especial señaló que:

i) La Superintendencia demandada sancionó al demandante al considerar que una falla tecnológica era prueba suficiente de la negligencia, ignorando que éste ocupó el cargo de presidente durante cuatro meses, al momento en que se posesionó, el director de tecnología había presentado renuncia irrevocable, informó a la junta directiva de la crisis jurídica y financiera en que se encontraba la entidad, así como las necesidades urgentes que requería el área de sistemas, no pudo obtener la autorización que solicitó a la junta directiva para la renovación de equipos, una vez la junta directiva autorizó la contratación de personal idóneo para el área de sistemas, adelantó la búsqueda pese a las dificultades financieras, comerciales y reputacionales de la Fiduciaria.

ii) Las resoluciones impugnadas apreciaron los hechos que dieron lugar a la apertura de la investigación sin tener en cuenta los varios aspectos jurídicos, administrativos, comerciales y de calificación de riesgos en los que se encontraba Fidupetrol al momento de la posesión del

demandante como Presidente y a momento del acaecimiento de la contingencia tecnológica; situación precaria en que se encontraba la fiduciaria mucho antes de la posesión en dicho cargo, lo que se pretendía probar con los testimonios que la entidad demandada no aceptó (fls.286 a 306).

## **6.2 Parte demandada**

El apoderado de la Superintendencia Financiera de Colombia, solicitó negar las pretensiones de la demanda e insistió en los argumentos consignados en la contestación de la demanda, para lo cual realizó un recuento de las pruebas recaudadas en la investigación administrativa, con las cuales, dice, se puede corroborar la responsabilidad del demandante en las conductas cuestionadas (Fls.307 a 313).

## **II CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### **2. Fijación del litigio.**

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos de la demanda es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos Resoluciones 373 del 6 de abril de 2016 y 1632 del 28 de diciembre del mismo año, por medio de las cuales la Superintendencia Financiera de Colombia sancionó al demandante, o si por el contrario los mismos se encuentran ajustados a derecho.

### **3. Problema jurídico**

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto, el problema jurídico se contrae a determinar si los actos administrativos acusados adolecen o no de nulidad por haberse proferido con infracción a las normas en que debía fundarse, con falsa motivación y/o con violación al debido proceso y derecho de defensa.

El Juzgado previo al estudio de los cargos, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos probados en el expediente, de la siguiente manera:

- El 3 de abril de 2014, una funcionaria delegada del Superintendente Delegado para Riesgo Operativo de la Superintendencia Financiera de Colombia, realizó visita administrativa en las instalaciones de Fidupetrol, en virtud de la cual, mediante oficio 2014032275-000-000 del 9 del mismo mes y año, se informó al representante legal de dicha fiduciaria las medidas operativas que se debían ejecutar con ocasión del incidente ocurrido el 31 de marzo de 2014 que afectó la plataforma tecnológica y que obligó a la entidad a volver a procesar la información desde el 20 de febrero del mismo año. Las medidas impuestas fueron en cuatro frentes: i) la administración de la tecnología, ii) los órganos de control societario, iii) el recurso humano y iv) la evaluación técnica (fls.1 a 3 C anexo 1).
- A través de oficio 2013094421-018-000 del 04 de abril de 2014, la Superintendencia Financiera de Colombia informó al Revisor Fiscal de Fidupetrol sobre la contingencia presentada el 31 de marzo del mismo año y los problemas operativos derivados de ello, así como la orden de suspensión de las operaciones de la sociedad, negocios y fondos de inversión colectiva, hasta tanto no se acreditara el normal funcionamiento de la operación, para lo cual requirió lo especial vigilancia e intervención en el proceso (fls.326 y 327 C anexo 1).
- Mediante oficio 2013094421-023-000 del 11 de abril de 2014, Fidupetrol presentó informe sobre las medidas adoptadas frente a la orden impartida por el ente de control (fls.5 a 15 C anexo 1).
- Con radicado 2013094421-026-000 del 22 de abril de 2014 el Superintendente Delegado para la Protección de la Superintendencia Financiera de Colombia requirió nuevamente al representante legal de Fidupetrol, señor Guillermo Caballero, para que remitiera información relacionada con el cronograma establecido para la reconstrucción total de la información perdida (fl.16 C anexo 1).
- Mediante oficios 2013094421-027-000 del 24 de abril de 2014 y 25 del mismo mes y año, el señor Guillermo Caballero Lozano en calidad de presidente de Fidupetrol, dio respuesta a los

requerimientos del ente de control (fls.17 a 81 C anexo 1).

- Con Resolución 0953 del 18 de junio de 2014, la Superintendencia Financiera de Colombia ordenó la intervención de la sociedad Fidupetrol (fl.99 C anexo 1).
- El 28 de agosto de 2014 el Coordinador de la Delegatura para Pensiones, Cesantías y Fiducias y el Inspector de la Delegatura para Riesgos Operativos de la Superintendencia Financiera de Colombia, presentaron Informe de Inspección iniciada el 03 de abril de 2014 y finalizada el 17 de junio del mismo año, en el cual, frente a la gestión del representante legal de Fidupetrol, señor Abel Guillermo Caballero Lozano, en relación con la continuidad del negocio y la capacidad para retornar a la operación normal de la entidad frente al incidente tecnológico presentado señaló que:

*"a. La Superintendencia Financiera, con base en las entrevistas y las pruebas de recorrido realizadas el 4 de abril de 2014, evidenció que Fidupetrol no se encontraba operando de manera normal debido a que no tenía a su disposición el servidor principal de producción ni la información que se procesaba en él.*

*(...)*

*Con el propósito de validar las acciones emprendidas por el Representante Legal de Fidupetrol ante el incidente presentado y en respuesta a los compromisos adquiridos por él con la Comisión de Visita, los cuales se consignaron en el Acta No. 001 del 7 de abril de 2014, el doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO, Presidente de la Compañía, remitió con la comunicación número 058616 del 8 del mismo mes y año, el cronograma con las actividades alternas necesarias para la restauración de la información, así como las fechas planeadas para realizar los cierres diarios, estableciendo el 20 de abril de 2014 como fecha estimada para culminar dicha recuperación.*

*Ante el incumplimiento de la entidad al cronograma definido por su Representante Legal, mediante comunicación radicada bajo el No. 2013094421-026 del 22 de abril de 2014, la Comisión de Visita solicitó, entre otros, que informara "... los resultados obtenidos por la Fiduciaria en el proceso de reconstrucción de la información core del negocio correspondiente al periodo comprendido entre el 20 de febrero al 30 de marzo de 2014, tanto para sociedad, negocios y fondos de inversión colectiva" y "3. (...) la fecha en la que se producirá la transmisión regular de los reportes de información contemplados en el Informe 0, Informe 66, Informe 19, Formatos 286, 287, 288 y 351, así como la fecha prevista en la cual la Fiduciaria quedará al día en la transmisión de dicha información (...)"*

En respuesta radicada bajo el No. 2013094421-027 del 24 de abril, el doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO Presidente de la Fiduciaria, informó: "1. A continuación, se presentan los resultados obtenidos por la Fiduciaria a la fecha, relacionados con la reconstrucción de la información core del negocio correspondiente al período comprendido entre el 20 de febrero y el 30 de marzo del presente año. Cabe resaltar que a partir del 31 de marzo, toda la información de la Fiduciaria ha sido procesada y registrada previamente: Sociedad: A la fecha la Fiduciaria ha reconstruido la totalidad de la información de la Sociedad a marzo 31 de 2014 (...). Negocios: A la fecha la Fiduciaria ha reconstruido aproximadamente un 75% de la información (...)" Fondos de Inversión Colectiva: A la fecha se tiene reconstruida la totalidad de la información con corte al 30 de marzo para la cartera de Petrofondo que corresponde al 90% de las operaciones (...). Fondovista, que representa el 6% de las operaciones, se ha reconstruido información en aproximadamente un 60% y se espera concluir (...) el día 27 de abril (...). (SIC)

Petrovalor en liquidación, que representa el 4% restante de las operaciones, se ha reconstruido información en aproximadamente un 30% y se espera concluir la totalidad el día 29 de abril (...). "3. En cuanto a la transmisión de la información (...) Informe 0: se estima que el viernes 25 de abril se haya efectuado respectiva transmisión mensual con corte a marzo de 2014. Informe 66: la fecha prevista para transmitir el informe al corte de marzo son dos (2) semanas. Informe 19, Formato 286, 287 y 288: La fecha estimada para el inicio de las transmisiones es una (1) semana. Formato 351: El área de Riesgo a la fecha se encuentra al día con la transmisión del Formato 351 Portafolios de Inversión (...)" (SIC)

A pesar que la Fiduciaria no había realizado las transmisiones a la Superintendencia dentro de los plazos establecidos, por el problema presentado y que tampoco lo había hecho de acuerdo a lo señalado en el cronograma remitido el 8 de abril, el Presidente anunciaba en su comunicación del 24 de abril que se tomarían unos días más para cumplir con su obligación.

Al validar la información enviada por la Fiduciaria a través del sistema RAS a esta Superintendencia en el "Menú 2003", se observa que la entidad presentó reiteradas demoras en las transmisiones de los informes 0<sup>1</sup>, 66<sup>2</sup>, 19<sup>3</sup> (Formatos 0, 286, 287 y 288), y del formato 351.

(...)

Según lo dispuesto en el numeral 1.2 del capítulo VIII de la Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100 de 1995), Fidupetrol debía transmitir esta información dentro de los quince (15) primeros días corrientes del mes inmediatamente siguiente al respectivo corte, sin embargo fue presentada extemporáneamente para los cortes del 31 de marzo y 30 de abril.

(...)

De acuerdo con lo establecido en la Circular Externa 016 de 2007 los Portafolios de Inversiones de las entidades y negocios administrados por las Fiduciarias deben transmitirse al día siguiente hábil. A pesar de ello, se observa que Fidupetrol presentó reiterados incumplimientos para transmitir esta información a la Superintendencia Financiera, desde el 28 de marzo hasta el 17 de junio de 2014, un día antes de la intervención.

(...)

Así las cosas, las medidas implementadas por el Representante Legal de la Entidad no fueron suficientes, teniendo en cuenta que Fidupetrol solo logró levantar la contingencia hasta el 27 de mayo de 2014, es decir luego de 58 días del incidente, tal y como se informa en el "Acta No 6 Manejo de Crisis" de la misma fecha, suscrita por el doctor "Guillermo Caballero, Presidente" y "Rafael Lara VP Financiero", sin que hubieran cumplido su obligación de transmitir oportunamente todos los informes atrás señalados a la Superintendencia Financiera, lo que confirma la incapacidad que tuvo Fidupetrol para retornar a su operación normal.

b. La Dirección de tecnología era la responsable del mantenimiento y desarrollo de pruebas del plan de contingencias, sin embargo, esta área no tenía el recurso humano necesario para el desarrollo de las funciones de tecnología y presentaba deficiencias en la asignación de recursos financieros para el mantenimiento y actualización de la plataforma tecnológica en operación, en la medida en que solo contaba con dos empleados, (una persona dedicada al soporte técnico, administración de usuarios, operación del centro de cómputo y el jefe del Departamento). Estas dos personas eran estudiantes de Tecnología y su experiencia correspondía al trabajo de operación y mantenimiento de equipos y de desarrollo de software, lo que evidencia que el Presidente de Fidupetrol aun conociendo las deficiencias que presentaba esta área, no adoptó las medidas pertinentes para fortalecerla, disponiendo no solo de personal capacitado sino de los recursos financieros que le permitieran cumplir a cabalidad con la operación de la Fiduciaria, y con la ejecución de las pruebas que debió haber realizado a su plan de contingencia, con el propósito de garantizar la continuidad del negocio de la entidad.

Todo lo señalado en el presente informe, evidencia una deficiente gestión por parte del Presidente de Fidupetrol en la administración de la tecnología, del recurso humano y en la asignación de recursos para garantizar la continuidad de la operación en la Fiduciaria, tareas frente a las cuales debió emprender acciones oportunas tendientes a garantizar que los recursos financieros, técnicos y humanos estuvieran dispuestos para el buen funcionamiento de la entidad, por lo que no actuó con la debida diligencia predicable de un Administrador.

En el informe "Análisis Causa Raíz - Contingencia Tecnológica" elaborado el 9 de mayo de 2014 por la Dirección de Sistemas, la Dirección de Riesgos y un Facilitador de Calidad, y con la revisión y aprobación del doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO, Presidente de Fidupetrol para la época de los hechos, se mencionan como causas principales de la materialización del evento las siguientes: "Conocimiento parcial del personal de sistemas sobre los procesos del

área", "Falta de mantenimiento preventivo de la infraestructura tecnológica", "Falta de inversión para la renovación del parque tecnológico (servidores pcs)", "Inexistencia del plan de pruebas de restauración de bases de datos", "Daño físico por obsolescencia de los equipos", " Al momento de la contingencia estaba en proceso de implementación y reestructuración, tanto los contratos de Gigas que dan la posibilidad de guardar los archivos en la nube y los de Transarchivos quienes custodian los medios magnéticos, por lo cual en el momento de la contingencia no se pudo contar con su recuperación", "Desactualización de un diagnóstico sobre las necesidades reales de la fiduciaria en materia de TI (licencias, canales de comunicación y renovación tecnológica)", "Alta rotación de personal en el área de sistemas". (SIC)

Lo anterior permite concluir que en su condición de Presidente de la Compañía, el doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO no estaba acatando su función de velar por el cumplimiento de las etapas del SARO, entre las cuales se encuentra la "Administración de la Continuidad del Negocio.

Por todo lo expuesto (SIC) se confirma, que el doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO, en su condición de Presidente de la Fiduciaria, no obró con la diligencia requerida, en la medida en que no dispuso de los recursos financieros, técnicos y humanos necesarios para garantizar el funcionamiento y la disponibilidad de la información de la entidad, como tampoco fue oportuna la ejecución de los planes de contingencia y continuidad del negocio, problemática que desde el año 2010 se había puesto en evidencia por parte de esta Superintendencia, con ocasión de la visita practicada en esa época, con la cual se detectaron una serie de debilidades del proceso de "Administración de la Tecnología", sin que la Administración de la entidad hubiera adoptado los correctivos necesarios para mitigar tales falencias, y lo que es peor aún, faltando a la verdad, en la medida en que para el 10 de abril de 2012, se informó a esta Superintendencia sobre el cumplimiento del 100% de los ajustes solicitados por este Órgano de Control y Vigilancia por lo que la actuación administrativa en comento, fue archivada. Como las fallas técnicas y operativas persistieron, una vez el doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO tomó posesión de su cargo de Presidente el 21 de noviembre de 2013, el cual ostentó hasta la fecha de la intervención, debió percatarse de tales debilidades y emprender las acciones correctivas a lugar, máxime cuando éstas debieron ser de su conocimiento en su condición de Miembro Principal de la Junta Directiva de la citada Fiduciaria, cargo que venía desempeñando desde el 9 de octubre de 2003 hasta la fecha en que se adoptó la medida administrativa frente a Fidupetrol, y que las mismas eran tan evidentes para la entidad, tal como quedó reflejado en el informe "Análisis Causa Raíz - Contingencia Tecnológica" (SIC). (Fls.90 a 98 C anexo 1 y 417 a 426 C anexo 2).

- En virtud del anterior informe, mediante oficio 2014082829-002-000 del 11 de agosto de 2014 el Superintendente Delegado de Riesgos Operativos de la Superintendencia Financiera de Colombia abrió pliego de cargos contra el señor Abel Guillermo Caballero Lozano

por el presunto incumplimiento a lo dispuesto en el literal k) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y con lo dispuesto en la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, Capítulo XXIII, numeral 3.1, subnumerales 3.1.3 literal c) y 3.1.2.1 literal c) y numeral 3.2.4.2 literales i) y k), en tanto no adelantó las gestiones de control y seguimiento para que fidupetrol pudiera continuar su operación normal, por falta de gestión de recursos financieros, técnicos y humanos (fls.406 a 416 C anexo 2).

- Mediante radicado 2014082829-003-000 del 18 de noviembre de 2014, el señor Abel Guillermo Caballero Lozano dio respuesta al pliego de cargos oponiéndose al cargo imputado y solicitando tener como prueba documentales que dijo aportar, así como solicitó la recepción de testimonios de diferentes personas que ostentaban cargos directivos en Fidupetrol (fls.432 a 452 C anexo 2).
- Según proforma interna de fecha 7 de octubre de 2014, al señor Abel Guillermo Caballero Lozano, se le permitió consultar la totalidad de expediente correspondiente al pliego de cargos previamente identificado y se permitió tomar copia de 441 folios (fl.453 C anexo 2)
- Mediante auto 002 del 4 de mayo de 2015, el Superintendente Delegado para Riesgos Operativos de la Superintendencia Financiera de Colombia decidió sobre la práctica de pruebas negando aquellas solicitadas por el investigado y decretando de oficio requerir al Grupo de Registro de la Superintendencia Financiera de Colombia para que remitiera constancia de los cargos ocupados por el señor Abel Guillermo Caballero Lozano en Fidupetrol y a la Delegatura para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias para que trasladara copia de las actas de Junta Directiva y de la Asamblea General de Accionistas de Fidupetrol, comprendidas entre noviembre de 2013 y abril de 2014. En el evento en que dichas actas no obren en esa Delegatura, se procederá a solicitarlas al Liquidador de la entidad e informara si dentro de las actuaciones adelantadas por esa Delegatura, dentro del mismo período, obra alguna información relacionada con el Sistema de Administración de Riesgos Operativos SARO, en particular, con la Administración de la Contingencia y la Continuidad del Negocio de Fidupetrol. La decisión de negar las pruebas solicitadas por el hoy demandante fueron las siguientes:

### **"Documentales.**

Sobre el particular, es preciso indicar que a pesar de que el doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO **anuncia** la presentación de las pruebas documentales referidas en el punto 4.1 de este escrito, estos documentos no fueron aportados en papel, como tampoco en el CD remitido con sus descargos, pues al revisarlo este no contenía información, según constancia expedida por el Administrador del Sistema, responsable del manejo de la correspondencia en esta Superintendencia, quien señala que: "(...) el anexo electrónico (CD) remitido con el documento radicado con el número 2014082829-006 del 18 de noviembre de 2014 no contenía información". La situación fue corroborada por un ingeniero de sistemas de la Delegatura para Riesgos Operativos al momento de analizar los descargos y la solicitud de pruebas presentados por el doctor Caballero, oportunidades en las que se pudo ratificar que el CD venía en blanco, por lo que se tienen como no presentadas en la oportunidad procesal requerida, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del literal h), numeral 4 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

(...)

#### **5.2.1 Frente al testimonio del doctor JULIO LIZARAZO PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE FIDUPETROL:**

Este Despacho, amparado en la potestad otorgada en el literal i) del numeral 4. del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 168 del Código General del Proceso, considera que el testimonio del doctor Julio Lizarazo, es inconducente e impertinente, en la medida en que el doctor Caballero busca "(...) que declare sobre la situación que vivía la fiduciaria para el momento de mi posesionamiento (sic) como presidente de Fidupetrol S.A, las falencias y deficiencias que presentaba en su estructura de capital y sus sistemas, así como el efecto que las contingencias producidas por los procesos de Contraloría General de la República (sic) generó sobre Fidupetrol S.A.", cuando el artículo 264 del Código General del Proceso expresamente señala que "Los libros y papeles del comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí (...)", es decir, estamos en presencia del concepto de sistema de la tarifa legal de la prueba, por cuanto es la Ley quien predetermina el medio para probar un hecho, en el caso que nos ocupa, las cuestiones mercantiles, por lo que el testimonio pretendido no es idóneo para probar "las falencias y deficiencias que presentaba en su estructura de capital y sus sistemas, así como el efecto que las contingencias producidas por los procesos de Contraloría General de la República (sic) generó sobre Fidupetrol S.A". Ahora, en cuanto se refiere a las falencias y deficiencias "en sus sistemas", debemos señalar, por un lado que el Doctor Caballero no hace ninguna precisión a qué tipo de sistemas se refiere;, en el evento en que el tema estuviera asociado a la tecnología y a las aplicaciones utilizadas en la Fiduciaria, el testimonio no sería el medio para demostrar la situación de los sistemas, como sí las actas de la junta directiva o informes internos sobre el particular, de ahí que por esta razón en la medida en que el propósito del testimonio no es objeto de discusión, como quiera que el cargo formulado no está

asociado particular y concretamente con la estructura del capital ni con los efectos derivados de los procesos de la Contraloría, esta prueba no es pertinente ni conducente, como se advierte más adelante.

(...)

**5.2.2 Frente al testimonio del doctor RAFAEL LARA VICEPRESIDENTE FINANCIERO Y ADMINISTRATIVO DE FIDUPETROL.**

(...)

A su turno, el citado testimonio resulta impertinente y de paso ineficaz, porque en la presente actuación administrativa no se está cuestionando ni la estructura de capital ni la situación financiera de la Fiduciaria como consecuencia de los fallos producidos por la Contraloría General de la República, sino que tal y como quedó señalado en el concepto de violación del pliego de cargos formulado al doctor Caballero, esta Superintendencia los imputa a título personal porque, entre otros aspectos, "en su condición de Presidente de Fiduciaria Petrolera FIDUPETROL S.A (hoy intervenida mediante Resolución 0953 del 18 de junio de 2014), no implemento ni mantuvo durante su gestión procesos que garantizaran la continuidad del negocio, situación que conllevó a la entidad que presidía, a interrumpir su operación normal por la materialización de un evento relacionado con la disponibilidad de la información crítica misional (bases de datos del CORE del negocio), por lo que la citada entidad no pudo transmitir oportunamente los informes O, 66, 19 (Formatos O, 286, 287 y 288), y el formato 351, y por la ineficacia de las medidas de contingencias aplicadas, abocando a la Fiduciaria a operar en condiciones inadmisibles para una entidad financiera, las cuales impedían el cumplimiento de sus obligaciones y sin que lograra el retorno a la operación normal".

(...)

**5.2.3. Frente al testimonio del doctor GERMÁN REYES VICEPRESIDENTE DE OPERACIONES Y CARTERAS COLECTIVAS DE FIDUPETROL;**

El testimonio del doctor Germán Reyes, es inconducente e impertinente, en la medida en que dentro del expediente obra el "Plan de Continuidad de Negocio" versión 4, con vigencia desde el 6 de diciembre de 2012, el cual fue entregado a la comisión de visita en el curso de la inspección realizada a Fidupetrol, sin que se aportara prueba alguna de la actualización realizada a dicho documento, en esa medida al constar en el expediente la existencia del mismo y siendo ese el propósito del testimonio no se considera útil esta prueba para demostrar su existencia.

(...)

**5.2.4. Frente al testimonio de las doctoras ANGELICA GOYENCHE DIRECTORA DE RIESGOS, ADRIANA GARZÓN DIRECTORA ADMINISTRATIVA Y DE RECURSOS HUMANOS, y del INGENIERO SANTIAGO PAZ, todos funcionarios de Fidupetrol:**

Respecto de los testimonios de las personas previamente identificadas, conviene señalar que el Doctor Caballero, como ya se había indicado, no cumplió con su deber de informar el domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados estos testigos, tal y como lo ordena el artículo 212 del Código General del Proceso, por lo tanto, al no cumplir con este requisito de ley, **se niegan estos testimonios** en los términos de los literales i) y j) numeral 4 del artículo 208 del EOSF, en concordancia con el artículo 168 del Código General del Proceso.

No sobra advertir que las normas probatorias son de orden público y no pueden ser desobedecidas por los sujetos procesales, de ahí que debe darse cumplimiento a las formalidades previstas en materia de pruebas para este tipo de actuaciones administrativas, tal y como lo define el artículo 29 de la Constitución Política

(...)

A su turno, con el pretendido testimonio se busca demostrar "(...) todas las medidas tomadas para recuperar la totalidad de la información.", prueba que tampoco es conducente y pertinente, en la medida en que mediante comunicación radicada bajo el No 2014032275-005-000 del 28 de abril de 2014 y atendiendo el requerimiento formulado a esa Fiduciaria por parte de esta Superintendencia, fue el doctor Rafael Lara Mayorga y no la doctora Goyeneche, quien en su condición de Representante Legal de Fidupetrol para la época de los hechos, dio cuenta de las acciones emprendidas por la Fiduciaria dentro del proceso de recuperación de la información para levantar la contingencia.

(...)

El testimonio de la doctora Angélica Goyeneche, es inconducente e impertinente, en la medida en que, dentro de la información que obra en el expediente, se señala que se vinculó como Directora de Riesgos de Fidupetrol el **18 de febrero de 2014**, es decir a un poco más de un mes antes del incidente presentado en esa entidad y cuatro (4) meses después de la posesión del doctor Caballero; de ahí que resulta inútil la información que pueda aportar sobre el diagnóstico realizado por el doctor Caballero "(...) al entrar a la Presidencia (...)", cargo en el que se posesionó desde el 21 de noviembre de 2013, y de las órdenes que habría impartido al equipo directivo para actualizar los manuales y procedimientos, especialmente los relacionados con algunos procedimientos tecnológicos, simplemente porque no se había vinculado a esa Fiduciaria.

(...)

El testimonio requerido con el cual pretende que la doctora Adriana Garzón acredite "que se hizo una larga búsqueda para encontrar personal idóneo que ayudara a recuperar la totalidad de la información y se diera la continuidad del negocio." no es conducente ni pertinente, por cuanto no es un medio de prueba idóneo para demostrar las acciones tendientes a seleccionar el recurso humano requerido, como

serían las convocatorias, las pruebas de selección, entre otras, documentos que permitan evidenciar el desarrollo de esos procesos.

(...)

#### **5.2.4.3. Frente al testimonio del INGENIERO SANTIAGO PAZ:**

En cuanto al testimonio del Ingeniero Santiago Paz, quien se vinculó a Fidupetrol el 10 de marzo de 2014, es decir a escasos días del incidente tecnológico presentado, "para que declare que las copias de los datos generados en las últimas semanas antes de la contingencia, se habían procesado pero, debido a la alta rotación del personal de la Fiduciaria, permanecían en custodia en un lugar destinado para ello en el centro de cómputo de la Fiduciaria", es inútil en la medida en que en el curso de la actuación administrativa ni con los descargos presentados, se aportó ninguna prueba que acreditara la existencia de tales backups, por el contrario parte de los hallazgos encontrados con ocasión de la visita practicada, apuntaron a determinar que los procedimientos establecidos en el "Plan de Continuidad del Negocio" de Fidupetrol, no garantizaban la continuidad del negocio ya que no se aplicaban los controles necesarios para asegurar la disponibilidad de la información, toda vez que no se realizaban las pruebas requeridas para asegurar la restauración de la información contenida en todas las copias de seguridad, y no se cumplía con el envío de las cintas backups al proveedor Transarchivos, con la periodicidad establecida, de ahí que no se entiende cómo ahora, a través de un testimonio, se pretenda demostrar la existencia de unos backups, información que no fue aportada ni en el curso de la inspección ni con ocasión de los descargos, de ahí su impertinencia.

#### **5.3 Solicitudes a Terceros**

Frente a su solicitud de "Oficiar a la Delegatura de Fiduciarias de la Superintendencia Financiera de Colombia a fin de que remita copia de la totalidad del expediente correspondiente a la investigación en contra de la Fiduciaria, con el fin de contar con la totalidad de los elementos probatorios allegados al mismo y probar la situación financiera por la que pasaba la fiduciaria.", resulta una prueba impertinente, en la medida en que la investigación adelantada por la Delegatura para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias se realizó dentro del ámbito de su competencia, con la aplicación de las normas que regulan la actividad de este tipo de entidades, distintas a las atribuidas a esta Delegatura, al tiempo que no guarda relación directa con los hechos que dieron lugar al cargo imputado por la Delegatura de Riesgos Operativos, en virtud de las funciones asignadas al Superintendente Delegado para Riesgos Operativos en el numeral 2º del artículo 11.2.1.4.18 y el artículo 11.2.1.4.26 del Decreto 2555 de 2010, de ahí que no se considera útil decretar dicha prueba." (SIC) (Fls.466 a 476 C anexo 2) (Mayúscula sostenida, subraya u negrilla del texto original).

Acto administrativo que fue notificado el 4 de junio de 2015 (fls.491 y 494 C anexo 2).

- Mediante oficio radicado 2014082829-020-000 del 12 de junio de 2015, el señor Abel Guillermo Caballero Lozano, interpuso recurso de reposición contra el auto de pruebas, insistiendo en el decreto de las testimoniales y oficios a terceros (fls.496 a 507 C anexo 2).
- Mediante Auto 6 del 11 de septiembre de 2015, el Superintendente Delegado para Riesgos Operativos resolvió adversamente el recurso de reposición, confirmando en su integridad el acto administrativo recurrido, auto que fue notificado el 15 de septiembre de 2015 (fls.512, 53 y 515 a 524 C anexo 2).
- Por auto 001 del 10 de febrero de 2016, Superintendente Delegado para Riesgos Operativos decretó el cierre de la etapa probatoria y corrió traslado para alegar de conclusión, acto administrativo que fue notificado el 15 de febrero de 2016 (fls.529 a 534 C anexo 2).
- Según proforma interna de fecha 19 de febrero de 2016, al señor Abel Guillermo Caballero Lozano se le permitió consultar la totalidad de expediente correspondiente al pliego de cargos previamente identificado y se entregó copia de los documentos concernientes a la prueba de oficio decretada por la Superintendencia Financiera (fl.535 C anexo 2).
- Mediante oficio radicado 2014082829-035-000 del 28 de febrero de 2016, el señor Abel Guillermo Caballero Lozano presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en sus descargos y pese a que se había negado la práctica de las pruebas testimoniales, allegó documentos suscritos por dichas personas en las que se pronunciaban respecto a lo que se pretendía tener como declaración de terceros (fls.135 a 147 C principal y 538 a 584 C anexo 2).
- A través de la Resolución 0373 del 6 de abril de 2016, proferida por el Superintendente Delegado para Riesgos Operativos de la Superintendencia Financiera de Colombia, se sancionó, al hoy demandante con multa por valor de \$80.000.000 e inhabilitación para el ejercicio de cargos en entidades vigiladas por la Superfinanciera que requieran la posesión ante dicha entidad, por el término de 3 años, por el incumplimiento de las reglas de conducta y los deberes dispuestos en el literal k) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con los numerales 1 y 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, así como a lo previsto en el literal c), del subnumeral 3.1.3, literales i) y k) del

subnumeral 3.2.4.2 literales, todos del Capítulo XXIII de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995. En dicho acto administrativo la autoridad de inspección, vigilancia y control, se refirió de manera concreta a cada uno de los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, de lo cual se extrae lo siguiente:

*"Con respecto al pronunciamiento efectuado por el doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO, sobre la existencia de un plan de contingencias de riesgos operativos, según él, aprobado por la Superintendencia Financiera desde el año 2012, es oportuno aclarar que esta Entidad de Supervisión no ha aprobado los planes de contingencia de Fidupetrol, como tampoco lo ha hecho con los planes de las demás entidades vigiladas, en la medida en que dentro de las facultades con la que cuenta este Organismo de Control y Vigilancia para pronunciarse sobre algún trámite que por el **marco legal** requiera la autorización previa y expresa de la Superintendencia Financiera de Colombia, no se encuentra la de aprobar los planes de contingencia de las entidades vigiladas, de ahí que tales explicaciones no son de recibo.*

*Adicionalmente, el doctor ABEL GUILLERMO CABALLERO LOZANO no anexa ningún documento que pudiera dar pie a inferir la autorización que menciona.*

*Ahora bien, no puede perderse de vista que todas las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, entre las cuales estaba Fidupetrol para la época de los hechos, debían adoptar un Sistema de Administración de Riesgo Operativo (SARO)<sup>14</sup>, de acuerdo con lo dispuesto en la Circular Externa 041 de 2007, incorporada en el Capítulo XXIII de la Circular Externa 100 de 1995 -Circular Básica Contable y Financiera-. En virtud de este instructivo, si bien la etapa de control y de Administración de Continuidad del Negocio a cargo de dichas entidades debían estar implementados a más tardar el 1 de abril de 2008, le correspondía al doctor Caballero, en su condición de Presidente y Representante Legal de Fidupetrol, entre otras funciones, las de: "i) Velar porque las etapas y elementos del SARO cumplan, como mínimo, con las disposiciones señaladas en la presente Circular." y "l)" (...) **disponer de los recursos necesarios para su oportuna ejecución**", frente a los planes de contingencia y de continuidad del negocio, (la negrilla y el subrayado son nuestros), tareas que también se encontraban enmarcadas dentro de las reglas de conducta y obligaciones propias en su condición de Representante Legal*

*En relación con la exposición que hace sobre el "plan de riesgos operativos" que existía desde antes de la fecha de su posesión como Presidente y "para la época de la contingencia informática", en nada desvirtúa la imputación formulada, en la medida en que esta Superintendencia no está cuestionando la existencia o no del plan de continuidad implementado por Fidupetrol, como tampoco si esa entidad contaba con el Manual de Continuidad del Negocio y el Manual de Riesgos Operativos.*

(...)

Según indica en los descargos, en Fidupetrol existía un Manual de Continuidad del Negocio, el cual generaba automáticamente una copia adicional en el sistema denominado "disco espejo", que diariamente se realizaba una copia de seguridad, y que semanalmente se ejecutaba un archivo que se enviaba a una empresa especializada denominada "Transarchivos, **entidad con la cual se tenía contrato vigente** para la custodia del archivo físico y las cintas del área informática, tal y como se puede demostrar con la certificación del secretario general de ese momento, el doctor Camilo Mendoza Quiñones (...)" (la negrilla y el resaltado son nuestros) (SIC). Sobre el particular, proceden los siguientes comentarios:

- o En el informe de inspección y en el pliego de cargos se señaló que "Las últimas copias de respaldo que había remitido la Fiduciaria a Transarchivos correspondían a la información de los movimientos diarios y de cierre al corte del 19 de febrero de 2014, **debido a que ya no se encontraba vigente, de acuerdo con lo informado por el Representante Legal de la Fiduciaria en el documento Análisis Causa Raíz – Contingencia Tecnológica (sic), elaborado por la entidad el 9 de mayo de 2014, donde plasmó el análisis realizado sobre las causas principales del incidente**", diagnóstico realizado por la Fiduciaria con posterioridad al incidente tecnológico registrado y que fuera suscrito por el doctor Caballero como Presidente de la Fiduciaria.
- o Es de anotar que en la respuesta al pliego de cargos no se citan los detalles de la vigencia del contrato con Transarchivos, ni se anexó copia del contrato ni documento soporte alguno que pruebe la vigencia del mismo a la fecha del evento, esto es 31 de marzo de 2014.
- o Asimismo, a pesar de haber relacionado en los descargos la prueba documental relacionada con la "Certificación de la existencia de contratos vigentes con Transarchivos y Gigas al momento de la contingencia, expedida por el señor CAMILO MENDOZA, Gerente jurídico y Secretario General de Fidupetrol S.A.", estas no fueron aportadas en papel, como tampoco en el CD remitido con dichas explicaciones.

(...)

- o Ahora, tal y como se hará énfasis en el literal f) del numeral 8.1.5.1. de esta Resolución, los procedimientos establecidos en el "Plan de Continuidad del Negocio" de Fidupetrol, no garantizaban, a diferencia de lo señalado por el doctor Caballero, la continuidad del negocio ya que no se aplicaban los controles necesarios para asegurar la disponibilidad de la información, en la medida en que no se realizaban las pruebas requeridas para asegurar la restauración de la información contenida en todas las copias de seguridad, indistintamente del medio de almacenamiento (discos duros, cintas magnéticas o en la nube) y no se cumplía con el envío de las cintas backups al proveedor Transarchivos,

con la periodicidad establecida, sin que en su condición de Representante Legal de Fidupetrol adoptara las medidas requeridas que oportunamente hubiesen permitido garantizar la continuidad de negocio.

- o A su turno, las actividades alternas establecidas para el manejo de eventos información, cuando se aplicaron, no fueron efectivas para dar continuidad a las operaciones, ya que la falta de la información no se debió a un caso fortuito, sino a la inadecuada gestión de la tecnología de la entidad, en particular, en la administración de las copias de seguridad, situación que llevó a Fidupetrol al cese de operaciones y a diseñar sobre la marcha planes alternos para restaurar la información durante casi 58 días, incumpliendo algunas obligaciones con los entes de control.

(...)

Señala a su vez el doctor Caballero en su descargo que "estas copias de respaldo eran realizadas automáticamente por el sistema en el mismo servidor donde se alojaba la base de datos También se realizaban copias a un disco externo bajo custodia de Transarchivo, y estas copias se realizaban a través de tareas programadas sobre el sistema operativo de Windows, las cuales en el log de procesos, que conoció la Superintendencia Financiera de Colombia, mostraban su correcta ejecución, tal como se puede comprobar en los logs de Fidupetrol", frente a lo cual resulta importante señalar que el log no indica que las copias se realicen de manera automática o que se garantice que la información será restaurada, dado que para lograr esto se requiere necesariamente del desarrollo de otro tipo de procesos.

(...)

Ahora, bien, en relación con los informes de Tesorería y Gestión de Riesgos registrados según su dicho en las actas de Junta Directiva (sin que éstas fueran aportadas), menciona que en ellos se expresa la gestión de fortalecimiento y unificación de la matriz de riesgos operativos realizada por la Dirección de Riesgos, y que se efectuó un seguimiento y monitoreo de los eventos de riesgo materializados en las diferentes áreas de la organización, sin mencionar la fecha en que se habría realizado dicha evaluación, ni la causalidad de estos informes con la imputación formulada.

Frente a las afirmaciones de las evaluaciones efectuadas por el área de riesgos, el Oficial de Cumplimiento, así como el informe de "Auditoría de Gestión", según las cuales "La Dirección de Riesgos (...) continuó fortaleciendo y unificando la matriz de riesgos operativos de Fidupetrol", "ninguno de los eventos materializados y registrados impactaron de manera importante el estado de resultados y la operación de la Fiduciaria", "los controles establecidos son efectivos y mitiga la probabilidad y materialización de riesgos", y que "se evaluaron los controles y riesgos y se analizaron la eficiencia y efectividad de los mismos así como el cumplimiento de las políticas establecidas por la Junta Directiva encontrando todo a satisfacción (...)" sin mencionar en este último caso, cuáles áreas o procedimientos fueron auditados ni el

alcance del proceso de evaluación, al tiempo que son meras manifestaciones que no cuentan con ninguna prueba aportada dentro del término procesal requerido, no se entiende como por cuanto era su deber como Presidente y Representante Legal evaluar los incidentes, adoptar los planes de acción para subsanar las debilidades y monitorear la ejecución de las mismas de manera oportuna, y no posteriormente dado que solo fueron detectadas en el informe "Análisis Causa Raíz-Contingencia Tecnológica (sic), elaborado el 9 de mayo de 2014 por la Dirección de Sistemas, la Dirección de Riesgos y un Facilitador de Calidad" y con su aprobación, en su condición de Presidente de Fidupetrol, en el cual se establecieron las causas principales del incidente registrado en esa entidad, análisis que se realizó solo hasta el 9 de mayo de 2014, es decir con posterioridad a la materialización del evento que tuvo lugar el 31 de marzo del mismo año.

Asimismo, se reitera que el servidor de bases de datos APOLO<sup>17</sup>, no estaba amparado por ningún contrato de mantenimiento con el proveedor de dicho equipo ni con ninguna firma que brindara estos servicios, situación que contribuyó a la generación del evento presentado el 31 de marzo debiendo la entidad operar en contingencia hasta el 27 de mayo del mismo año, es decir luego de 58 días del incidente.

(...)

Con respecto a lo manifestado por el doctor Caballero sobre la situación en que se encontraba Fidupetrol, que impedía cualquier inversión o destinación de recursos para las necesidades apremiantes de la fiduciaria, entre las cuales estaban el fortalecimiento y modernización tecnológica, y que "buena parte de mi gestión estuvo encaminada a analizar y controvertir con un equipo de abogados, las demandas y condenas que tenía la Fiduciaria para poder garantizar su viabilidad en el futuro, devolverle la capacidad de operar y generar ingresos (...)", es preciso indicar que no se observa claramente cuál fue su gestión, una vez llegó a la presidencia de la Compañía, para adoptar las medidas pertinentes que permitieran solucionar, entre otros, los problemas que se estaban presentando en la entidad, evidenciados en el informe 'Análisis Causa Raíz - Contingencia Tecnológica (sic)', elaborado con posterioridad a la ocurrencia del incidente, esto es: "Conocimiento parcial del personal de sistemas sobre los procesos del área", 'Falta de mantenimiento preventivo de la infraestructura tecnológica', 'Falta de inversión para la renovación del parque tecnológico (servidores pcs)', 'Inexistencia del plan de pruebas de restauración de bases de datos', "Daño físico por obsolescencia de los equipos", ' Al momento de la contingencia estaba en proceso de implementación y reestructuración, tanto los contratos de Gigas que dan la posibilidad de guardar los archivos en la nube y los de Transarchivos quienes custodian los medios magnéticos, por lo cual en el momento de la contingencia no se pudo contar con su recuperación', 'Desactualización de un diagnóstico sobre las necesidades reales de la fiduciaria en materia de TI (licencias, canales de comunicación y renovación tecnológica)', 'Alta rotación de personal en el área de sistemas', las deficiencias operativas, entre las cuales se encontraban las relacionadas con la continuidad del negocio,

no fueron corregidas y ellas contribuyeron a generar el problema señalado en esta actuación.

(...)

- o La "Falta de inversión para la renovación del parque tecnológico (servidores pcs)", era uno solo de los elementos diagnosticados en el informe "Causa-Raíz" tantas veces mencionado, y no todos los problemas que se estaban presentando en la Compañía, requerían una solución de tipo económico, ya que en su proceder se evidenció una falta de gestión, empezando por un diagnóstico oportuno de la situación de la Fiduciaria;
- o La Resolución No. 444 del 18 de marzo de 2014, por medio de la cual se adoptó una medida cautelar respecto de la sociedad FIDUPETROL S.A, ordenó el embargo del título TES identificado con el código TC0364030714 y "(...) de los bienes inmuebles que se describen a continuación (...)", sin que allí se mencionara el "embargo de la totalidad de los recursos de la Fiduciaria"; y,
- o La citada Resolución 444 se expidió el 18 de marzo de 2014, es decir a escasos 13 días de presentarse el incidente (**31 de marzo de 2014**), no obstante el doctor Caballero venía desempeñando el cargo de Presidente desde el 21 de noviembre de 2013; sin que hubiera podido acreditar en el curso de esta actuación administrativa cuál fue su gestión como Representante Legal de Fidupetrol para implementar y mantener durante su mandato procesos que garantizaran la "continuidad del negocio y con ello dar cumplimiento a sus funciones de representante legal de la entidad, acatando las instrucciones impartidas sobre SARO, por parte de esta Superintendencia.

(...)

Frente al caso que nos ocupa, es necesario resaltar que la contingencia ocurrida en Fidupetrol no fue un "hecho imprevisible" ni "irresistible", en la medida en que si bien la citada entidad ejecutaba procedimientos para la generación de copias de seguridad de las bases de datos de la Fiduciaria en diferentes medios y para mantenerlos custodiados externamente, no había establecido mecanismos que garantizaran su recuperación, falencias que ya habían sido advertidas por parte de esta Superintendencia a la Fiduciaria a través de la inspección adelantada en el año 2010, tal y como quedó consignado en Informe de Inspección No. 2010081646, que conllevaron a una serie de recomendaciones efectuadas por este Organismo de Supervisión, las cuales fueron citadas en el acápite de "Antecedentes" del pliego de cargos...

Así mismo, la contingencia tecnológica que sufrió Fidupetrol no fue "imprevisible". No hubo una conducta prudente del Presidente de la citada Fiduciaria, consistente en velar, por ejemplo, que para la época de estos hechos (31 de marzo de 2014), el servidor que soportaba los procesos misionales, APOLO, estuviera amparado con un contrato de mantenimiento con el proveedor de dicho equipo con alguna firma que brindara estos servicios, o que el contrato con transarchivos, al que se

enviaban copias de respaldo de la información de los movimientos diarios estuviera vigente, lo cual contribuyó a que no tuviera la continuidad necesaria en la prestación de sus servicios y el cumplimiento de sus obligaciones, al tiempo que dicha contingencia ~ tampoco fue "irresistible", porque el doctor Caballero, en su condición Representante Legal de Fidupetrol para la época del incidente tecnológico, no tomó las medidas para evitar que tal hecho se presentara.

(...)

Finalmente, resulta pertinente destacar que "(...) las observaciones que se realizaron sobre el área tecnológica antes de su posesión como Representante Legal de la Fiduciaria", no son la causa del pliego de cargos que se le imputa a título personal, pues como antes se expuso y se indicó en el mismo pliego, con el título de "Antecedentes", se señalaron los hallazgos de la visita efectuada a la entidad en el año 2010, en la que esta Superintendencia había advertido algunas recomendaciones tendientes a mitigar el riesgo de indisponibilidad de la información y para que la Entidad estuviera en condiciones adecuadas de restaurar la información histórica crítica para la Fiduciaria que se alojaba en los servidores, que al momento de su posesión como Presidente de Fidupetrol debió conocer, luego de realizar un diagnóstico de la Fiduciaria que iba a presidir, dentro de los deberes a su cargo como Representante Legal y por ende Administrador de la sociedad, adoptando las acciones necesarias para su mitigación.

(...)

Así las cosas, como se observa, el pliego de cargos que le fue imputado no se formuló por hechos ocurridos en el año 2010, sino por lo evidenciado a partir del incidente tecnológico registrado el 31 de marzo de 2014.

(...)

En los argumentos afirma que buscó por todos los medios recursos que permitieran incrementar el capital de la sociedad, para mejorar y actualizar todas las áreas de la Fiduciaria, incluyendo la de sistemas, tal y como "(...) se evidencia en el Acta de Asamblea de Accionistas No. 35 del 18 diciembre de 2013".

Sin embargo al revisar la mencionada acta, si bien se observa que el doctor Caballero presenta las consecuencias financieras de las contingencias consistentes en las órdenes de provisión impartidas por la Superintendencia Financiera por el proceso de Likuen y de Cosacol, en dicha acta no hay evidencia de la capitalización solicitada por el doctor Caballero y presentada a los asambleístas, según su dicho, para "garantizar el desarrollo normal de la entidad e implementar actualizaciones en el sistema de riesgos operativos".

(...)

De acuerdo con lo anterior, no se admiten las afirmaciones según las cuales "(...) busqué por todos los medios posibles, recursos que

*permitieran incrementar el capital de la sociedad, para mejorar y actualizar todas las áreas de la Fiduciaria, incluyendo la de sistemas", por cuanto dicha capitalización tenía solo el propósito de cumplir con las órdenes de provisión impartidas por la Superintendencia Financiera, derivadas de los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por la Contraloría General de la República en contra de la Fiduciaria.*

*(...)*

*Asimismo, no se aportó ningún soporte documental en el curso de la actuación sobre la búsqueda realizada por el doctor Caballero, en su condición de Presidente de la Fiduciaria, del personal idóneo que liderara la actualización del programa de continuidad de negocio, máxime cuando el "Plan de Continuidad de Negocio" versión 4, vigente para el momento del incidente tecnológico, fue aprobado el 6 de diciembre de 2012, sin que se aportara ninguna actualización adelantada a dicho plan, como consecuencia de las instrucciones que habría impartido, al tiempo que, en el diagnóstico realizado en el documento denominado "Análisis causa raíz de la contingencia tecnológica", elaborado con posterioridad al incidente tecnológico presentado, que fue suscrito entre otros directivos por el propio doctor Caballero y que fue entregado a la Superintendencia y obra en el expediente, se incluyó dentro del "Plan de Mejora", algunas tareas que la Fiduciaria debía implementar, entre las cuales se indica, que la Fiduciaria debía "Actualizar y entregar a la Dirección de Riesgos el Plan de Contingencia Tecnológica como parte del Plan de Continuidad de Negocios de la Fiduciaria", lo que comprueba su falta de actualización.*

*(...)*

*De otro lado, también afirma el doctor Caballero que "después de un proceso dispendioso y prolongado de búsqueda se logró contactar a la única persona disponible y con los conocimientos y experiencia requerida, ingeniero Giovanni Ruiz...". Frente a lo señalado, resulta oportuno aclarar, tal y como se estableció en el Informe de Inspección elaborado por la Delegatura para Riesgos Operativos y que hace parte de la presenta (SIC) actuación, que al momento en que se presentaron los incidentes, las personas que se encontraban a cargo "eran estudiantes de Tecnología y su experiencia correspondía al trabajo de operación y mantenimiento de equipos y de desarrollo de software", lo cual prueba que la Dirección de Tecnología no contaba con el recurso necesario ni idóneo para desarrollar labores tan importantes especialmente en una entidad financiera, como las relacionadas con el mantenimiento y desarrollo de pruebas del plan de contingencias, así como de la gestión de tecnología.*

*(...)*

*De lo anterior, no se desconoce que Fidupetrol ejecutaba procedimientos para la generación de copias de seguridad de las bases de datos de la entidad en diferentes medios y para mantenerlos custodiados externamente; sin embargo, a la llegada a la Presidencia del doctor Caballero el 21 de noviembre de 2013, dentro del diagnóstico realizado a la entidad, él no actuó con la diligencia requerida y propia*

de un administrador, para tomar las acciones necesarias que permitieran mitigar el riesgo de indisponibilidad de la información que reposaba en los servidores de la entidad y en los backups realizados, para que la Fiduciaria estuviera en condiciones adecuadas para restaurar la información histórica crítica que se alojaba en dichos servidores, tales como por ejemplo, instruir para que el personal encargado en la Fiduciaria hubiere efectuado las pruebas a los backups realizados, emitir las ordenes necesarias para que el servidor que soportaba los procesos misionales, APOLO, estuviera amparado con un contrato de mantenimiento con el proveedor de dicho equipo o con alguna firma que brindara estos servicios, o para que el contrato con Transarchivos, al que se enviaban copias de respaldo de la información de los movimientos diarios estuviera vigente, lo que no le permitió a Fidupetrol la continuidad en la prestación de sus servicios y el cumplimiento de sus obligaciones, a partir del incidente tecnológico presentado el 31 de marzo de 2014 y hasta que se levantó la contingencia, luego de 58 días.

(...)

En cuanto a los archivos backups menciona que estaban dañados al parecer porque en el proceso de comprimir los archivos como "caso fortuito" y sin explicación aparente, estos se vieron afectados dejándolos sin poder ser usados, situación que se hubiese prevenido revisando las copias de seguridad una vez generadas, con el fin de detectar posibles anomalías y garantizar su restauración, actividad que no fue adelantada por las personas encargadas de su ejecución y sobre la cual el doctor Caballero en su condición de Representante Legal no efectuó seguimiento, ni directamente, ni por intermedio de ninguna otra persona.

(...)

Esta Superintendencia realizó seguimiento a las diferentes actividades que se ejecutaron hasta recuperar toda la información, después de 58 días de presentarse el incidente del 31 de marzo de 2014; lapso no razonable para actualizar la información y normalizar la operación, máxime cuando dentro del proceso de recuperación, según se citó en los párrafos anteriores, hubo incumplimiento de parte de Fidupetrol del cronograma definido por el doctor Caballero, frente a las actividades alternas necesarias para la restauración de la información; por lo anteriormente expuesto, es que se considera que las gestiones adelantadas en su condición de Presidente para superar la contingencia y retornar a la operación normal no tuvieron el acierto, la oportunidad y la efectividad necesarias.

(...)"

Así mismo, en cuanto a la dosificación de la sanción la autoridad administrativa hizo alusión a los criterios establecidos en el numeral 2 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, particularmente explicó la improcedencia de aplicar el atenuante a que se refiere el literal i) de la norma en tanto el

investigado no acepto los cargos imputados, se refirió a los atenuantes relacionados con la ausencia de reincidencia, la atención a solicitudes y requerimientos dentro de la investigación administrativa, la ausencia de prueba sobre la utilización de medios fraudulentos o de beneficio económico personal del inculpado, y finalmente se refirió al agravante referido a que el investigado no había adoptado soluciones en favor del consumidor financiero o la implementación de medidas de mejoramiento.

El anterior acto administrativo fue notificado personalmente el 15 de abril de 2016 (Fls.30 a 79 C principal y 589 a 639 C anexo 2).

- El señor Abel Guillermo Caballero Lozano mediante escrito radicado 2014082829-042-000 del 22 de abril de 2016, interpuso recurso de apelación. Los argumentos fueron básicamente los expuestos en los descargos y los alegatos adicionando aspectos como la trasgresión al principio non bis ídem por haberse aplicado dos sanciones por unos mismos hechos y la supuesta desproporción de la sanción (fls.80 a 98 C principal y 642 a 678 C anexo 2).
- Mediante la Resolución 1631 del 28 de diciembre de 2016, el Superintendente Financiero resolvió el recurso de apelación presentado por el aquí accionante, modificando el artículo primero de la Resolución sancionatoria, imponiendo únicamente sanción de multa y eliminando la de inhabilitación por el término de 3 años, y confirmando en lo demás el acto recurrido. La Superintendencia Financiera de Colombia en dicha resolución realizó un análisis detallado de cada uno de los argumentos del recurrente, en especial respecto a las pruebas recaudadas y el papel que el investigado desempeñó en la suspensión de operatividad de la sociedad que presidía como consecuencia de la contingencia tecnológica presentada el 31 de marzo de 2014.

El acto administrativo fue notificado personalmente el 10 de enero de 2017 (Fls.99 a 134 C principal y 649 a 729 C anexo 2).

- Según recibos de consignación del Banco de la República, de fecha 1 y 7 de febrero de 2017, el señor Abel Guillermo Caballero Lozano pagó por concepto de multa en favor de la Superintendencia Financiera de Colombia las siguientes sumas de dinero, respectivamente, \$81.276.160 y \$63.666 (fls.149 y 150 C principal).

En este punto, previo al estudio de los cargos formulados por el demandante, el Juzgado debe hacer referencia a lo siguiente:

Establecido lo probado en el proceso, el juzgado procede a estudiar cada uno de los cargos formulados por el demandante.

- **Infracción de las normas en que debía fundarse y falsa motivación.**

Por efectos metodológicos y afinidad temática, el Juzgado analizará conjuntamente dichos cargos de la demanda.

Aseguró la parte actora que la Superintendencia Financiera de Colombia aplicó de manera indebida las disposiciones contenidas en el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establece los criterios de graduación de la sanción; el literal k) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 23 de la Ley 22 de 1995; los numerales 3.1.3.1 y 3.2.4.2 de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia; y el artículo 64 del Código Civil y que no se configuraron los supuestos de hecho a los que se refieren dichas normas, por lo que la decisión tomada no concuerda con los supuestos fácticos.

#### **Análisis del Juzgado.**

Para desatar los cargos propuestos por el demandante, es del caso en primer término traer a colación las normas que dice el demandante fueron infringidas o inaplicadas, para luego determinar lo que frente a ellas dispuso la entidad demandada y finalmente definir si le asiste razón o no al actor en cuanto a los cargos propuestos:

Artículo 23 de la Ley 22 de 1995:

**"ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.** Los administradores deben 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.

*En el cumplimiento de su función los administradores deberán:*

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas." (Subraya el Juzgado).

Artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

**"ARTICULO 72. REGLAS DE CONDUCTA Y OBLIGACIONES LEGALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS, DE SUS ADMINISTRADORES, DIRECTORES, REPRESENTANTES LEGALES, REVISORES FISCALES Y FUNCIONARIOS.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas:

k) Incumplir o retardar el cumplimiento de las instrucciones, requerimientos u órdenes que señale la Superintendencia Bancaria sobre las materias que de acuerdo con la ley son de su competencia, y (...)" (Resalta el Despacho).

Por su parte los numerales 3.1.3.1 y 3.2.4.2 de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, relativos a la administración del riesgo operativo establecen:

### **"3.1.3 Control**

Las entidades deben tomar medidas para controlar los riesgos inherentes a que se ven expuestas con el fin de disminuir la probabilidad de ocurrencia y/o el impacto en caso de que se materialicen.

Durante esta etapa las entidades deben como mínimo:

- a) Establecer la metodología con base en la cual definan las medidas de control de los riesgos operativos.
- b) De acuerdo con la metodología establecida en desarrollo del literal a) del numeral 3.1.3 del presente capítulo, implementar las medidas de control sobre cada uno de los riesgos operativos.
- c) Determinar las medidas que permitan asegurar la continuidad del negocio.
- d) Estar en capacidad de determinar el perfil de riesgo residual de la entidad.

### 3.2.4.2 Representante Legal

*Sin perjuicio de las funciones asignadas en otras disposiciones, son funciones mínimas del Representante Legal:*

(...)

- i) Velar porque las etapas y elementos del SARO cumplan, como mínimo, con las disposiciones señaladas en la presente Circular.

(...)

- k) Aprobar los planes de contingencia y de continuidad del negocio y disponer de los recursos necesarios para su oportuna ejecución.

(...)” (Subraya el Juzgado)

De las normas se extrae que es obligación del representante legal de las sociedades vigiladas por la por la Superintendencia Financiera de Colombia, determinar las medidas que garanticen la continuidad de operación de la persona jurídica que administra, para lo cual resulta indispensable identificar y controlar los riesgos operativos a que se ve expuesta en el desarrollo de su objeto social, de manera que es su responsabilidad implementar y mantener un Sistema de Administración de Riesgo Operativo, y aprobar planes de contingencia necesarios para la continuidad del negocio; así como cumplir oportunamente los requerimientos que la autoridad administrativa realice.

Al respecto, el Sistema de Administración de Riesgo Operativo se componen de elementos mínimos tales como políticas, procedimientos, documentación, estructura organizacional, registro de eventos de riesgo operativo, órganos de control, plataforma tecnológica, divulgación de información y capacitación, con los cuales se busca una adecuada administración del riesgo; entendido este como la posibilidad de incurrir en pérdidas por deficiencias, fallas o inadecuaciones, en el recurso humano, los procesos, la tecnología, la infraestructura o por la ocurrencia de acontecimientos externos<sup>1</sup>.

En el presente caso, la Superintendencia financiera inició la actuación administrativa imputando al señor Abel Guillermo Caballero lozano el cargo consistente en el presunto incumplimiento de literal k) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y con lo dispuesto en la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, Capítulo XXIII, numeral 3.1, subnumerales 3.1.3 literal c) y 3.1.2.1 literal c) y numeral 3.2.4.2 literales i) y k), y por tanto, el objeto de la investigación se concretó en determinar

<sup>1</sup> Circular Externa 100 de 1995, Capítulo XXIII

una presunta falta de gestión, control y seguimiento que permitiera a Fidupetrol continuar su operación normal, para lo cual se tuvieron en cuenta los siguientes aspectos:

- i) en visita realizada el 4 de abril de 2014, se evidenció que Fidupetrol no se encontraba operando de manera normal debido a que no tenía a su disposición el servidor principal de producción ni la información que se procesaba en él, como consecuencia de una falla tecnológica ocurrida el 31 de marzo de 2014,
- ii) el incumplimiento al cronograma definido para la reconstrucción de la información core del negocio correspondiente al periodo comprendido entre el 20 de febrero al 30 de marzo de 2014, tanto para sociedad, negocios y fondos de inversión colectiva y a la fecha de transmisión regular de dicha información a la Superintendencia,
- iii) insuficiencia de las medidas implementadas para no afectar la continuidad de negocio pues solo logró levantar la contingencia hasta el 27 de mayo de 2014, luego de 58 días del incidente, lo que se tradujo en la incapacidad que tuvo para que Fidupetrol retornara a su operación normal, y
- iv) ausencia de mantenimiento y desarrollo de pruebas del plan de contingencias, por carencia de recurso humano necesario para el desarrollo de las funciones de tecnología en la medida en que solo contaba con dos empleados que eran estudiantes de Tecnología y su experiencia correspondía al trabajo de operación y mantenimiento de equipos y de desarrollo de software; presupuestos todos estos que resultaron ser el fundamento fáctico de los actos acusados.

Sostiene el demandante que la entidad demandada vulneró las normas transcritas, por cuanto no tuvo en cuenta la situación en que se encontraba la fiduciaria antes de su posesión como representante legal y aplicó dichos preceptos frente a hechos ocurridos con anterioridad al desempeño de sus funciones como administrador, esto es, 21 de noviembre de 2013. Además señaló que durante su gestión, en ningún momento recibió órdenes o requerimientos por parte de la Superintendencia Financiera.

Al respecto, considera esta primera instancia que no le asiste razón al demandante, pues se observa que el cargo que se le atribuyó al demandante se sustentó exclusivamente en su condición de Presidente y Representante Legal (21 de noviembre de 2013 a 16 de junio de 2014) para la época de los hechos (31 de marzo de 2014 a 27 de mayo de 2014), plazo transcurrido entre la fecha en que se presentó la

contingencia tecnológica y la fecha en que la misma se superó completamente -, y además las referidas circunstancias que rodeaba a la Sociedad Fiduciaria, según la descripción que realiza en la demanda, nada tienen que ver con el cumplimiento de sus obligaciones legales frente a la gestión administración del riesgo operativo, especialmente, en lo relativo al plan de continuidad del negocio que permitiera superar rápidamente la materialización del mismo.

De conformidad con lo probado en el proceso, al demandante se le sancionó por las debilidades advertidas en el área de sistemas, los aplicativos de tecnología, los equipos de cómputo y el plan de continuidad del negocio de Fidupetrol S.A., por lo que pese a que dicha sociedad había informado que el plan de acción que ya había sido impuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia, ya había culminado en el primer trimestre del año 2012, una vez el señor Abel Guillermo Caballero Lozano asumió la Presidencia de dicha sociedad, no demostró haber adelantado gestión alguna encaminada a verificar el estado de avance y actualización de los procesos glosados en esa oportunidad por la Comisión de Visita, ni del correcto funcionamiento de las medidas implementadas en el referido plan, aun cuando se trataba de temas fundamentales para la operación de la entidad que dirigía, tales como la generación de backups de la información, la réplica de los datos relacionados sobre el Core<sup>2</sup> de la operación y la eficiencia y eficacia del plan de continuidad del negocio (fls.30 a 79, 99 a 134 C principal y 589 a 639, 649 a 729 C anexo 2).

Así por ejemplo, aun cuando el demandante, como él mismo lo indica se posesionó como presidente de Fidupetrol el 21 de noviembre de 2013, la actualización del Manual de Riesgos Operativos se llevó a cabo en abril de 2014 (fls.145 a 163 C anexo 1), es decir, luego de ocurrido el evento del 31 de marzo de 2014 que originó la suspensión de la operación normal de la empresa lo que demuestra, tal y como lo indicó la Superintendencia demandada, falta de gestión efectiva del señor Caballero Lozano en su calidad de representante legal, pues dicha actuación no obedeció al diagnóstico que ordenó o debió ordenar el demandante cuando asumió la Presidencia de Fidupetrol S.A., sino que, por el contrario, tal decisión fue producto de la contingencia ya materializada.

---

<sup>2</sup> Denominación inglesa del Corazón de la Empresa. Se refiere a la principal línea de negocio de la empresa sobre la que pivota toda ésta, realmente la que especifica a qué se dedica y la que supone la principal fuente de ingresos. Suele coincidir con el negocio originario de la empresa, consultado en <https://www.foromarketing.com/diccionario/core-business/>

Adicionalmente, se debe precisar que si bien en los actos acusados se indicó que el señor Abel Guillermo Caballero Lozano ostentaba la calidad de miembro de la Junta directiva de la empresa desde el año 2003, por lo que resultaba obvio que conocía las falencias tecnológicas y de operatividad del negocio y pese a ello cuando asumió el cargo de Director no realizó actividad eficaz tendiente a verificar y mejorar los aspectos relacionados con la administración del riesgo operativo de la Sociedad Fiduciaria, ello se dio para contextualizar tanto su situación como de la sociedad que administraba y no porque el cargo imputado fuera por hechos anteriores a que éste ostentara la calidad de representante legal, pues se insiste que sólo hasta después que se materializara la contingencia que freno la operación de la empresa fue que el hoy demandante empezó a cumplir con sus obligaciones legales y tomar las medidas correctivas que permitieran dar soluciones posteriores, sin que acreditara acciones tendientes a abstraer y proteger a la Sociedad Fiduciaria de la exposición al riesgo operativo tan alto en que se encontraba antes de la ocurrencia del mencionado evento.

Así, en la Resolución 1631 del 28 de diciembre de 2016 que resolvió el recurso de apelación, la Superintendencia Financiera de Colombia señaló:

*"Sin embargo, lo que se encontró en este caso fue que si bien Fidupetrol S.A. contaba con un plan de continuidad del negocio expedido el 6 de diciembre de 2012, lo cierto es que este adolecía de una serie de fallas estructurales que, además de que fueron identificadas desde la visita de inspección realizada por la Superintendencia en el año 2010, obedecieron a la falta de gestión oportuna en el cumplimiento de los deberes específicos que recaían sobre la Sociedad Fiduciaria y cuyo cumplimiento debía garantizar el investigado durante su gestión como Presidente, lo que no hizo y a la postre condujo a la entidad a la situación de enfrentar un evento inesperado frente al cual no estaba preparada, llevándola a paralizar su operación durante 58 días." (Fls.99 a 134 C principal y 649 a 729 C anexo 2)*

Lo anterior indica que las medidas que se encontraban vigentes en Fidupetrol cuando se presentó la contingencia del 31 de marzo de 2014, fecha para la cual el aquí demandante tenía la calidad de representante legal, como se indicó previamente, no tuvieron la capacidad de recuperar la operación normal de la sociedad, de lo que se colige que el señor Abel Guillermo Caballero Lozano no fue diligente en la revisión y adopción de medidas en cuanto a la administración del riesgo operativo, ni se aseguró que se cumpliera con lo indicado en la normatividad, pues dicha situación – pérdida de la información vital sobre las operaciones de carteras colectivas (fls5 a 15 C anexo 1) -, sólo

se logró superar casi dos meses después, lo que resulta contrario a las normas antes citadas, más aun tratándose de una sociedad que desarrollaba una actividad de interés público<sup>3</sup>.

Ahora bien, tampoco le asiste razón al demandante cuando afirma que durante su gestión, en ningún momento recibió órdenes o requerimientos por la parte de la Superintendencia Financiera, puesto que según lo probado en el proceso la Delegatura para Riesgos Operativos de la entidad demandada requirió al señor Abel Guillermo Caballero Lozano en dos oportunidades para que remitiera información relacionada con el incidente presentado el 31 de marzo de 2014 (fls.1 a 3 y 16 C anexo 1), frente a lo cual, si bien emitió respuesta a los mismos (fls.17 a 81 C anexo 1), el cronograma por el indicado y el plan de contingencia no dio resultado de manera oportuna, por lo que tal y como quedó consignado en el informe de inspección del 28 de agosto de 2014, la información que debía ser transmitida dentro de los 10 días siguientes al corte de 31 de marzo y 30 de abril, según lo dispuesto en el numeral 1.1 del Capítulo VIII de la Circula Externa 100 de 1995<sup>4</sup>, fue remitida de manera extemporánea, luego de superada la contingencia – 14 de mayo de 2014 – (Fls.90 a 98 C anexo 1 y 417 a 426 C anexo 2), lo que claramente indica que el demandante incumplió con los requerimientos que la reglamentación de la Superintendencia y la Ley le exigían.

De lo anterior se puede concluir que contrario a lo expuesto por el demandante, la atribución de responsabilidad que la entidad demandada realizó al señor German Varela Villegas no se dio por hechos anteriores a su posesión como representante legal de la fiduciaria sino precisamente por el incumplimiento a las obligaciones que la ley le impone como representante legal de una persona jurídica que desarrolla una actividad de interés público, y el incumplimiento a los requerimientos de transmisión de información necesarias para el adecuado control del estado frente a la administración de recursos captados del público.

---

<sup>3</sup> Constitución Política. ARTICULO 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las 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.

<sup>4</sup> ***“1.1. Establecimientos de crédito y sociedades de servicios financieros***

*Los establecimientos de crédito y las sociedades de servicios financieros deben transmitir mensualmente, el balance general y el estado de resultados, dentro de los diez (10) primeros días corrientes del mes inmediatamente siguiente al del corte respectivo, según la codificación, que se establece en el Plan Único de Cuentas para el Sistema Financiero (PUC).” (Resalta el Juzgado).*

Ahora bien, alega el demandante que con los actos acusados se vulneró también el artículo 64 del Código Civil que dispone:

**"ARTICULO 64. <FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO>.** <Ver Notas del Editor> Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Como vemos la fuerza mayor o caso fortuito hace referencia a la imprevisibilidad e irritabilidad el evento, pues bien, lo imprevisto hace referencia a lo súbito, repentino y/o sorpresivo, en tanto falta de capacidad de la persona anticiparse a la situación, para lo cual no tiene incidencia si se trata de un fenómeno de poca o mucha ocurrencia. Por su parte, lo irresistible a algo que no admite rechazo, contradicción, o pugna; así, el Consejo de Estado ha fijado el contenido y alcance de la imprevisibilidad e irresistibilidad, en los siguientes términos: "*imprevisible es aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que, no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia (...) la irresistibilidad, como elemento de la causa extraña, consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo*"<sup>5</sup>. (Subraya el Juzgado).

En ese orden de ideas, para que proceda la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor o caso fortuito, el demandante debió probar que no pudo anticipar o prever la situación que originó la afectación de operación de la empresa que administraba, además, que las consecuencias del hecho o el acto no fueran soportables o a éste.

Sea lo primero destacar que, como lo señaló la Superintendencia en las Resoluciones demandadas, los sistemas de cómputo y, en general, las herramientas de tecnología, almacenamiento y procesamiento de información, se encuentran expuestos a diversas clases de riesgos, incluyendo aquellos relacionados con la obsolescencia, daño o pérdida de la información, lo cual, de conformidad con lo dispuesto en la Circular Externa 100 de 1995, obliga a sus usuarios, tratándose estos empresas vigiladas por dicha autoridad administrativa, a prever mecanismos idóneos para la generación de copias de respaldo,

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, M.P. Mauricio Fajardo Gómez., reiterada en sentencia de la Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo Sala Séptima Especial De Decisión de fecha 20 de febrero de 2019, Consejera ponente: María Adriana Marín (E) Bogotá D.C., Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-00.

archivos adicionales e incluso centros alternos para garantizar la continuidad de la operación. De allí que si bien pueden existir eventos ciertamente inesperados, comoquiera que no es posible determinar el momento exacto en que podrían ocurrir, no por ello resultan imprevisibles y/o irresistibles.

Lo anterior significa que ante la obligación legal de implementar un Sistema de Administración de Riesgo Operativo, esas entidades vigiladas y sus administradores deben estar en condiciones de afrontar aquellos eventos que puedan llegar a comprometer el normal desarrollo del objeto social, contando con planes de continuidad del negocio debidamente probados que aseguren el buen funcionamiento de sus negocios un cuando se presenten fallas o daños en sus sistemas tecnológicos.

No obstante, como se expuso en párrafos anteriores, a pesar que el hoy demandante cuando asumió la dirección de Fiduciaria, debía velar por el buen funcionamiento del negocio y verificar, por ejemplo, la vigencia de los contratos del área de tecnología y manejo de los back up, la disponibilidad de la información actualizada en medios digitales y el mantenimiento del servidor, no lo hizo, por lo que no es admisible que pretenda ampararse en una supuesta situación imposible de resistir, cuando, por el contrario, era posible contar con medidas que permitieran enfrentar la contingencia sin que se afectara la operación de Fidupetrol S.A.

Por último, reclama la parte actora que la Superintendencia Financiera de Colombia, con los actos administrativos demandados, trasgredió el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establece los criterios de graduación de la sanción, así:

*"2. Criterios para graduar las sanciones administrativas.*

*Las sanciones por infracciones administrativas a que se hace mención en este artículo, se graduarán atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resulten aplicables:*

- a) La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con las atribuciones que le señala el presente Estatuto;*
- b) 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;*
- c) La reincidencia en la comisión de la infracción;*
- d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión de la Superintendencia Bancaria;*

- e) *La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción, o cuando se utiliza persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos;*
- f) *El grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes;*
- g) *La renuencia o desacato a cumplir con las órdenes impartidas por la Superintendencia Bancaria;*
- h) *El ejercicio de actividades o el desempeño de cargos sin que se hubieren posesionado ante la Superintendencia Bancaria cuando la ley así lo exija;*
- i) *El reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar.*
- j) *La infracción al Régimen de Protección al Consumidor Financiero. Igualmente deberá considerarse si se adoptaron soluciones a favor del consumidor financiero dentro del trámite de quejas o reclamos, así como la implementación de medidas de mejoramiento como consecuencia de las mismas.” (Resalta el Despacho).*

La parte actora adujo que la multa impuesta por el Ente de Control no fue proporcional, ya que no solo no existían motivos para sancionarla, sino que además ésta no se basó en criterios de valoración objetivos, por cuanto sólo se tuvieron en cuenta los criterios agravantes y no los atenuantes, omitiendo aplicar la norma de manera integral.

En cuanto al primer fundamento, hemos de remitirnos a las razones expuestas para resolver sobre la supuesta trasgresión al literal k) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 23 de la Ley 222 de 1995; los numerales 3.1.3.1 y 3.2.4.2 de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia; y el artículo 64 del Código Civil, en donde claramente se indicó que en efecto el demandante incumplió sus obligaciones legales al no actuar de manera diligente para prevenir y manejar adecuadamente los riesgos operativos de la empresa que dirigía.

Ahora, en cuanto al segundo argumento, el Juzgado debe remitirse en primer lugar a los actos demandados para determinar si la sanción impuesta fue proporcional o no, y si estuvo o no justificada. Se observa entonces que en la Resolución 0373 del 6 de abril de 2016 la Superintendencia Financiera de Colombia hizo alusión a los criterios establecidos en el numeral 2 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que resultaban aplicables, particularmente explicó la improcedencia de aplicar el atenuante a que se refiere el literal i) de la norma en tanto el investigado no aceptó los cargos imputados, se refirió a los atenuantes relacionados con la ausencia de reincidencia, la atención a solicitudes y requerimientos dentro de la investigación

administrativa, la ausencia de prueba sobre la utilización de medios fraudulentos o de beneficio económico personal del inculpado, y finalmente se refirió al agravante referido a que el investigado no había adoptado soluciones en favor del consumidor financiero o la implementación de medidas de mejoramiento (Fls.30 a 79 C principal y 589 a 639 C anexo 2).

Además, impuso sanción de multa por la suma de \$80.000.000 e inhabilitación para el ejercicio de cargos en entidades vigiladas por la Superfinanciera que requieran la posesión ante dicha entidad, por el término de 3 años.

No obstante, mediante Resolución SSPD 20114400012535 del 17 de mayo de 2011, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra el acto sancionatorio, la Superintendencia Financiera de Colombia decidió revocar la sanción de inhabilitación, en razón a que consideró que no podía sancionarse dos veces por un mismo hecho.

Ahora bien, el literal b), numeral tercero de la norma en cita, establece que la Superintendencia Financiera de Colombia puede imponer multas hasta por el equivalente a \$110.000.000 del año 2002, valor que para la época en que ocurrieron los hechos -2014- equivalía a \$187.236.144 (fl.132 C principal suma actualizada).

Así, el Juzgado precisa que la norma en comento no establece que para imponer una sanción se deba aplicar la totalidad de los criterios allí enunciados, sino que claramente indica que se aplicarán aquellos que resulten aplicables, de manera que, se observa que estos fueron expuestos y sustentados en el acto administrativo sancionatorio, tal y como se expuso en precedencia, razón por la cual, el monto de la multa sí se basó en criterios de valoración objetivos, conforme con los criterios de Ley, y en ese sentido la misma resultó proporcional a la naturaleza y gravedad de la falta, pues la alteración de la operación de una entidad que capta dineros del público, genera afectación en el sistema financiera, bursátil y asegurador donde desarrolla su objeto, además de afectar los intereses del consumidor.

Además no se puede perder de vista que la Superintendencia Financiera de Colombia contaba con discrecionalidad en cuanto a la fijación del monto de la sanción, según lo dispuesto por el Consejo de Estado<sup>6</sup> que al estudiar un cargo sobre la multa impuesta, precisó:

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso – providencia del 28 de enero de 2010- Ref. 2001-00364-01.

*"Finalmente en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que **las sanciones impuestas en las resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.***

*Por las razones expuestas, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda"*  
(Negrillas del Despacho).

Por lo anterior, siendo clara la discrecionalidad con que cuenta la demandada para graduar las sanciones, siempre que estén establecidas dentro del máximo consagrado por la norma, la vulneración endilgada ha quedado desvirtuada, pues fue en virtud de dicha facultad y luego del análisis de los criterios de graduación tanto atenuantes como agravantes que la Superintendencia Financiera de Colombia fijó el monto de la multa.

En virtud de todo lo anterior, y entendiendo que la falsa motivación hace referencia a la falta de veracidad del sustento fáctico, es decir, cuando no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho y/o de derecho que sustentan la decisión y la realidad jurídica del asunto y teniendo claro que al demandante, en atención a su cargo y en ejercicio de sus funciones administrativas, le asistía la obligación de velar por la continuidad de la operación de la sociedad Fiduciaria, estableciendo y actualizando el Sistema de gestión de Riesgos Operativos y los Planes de Contingencia, no lo hizo así, y por ende los actos fueron correspondientes con dicha infracción, para esta primera instancia no existió vulneración a las normas previamente analizadas, sin que el actor hubiera allegado material probatorio tendiente a desvirtuar su responsabilidad.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

- **Violación al debido proceso y derecho de defensa.**

Aseguró la parte actora que en el curso de actuación administrativa se rechazó injustificadamente el decreto y practica de pruebas solicitadas, lo cual, dice, atentó contra su derecho de defensa y debido proceso.

#### **Análisis del Juzgado.**

Lo primero que debe señalar el Juzgado es que en el presente asunto se corroboró, según se expuso en el acápite de hechos probados, que al demandante en ningún momento se le coartaron las oportunidades procesales de solicitar pruebas o controvertir las allegadas, pronunciarse

sobre la apertura de investigación, presentar recursos, y en general, intervenir a lo largo de toda la actuación administrativa, cosa distinta es que éstas actuaciones no hayan tenido la virtualidad de demostrar su inocencia, o más bien, de probar la no comisión de las conductas endilgadas; pues valga recordar que ningún derecho es absoluto y por tanto, la presunción que se alega como no observada, es susceptible de ser desvirtuada, situación que fue precisamente lo que ocurrió, pues contrario a lo pretendido por la demandante, en los actos acusados se estableció con claridad y suficiencia las razones que demostraban la comisión de la infracción.

Ahora bien, es preciso destacar, que frente a la responsabilidad objetiva, ha sido criterio jurisprudencial de esta Jurisdicción, el considerar que el ejercicio del poder sancionatorio en cabeza del Estado, encuentra su límite propio en el respeto a los principios y garantías que informan el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, dentro del marco propio del procedimiento administrativo sancionatorio, es decir, atendiendo las especiales consideraciones del derecho administrativo que difieren de otras áreas del derecho, por lo que figuras tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad, favorabilidad y otras instituciones propias por ejemplo del derecho penal y que tienen ciertas particularidades que no se aplican in extenso y con idéntico rigorismo en asuntos como el que aquí nos ocupa<sup>7</sup>.

Con base en lo anterior, el Juzgado tampoco acoge el planteamiento sobre una supuesta vulneración al debido proceso y derecho de defensa en relación con el rechazo a la práctica de pruebas, que no fueron recaudados dentro de la actuación administrativa.

Lo primero que debe destacarse es que atendiendo a la naturaleza de la prueba testimonial, es claro que, como lo expuso la entidad demandada en el auto 002 del 4 de mayo de 2015 y en las Resoluciones demandas, sí los hechos objeto de la investigación administrativa se encuentran suficientemente esclarecidos, puede el juzgador abstenerse de recepcionarlos, ya que en esa medida se tornan innecesarios.

Cabe recordar que en dicho acto administrativo, la entidad demandada analizó particularmente la procedencia de cada una de las pruebas solicitadas por el hoy demandante. En cuanto a los

---

<sup>7</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección en Descongestión C, Magistrada Ponente: Ana María Correa Ángel, Rad. 25000-23-24-000-2012-00576-00, sentencia del 27 de mayo de 2013, confirmada en providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00576-01, de 19 de julio de 2018.

testimonios los negó por inconducentes e impertinentes por las siguientes razones:

Frente a la declaración de los señores Julio Lizarazo Presidente de la Junta Directiva y Rafael Lara Vicepresidente Financiero y Administrativo de Fidupetrol señaló que no eran idóneos y resultaban ineficaces por cuanto las cuestiones mercantiles se prueban con las documentales que de acuerdo con la Ley deben soportar las actuaciones mercantiles de la empresa, como son las Actas de Junta Directiva o informes internos de las dependencias competentes, además precisó que el objeto de la prueba desbordaba el cargo formulado, en tanto que el mismo no estaba asociado con la estructura del capital o los efectos derivados de los procesos de la Contraloría.

En cuanto al testimonio del señor Germán Reyes Vicepresidente de Operaciones y Carteras Colectivas de Fidupetrol indicó que no resultaba útil ya que en el expediente obraba el documento titulado Plan de Continuidad del Negocio versión, sin que se hubiera aportado prueba de su actualización desde el 06 de diciembre de 2012.

En relación con las declaraciones de las señoras Angélica Goyeneche Directora de Riesgos, Adriana Garzón Directora Administrativa y de Recursos Humanos y del ingeniero Santiago Paz, todos funcionarios de Fidupetrol, la Superintendencia demandada expuso que, en primer lugar no se cumplió con los requisitos de informar domicilio o lugar donde podían ser citados, y por otro, i) que ninguno de ellos pudo tener conocimiento directo de los hechos sobre los que pretendían rendir testimonio pues no fueron quienes habían dado cuenta de las acciones emprendidas por la fiducia dentro del proceso de recuperación de la información para levantar la contingencia, ii) que las acciones tendientes a contratar personal idóneo para recuperar la totalidad de la información y dar continuidad al negocio serían susceptibles de ser probadas con la documental que así lo demostrara como sería las convocatorias, pruebas de selección y demás archivos sobre el desarrollo de dichos procesos y iii) que no se habían aportado los aludidos backups sobre los que se pretendía declarar.

Además, la Superintendencia Financiera, frente a la documental que dijo haber aportado el apoderado del señor Abel Guillermo Caballero precisó que la misma no había sido alegada y que el CD anexo se encontraba en blanco, razón por la cual no fueron incorporados al expediente. También fueron negadas las solicitudes a terceros, por considerar inútil oficiar a la Superintendencia Financiera para que

allegara copia de la totalidad del expediente correspondiente a la investigación adelantada contra Fidupetrol con el fin de probar la situación financiera de la empresa, puesto que la misma no tenía relación con los hechos que fundamentaron el cargo imputado al hoy demandante.

Así entonces, conforme a los hechos probados y lo expuesto al resolver los cargos de infracción de las normas en que debía fundarse y falsa motivación, en la actuación administrativa se recaudó suficiente material probatorio documental respecto a la responsabilidad del hoy accionante en la conducta endilgada, por lo que si bien no se practicaron las pruebas solicitadas (las cuales fueron negadas conforme a las reglas de la sana crítica a las normas que regulan su decreto), tal actuación se encontró soportada en el restante recaudo probatorio.

#### **Condena en costas.**

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

#### **Otro asunto**

Como se expuso en el acápite del trámite procesal, mediante auto del 26 de abril de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, Subsección B, confirmó el auto de pruebas proferido en audiencia inicial de fecha 25 de enero de 2019, que había negado el decreto de la prueba testimonial e inspección judicial con exhibición de documentos solicitada por la parte actora, razón por la cual se obedecerá y cumplirá lo dispuesto por el Superior.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

#### **FALLA:**

**PRIMERO: Obedézcase y cúmplase** lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que por auto del 26 de abril de 2019 confirmó el auto de pruebas proferido en audiencia inicial de fecha 25 de enero de 2019.

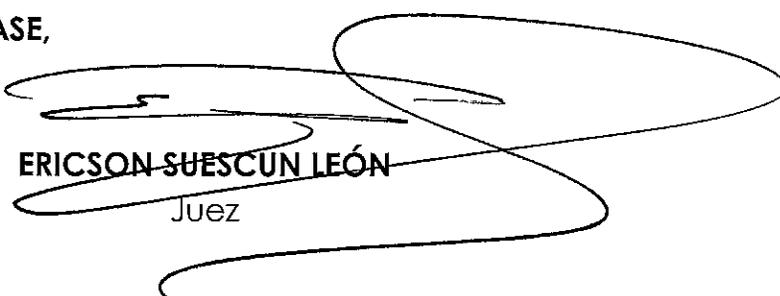
**SEGUNDO: Negar** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta sentencia.

**TERCERO. Sin condena en costas** en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso.

**CUARTO.** En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

**QUINTO.** Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ERICSON SUESCUN LEÓN**  
Juez

D.C.R.P.