



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO 4º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**Expediente:** 11001-33-34-004-2017-00027-00  
**Demandante:** TOMÁS JARAMILLO BOTERO  
**Demandada:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Asunto:** SENTENCIA

Escuchadas las partes, cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control, sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado en primera instancia, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, profiere en derecho la siguiente sentencia.

### I. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES PROCESALES SURTIDAS

#### 1. DEMANDA

##### 1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Solicita la parte demandante lo siguiente:

*"1. Que se declare la nulidad del Acto Administrativo conformado por la Resolución N° 125-002526 del 24 de julio de 2015 y la Resolución N° 125000887 del 8 de marzo de 2016, proferidas por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y por medio de las cuales se decidió sancionar al señor TOMÁS JARAMILLO BOTERO al pago de una multa por valor de CIENTO VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$128.870.000).*

*2. Ordénese a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, el restablecimiento de los derechos afectados al señor TOMÁS JARAMILLO BOTERO.*

*3. Se condene a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES al pago de los gastos legales, costas y agencias en derecho, por valor de CINCUENTA MILLONES DE PESOS \$50.000.000." (Sic. fls. 77 a 78).*

##### 1.2. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandante señaló que la Superintendencia de Sociedades no le notificó en debida forma al accionante la resolución a través de la cual se dio apertura a la investigación administrativa.

Afirmó que la entidad accionada determinó incorrectamente que el demandante era el controlador de la sociedad Valores Incorporados S.A.S. para el periodo comprendido entre el 12 de junio de 2008 y el 26 de noviembre de 2012, dado que no existe prueba idónea de que Premium Capital Appreciation Fund B.V. tuviera el 99.9% participación accionaria en Andean Capital Markets S.A., ni de la fecha en que esta última adquirió el 82.51% de las acciones de Valores Incorporados S.A.S.

Adujo que Premium Capital Appreciation Fund B.V. es una institución de inversión colectiva y, por ende, los administradores o asesores no son los dueños, sino que lo son sus inversionistas.

Expresó que la Superintendencia de Sociedades no aclaró de cuál Fondo era gerente Premium Capital Investment Advisor LTD, ni determinó la sociedad en la que supuestamente Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zárrate tenían acciones.

Señaló que Eclipse Management B.V., actuando como Director del Fondo Premium Capital Appreciation Fund B.V., removió del cargo de gerente de inversiones a Premium Capital Investment Advisors, lo que demuestra que la primer compañía en mención era quien ostentaba realmente el control del Fondo y no los accionistas.

Manifestó que no se encuentra probada la presunción de subordinación de que trata el parágrafo 1° del artículo 261 del Código de Comercio, porque el accionante no tenía más del 50% del poder de decisión en Valores Incorporados S.A.S.

Sostuvo que no se configuró ninguna de las situaciones de control previstas en los artículos 27 y 28 de la Ley 222 de 1995, esto es, por participación en el capital social, el externo o contractual o el derivado de las votaciones en las asambleas de socios o juntas generales.

Afirmó que, no existió acuerdo escrito entre el demandante y el señor Juan Carlos Ortiz Zarrate para adoptar decisiones estratégicas, financieras y operativas respecto de la sociedad Valores Incorporados S.A.S., tal como lo prevé la Sección 15 de Inversiones en Negocios Conjuntos de la Norma Internacional de Información Financiera para las PYMES versión 2009.

Indicó que, no se señaló en la resolución sancionatoria el cálculo para discriminar la sanción, ni la justificación del cargo en concreto que se aplica, aunado a que se sancionó dos veces por un mismo hecho, pues se castigó el presunto control ejercido tanto sobre Valores Incorporados S.A.S. como respecto de la empresa Rentafolio Bursátil y Financiero S.A.S.

Agregó que, de la lectura del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, se extrae que la obligación allí consagrada recae única y exclusivamente sobre las personas jurídicas y no sobre las naturales.

## **2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

### **2.1. Valores Incorporados S.A.S. en liquidación (fls. 123-127)**

Dentro de la oportunidad legal dispuesta para ello, el apoderado del agente liquidador de la sociedad Valores Incorporados S.A.S., sostuvo que la decisión de la Superintendencia de Sociedades está ajustada a derecho, como quiera que se fundamentó en el acervo probatorio correspondiente y se expidió con observancia del debido proceso.

Señaló que, si bien la empresa fue vinculada como tercero con interés en las resultas del proceso, la decisión que tome el Despacho en la sentencia no va a tener ninguna incidencia o efecto en la administración de la sociedad, ni en el proceso de liquidación que está *ad-portas* de su cierre, toda vez que la situación de control que existió por parte del accionante sobre la sociedad concluyó en noviembre de 2012.

Agregó que la suma de \$50.000.000 pretendida por el demandante a título de restablecimiento del derecho es excesiva en comparación a la sanción impuesta.

### **2.2. Superintendencia de Sociedades**

No contestó de la demanda.

### **3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **2.1. Valores Incorporados S.A.S. (fl. 225)**

Solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que el accionante no desvirtuó la legalidad de las resoluciones acusadas.

Agregó que, el testigo llamado a declarar por el accionante es sospecho, pues tiene interés directo en el proceso, toda vez que él también estuvo involucrado en los hechos materia de investigación por parte de la Superintendencia de Sociedades y, resultó igualmente sancionado por haber realizado las mismas actuaciones y omisiones que el accionante.

#### **2.2. Superintendencia de Sociedades (fls. 226-235)**

Señaló que las Resoluciones Nos. 125-002536 de 24 de julio de 2015 y 125-00087 de 8 de marzo de 2016, gozan de presunción de legalidad.

Indicó que dentro de la actuación administrativa se encontró plenamente probado que (i) los señores Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zárate eran los únicos accionistas de la sociedad Premium Capital Appreciation Fund B.V.; (ii) dicha sociedad controlaba a Andean Capital Markets, pues era propietaria del 99% de sus acciones; (iii) Andean Capital Markets controlaba a Valores Incorporados S.A.S., ya que tenía el 82.51% de sus acciones; y, (iv) Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zárate controlaban a Valores Incorporados S.A.S. de manera indirecta a través de las sociedades mencionadas.

Manifestó que, lo anterior fue claramente explicado desde la resolución de apertura de la investigación y se reafirmó en los actos sancionatorios, por lo que no existió vulneración alguna a los derechos de defensa y debido proceso, ni tampoco falsa motivación.

Adujo que la Ley 222 de 1995 no hace diferenciación en cuanto a si la situación de control es ejercida por personas naturales o jurídicas y que las normas NIFF entraron a regir en Colombia a partir del año 2015, con posterioridad a la fecha de los hechos que dieron origen a la demanda.

Sostuvo que la multa fue tasada en virtud de la discrecionalidad que le asiste a la Superintendencia de Sociedades y en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Expresó que la notificación de la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, se realizó de acuerdo con lo establecido en el C.P.A.C.A., por lo que no existió vulneración al debido proceso del accionante.

#### **2.3. Parte demandante (fls. 256-277)**

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Agregó que el testigo Juan Carlos Ortiz Zárate es la persona más idónea para declarar, porque es quien tiene mayor conocimiento y experiencia del tema que

se está desatando en el presente litigio, ya que fue señalado junto con el accionante de una situación de control.

#### **2.4. Ministerio Público**

Guardó silencio en esta oportunidad.

## **II. CONSIDERACIONES**

Agotados los trámites inherentes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede el Juzgado a emitir el fallo que en derecho corresponde.

### **1. HECHOS PROBADOS**

Con las pruebas incorporadas al plenario se lograron demostrar las siguientes premisas fácticas:

1.1. Mediante la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, la Superintendencia de Sociedades abrió investigación administrativa contra Tomás Jaramillo Botero como presunto controlante de la Sociedad Valores Incorporados S.A.S. (fls. 8-13 expediente administrativo).

1.2. De acuerdo con la certificación de 8 de febrero de 2013, expedida por el Coordinador del Grupo de Atención al Ciudadano de la Superintendencia de Sociedades, la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, le fue notificada por aviso al señor Tomás Jaramillo Botero (archivo "BDSS01-#103187603-vP00-2013-01-015017-000\_", cd. fl. 157, cuaderno principal).

1.3. Mediante Resolución No. 125-002432 de 15 de abril de 2013, la Superintendencia de Sociedades realizó el decreto de pruebas dentro de la actuación administrativa adelantada en contra del señor Tomás Jaramillo Botero (fls. 37-38 cuaderno principal).

1.4. A través de Resolución No. 125-002995 de 30 de abril de 2013, la Superintendencia de Sociedades decretó de oficio otros medios probatorios dentro de la actuación administrativa adelantada en contra del señor Tomás Jaramillo Botero (fl. 68 expediente administrativo).

1.5. Por medio de Resolución No. 125-003613 de 5 de agosto de 2014, la Superintendencia de Sociedades corrió traslado de las pruebas decretadas y practicadas, para que presentaran alegatos de conclusión (fls. 240-241 expediente administrativo).

1.6. El apoderado del señor Tomás Jaramillo Botero presentó alegatos de conclusión el 2 de septiembre de 2014 (fls. 254-255 expediente administrativo).

1.7. La Superintendencia de Sociedades, a través de Resolución No. 125-002526 de 24 de julio de 2015, impuso al demandante una sanción por 200 SMLMV, por el incumplimiento de la obligación de reportar su condición de controlante de la sociedad Valores Incorporados S.A.S. entre el 12 de junio de 2008 y el 26 de noviembre de 2012 (fls. 256-277 expediente administrativo).

1.8. El anterior acto administrativo fue notificado personalmente al apoderado del señor Tomás Jaramillo Botero el 13 de agosto de 2015 (fl. 94 cuaderno principal)

1.9. El 28 de agosto de 2015, el apoderado del señor Tomás Jaramillo Botero interpuso recurso de reposición contra el anterior acto administrativo (fls. 290-303 expediente administrativo).

1.10. Por medio de la Resolución No. 125-000887 de 8 de marzo de 2016, la Superintendencia de Sociedades resolvió negativamente el medio de impugnación presentado (fls. 311-324 expediente administrativo).

1.11. El anterior acto administrativo fue notificado personalmente al apoderado del señor Tomás Jaramillo Botero el 29 de marzo de 2016 (fl. 95 cuaderno principal)

## **2. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER**

De conformidad a lo establecido en la audiencia inicial de 23 de julio de 2019, en el presente caso deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿Vulneró la Superintendencia de Sociedades el derecho de audiencia y defensa del demandante, por cuanto presuntamente no le notificó la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, mediante la cual dio apertura a la investigación administrativa?

¿Incurrió la Superintendencia de Sociedades en el vicio de nulidad por falsa motivación de los actos administrativos demandados al dar por probado que el demandante tenía la posición de controlante de la sociedad Valores Incorporados S.A.S.?

¿Incurrió la Superintendencia de Sociedades en el vicio de nulidad por aplicación indebida de las normas en que debían fundarse los actos administrativos demandados por aplicación indebida del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, al exigirle al demandante, como persona natural, inscribir la posición de control que se le imputó?

## **3. DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

De conformidad con el artículo 1° del Decreto 1023 de 2012<sup>1</sup>, compilado en el Decreto 1074 de 2015<sup>2</sup>, la Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles y otras personas jurídicas y naturales.

Dichas funciones se encuentran definidas en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995 y, en el artículo 2.2.2.1.1.1 y siguientes del Decreto 1074 de 2015, se establecen los presupuestos que determinan la competencia de inspección, control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Sociedades, en atención al monto de ingresos, activos o la existencia de pensionados a cargo de una sociedad.

---

<sup>1</sup> Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones.

<sup>2</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

De otra parte, de acuerdo con los numerales 22 y 37 del artículo 7 del Decreto 1023 de 2012, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades imponer (i) multas, sucesivas o no, hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales cada una, a quienes incumplan las órdenes de la Superintendencia, quebranten las leyes o sus propios estatutos; y/o, (ii) las sanciones que con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable haya lugar.

Aunado a lo anterior, el inciso primero del Decreto 1023 señala que la Superintendencia de Sociedades tendrá las funciones establecidas, entre otras, en la Ley 222 de 1995, la cual en el artículo 30 señala que de no realizarse la inscripción de las situaciones de control dentro de los 30 días siguientes a su configuración, la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el registro mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.

#### **4. DE LAS SITUACIONES DE CONTROL SOCIETARIO**

Sobre el control societario, los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, respectivamente, señalan lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con las normas en cita, la situación de control o subordinación de una sociedad se configura cuando su poder de decisión está sometido a la voluntad de otro sujeto de derecho y, es posible presumir su presencia en los eventos previstos en los numerales 1 a 3 del artículo 261 del Código de Comercio, lo cual puede ser desvirtuado por el controlante a través de los medios de prueba pertinentes.

No obstante, resulta del caso aclarar que de conformidad con lo decantado por el Consejo de Estado<sup>3</sup>, los supuestos bajo los cuales aplica la presunción no son taxativos, sino meramente enunciativos, por lo que, en caso de demostrarse otras formas de subordinación, la Superintendencia de Sociedades podrá declarar la situación de control o de grupo empresarial, según se trate.

Ahora bien, la calidad de controlante no se predica únicamente de las sociedades comerciales, sino que puede ostentarla cualquier persona natural o jurídica, o una pluralidad de éstas, independientemente que su naturaleza no sea societaria. De igual manera, el control puede ser directo o indirecto y ejercerse de manera individual o conjunta.

En cuanto a la última modalidad se refiere, los párrafos del artículo 261 del Código de Comercio permiten hablar de un control conjunto, en el cual una pluralidad de personas controla una sociedad exteriorizando la intención de actuar en común.

En palabras del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa<sup>4</sup>, el control conjunto se puede evidenciar, por ejemplo, cuando las personas también participan conjuntamente en el capital de otras empresas, o cuando existe coincidencia en los cargos de administración o de representación legal, o cuando se actúa "en bloque" en los órganos sociales, que deja en claro el ánimo de actuar como grupo; existiendo unidad propósito y dirección, y dejando en claro que no existe total independencia entre las empresas.

Por otro lado, en caso de estar incurso en una situación de control se debe actuar conforme lo preceptúa el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, que prevé:

**"ARTÍCULO 30. OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.**

**Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción**

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Decisión de 17 de mayo de 2002, radicado 25000-23-24-000-2001-0388-01. C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

<sup>4</sup> Sentencia de 5 de junio de 2006. Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00855-01(S). C.P. Dra. Ligia López Díaz.

**en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.**

(...)

PARAGRAFO 1o. Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad, así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.

PARAGRAFO 2o. **Toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente.** (Negrillas fuera de texto original)

Cabe aclarar que, si bien de la lectura literal del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, surge que la obligación de registrar las situaciones de control societario se predica únicamente de las sociedades, lo cierto es que debe realizarse una interpretación integral de dicha disposición con las demás que se refieren al control societario.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desde providencia de 1º de julio de 2004<sup>5</sup>, señaló lo siguiente:

*“Observa la Sala que de la normatividad transcrita se infiere que el control de las sociedades puede ser ejercido por personas tanto naturales como jurídicas, el parágrafo 1º del artículo 261 es bastante claro al señalar que habrá subordinación para todos los efectos legales, cuando el control sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria. Y el artículo 30 cuando menciona que “de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del C. de Co. se configure una situación de control”, es decir, está incluyendo obviamente el parágrafo 1º del artículo 261 que es parte integral del mismo, por lo que **la diferenciación hecha por el apoderado en el sentido de que la persona natural si puede ejercer control a las luces del artículo 261, pero no se le puede obligar a la inscripción en el registro mercantil -como lo indica el artículo 30- no es coherente, porque la consecuencia lógica e ineludible de ejercer control sobre una o varias sociedades, como la ley claramente lo indica, es la inscripción de dicha situación ante el organismo competente, a fin de que esta situación se pueda conocer públicamente y los actos del controlante, persona natural o jurídica, raigan (sic) bajo la órbita de la función de policía administrativa propia de los órganos estatales de control.**” (Negrilla del Despacho)*

El Consejo de Estado<sup>6</sup> ha hecho especial énfasis en que la obligación de registrar la situación de control tiene como función darles a los actos sujetos a esta obligación, **publicidad frente a terceros**, como lo ordena el artículo 29 numeral 4 del Código de Comercio<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Expediente No.: 2002-00486. M.P. Dr. Willam Giraldo Giraldo.

<sup>6</sup> Ver entre otras, sentencias de 17 de mayo de 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00388-01 (7342). C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero; y, de 16 de octubre de 2014. Radicación: 05001-23-31-000-2005-06757-01. C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

<sup>7</sup> ARTÍCULO 29. REGLAS PARA LLEVAR EL REGISTRO MERCANTIL. El registro mercantil se llevará con sujeción a las siguientes reglas, sin perjuicio de las especiales que establezcan la ley o decretos reglamentarios:

(...)

4) La inscripción podrá solicitarse en cualquier tiempo, si la ley no fija un término especial para ello; pero los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción.



Dicha garantía de publicidad cobra especial relevancia para brindar seguridad jurídica a los asociados y terceros en general (inversionistas, acreedores, etc.), por lo que resulta prevalente que éstos cuenten con la información respecto de la situación de las empresas y los verdaderos vínculos subyacentes en las relaciones que existen entre varias sociedades con las cuales tengan contacto.

## **5. DEL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y LA NOTIFICACIÓN DEL ACTO DE APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN**

El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es una garantía para equilibrar la relación autoridad - libertad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial.

Según el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos:

- (i) El derecho al juez natural o funcionario competente;
- (ii) El derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa; y,
- (iii) Las garantías de audiencia y defensa, que incluyen el derecho a pedir y presentar pruebas, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de *non bis in idem*.

La Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015<sup>8</sup>, señaló que para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista; y, (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.

Conviene precisar que, según jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado<sup>9</sup>, no toda irregularidad constituye causal de invalidez de los actos administrativos, sino que en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa, la irregularidad debe ser grave.

Adicionalmente, en palabras de la Alta Corporación, para que se configure la violación al derecho fundamental al debido proceso también es menester que se haya afectado de manera relevante alguna de las garantías que componen ese derecho, esto es, el núcleo esencial compuesto por juez natural, defensa o forma.

Ahora bien, se advierte que el procedimiento que debe observarse dentro del trámite administrativo sancionatorio derivado de las funciones de inspección,

---

<sup>8</sup> M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

<sup>9</sup> Ver entre otras, sentencias de 20 de septiembre de 2017, Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00035-01 (20890), C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E); 25 de septiembre de 2017, Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00069-01 (20800), C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E); 15 de noviembre de 2017, Radicación número: 54001-23-33-000-2013-00140-01 (22065), C.P. Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez; y, 17 de mayo de 2018, Radicación número: 05001-23-31-000-2007-03294-01 (20360); C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto.

vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, no se encuentra regulado por norma especial, por lo que debe recurrirse a lo estipulado en el C.P.A.C.A., por disposición expresa del artículo 47 ibidem<sup>10</sup>.

La precitada norma señala que, concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, deben formularse cargos mediante acto administrativo en el que se señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes.

Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados, actuación que conforme al artículo 67 del C.P.A.C.A. debe surtirse al interesado a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada.

Ahora, en cuanto al procedimiento a surtirse para llevar a cabo la notificación personal, el artículo 68 de la Ley 1437 de 2011, señala que, dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto, si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación, a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal.

De no ser posible dicha notificación al cabo de los 5 días del envío de la citación, entonces deberá procederse por medio de aviso que se remitirá a la misma dirección y que debe estar acompañado de copia íntegra del acto administrativo, según lo dispuesto en el artículo 69 ibidem.

El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

## **6. DE LA TACHA DEL TESTIMONIO DEL SEÑOR JUAN CARLOS ORTIZ ZÁRRATE**

El Despacho observa que la Superintendencia de Sociedades tachó de falsedad el testimonio del señor Juan Carlos Ortiz Zárrate en audiencia de 18 de septiembre de 2019. Como fundamento de lo anterior, señaló que la imparcialidad y credibilidad del testigo se encuentran sesgadas en la medida que tiene interés en las resultados de este proceso, por cuanto tiene en trámite una demanda contra la superintendencia de sociedades por los mismos hechos que se están debatiendo en este proceso, la cual cursa en el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, cuyo radicado es 2016-00292-01.

Sobre la tacha de los testimonios el Código General del Proceso establece:

*“ARTÍCULO 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

---

<sup>10</sup> ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. **Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código.** Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

*La tacha debe formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso." (Subraya del juzgado).*

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>11</sup>, ha señalado que la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de éstos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria.

Así, la tacha formulada contra el testigo Juan Carlos Ortiz Zárrate no obliga al Despacho a desecharlo sino a someterlo a una crítica más estricta con el fin de establecer si detrás de sus afirmaciones se esconde la intención de favorecer al accionante o si, por el contrario, éstas resultan coherentes, creíbles y verosímiles, a la luz de la sana crítica y en relación con los demás medios de prueba aportados al proceso.

## **7. CASO CONCRETO**

De manera general, en el presente asunto se debate la sanción impuesta en los actos demandados, en razón a que el señor Tomás Jaramillo Botero no registró la condición de controlante que ostentó sobre la sociedad Valores Incorporados S.A.S. entre el 12 de junio de 2008 y el 26 de noviembre de 2012.

Así las cosas, procede el Despacho a resolver cada uno de los problemas jurídicos que fueron planteados en la fijación del litigio.

**7.1.** ¿Vulneró la Superintendencia de Sociedades el derecho de audiencia y defensa del demandante, por cuanto no le notificó la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, mediante la cual dio apertura a la investigación administrativa?

La parte accionante adujo que la notificación de la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, a través de la cual se dio apertura a la investigación y se libró pliego de cargos, nunca fue practicada en debida forma.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades sostuvo en los alegatos de conclusión que se envió el oficio No. 548-006977 de 23 de enero de 2013, para que el señor Tomás Jaramillo Botero se acercara a notificarse personalmente de la Resolución 300-000488 y que una vez transcurrido el término establecido sin que compareciera, se elaboró el aviso No. 548-001036 de 4 de febrero de 2013, que cumplía con los requisitos previstos en el artículo 69 del CPACA.

Así mismo, señaló que la Oficina de Atención al Ciudadano de la entidad accionada dejó constancia de la entrega del aviso el 6 de febrero de 2013, por lo que la notificación se entendió surtida al día siguiente.

Al respecto, el Despacho observa que, a través de la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, la Superintendente Delegada para la Inspección, Vigilancia

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 17 de enero de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00615-00(PI). Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

y Control de la Superintendencia de Sociedades, decretó la apertura de la investigación administrativa dentro del expediente 57727, tendiente a determinar la presunta situación de control indirecta ejercida por los señores Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz (fls. 8-13, cuaderno anexo).

En dicho acto administrativo se ordenó igualmente correr traslado por el término de 15 días a los investigados, del cargo consistente en el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, esto es, la no inscripción de la presunta situación de control en cada uno de los registros mercantiles de las compañías involucradas.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 47 del CPACA, dicho acto administrativo debió ser notificado de manera personal. Sobre el particular, el Despacho encuentra que, en el expediente administrativo aportado por la Superintendencia de Sociedades, obra certificación de 8 de febrero de 2013, expedida por el Coordinador del Grupo de Atención al Ciudadano de la Superintendencia de Sociedades, sobre la notificación de la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, al señor Tomás Jaramillo Botero (archivo "BDSS01-#103187603-vP00-2013-01-015017-000\_", cd. fl. 157).

En dicho documento se hizo constar que, de acuerdo con la copia de la guía de Servicios Postales Nacionales S.A. No. YY11111111Z4K002Q87, suministrada por el Grupo de Gestión Documental de la entidad, el 6 de febrero de 2013 se entregó aviso de notificación, y en consecuencia, dicha actuación quedó surtida el 7 de febrero de 2013.

Ahora bien, no desconoce este estrado judicial que a través de escrito radicado el 2 de septiembre de 2014 (fls. 254-255, cuaderno anexo), el apoderado del señor Tomás Jaramillo Botero presentó alegatos de conclusión dentro del trámite administrativo y solicitó que se saneara la actuación administrativa, en atención a que el accionante no había sido notificado de lo surtido dentro de la investigación 57727.

Dicha solicitud fue resuelta por la Superintendencia de Sociedades en la Resolución No. 125-002526 de 24 de julio de 2015 (fls. 256-277, cuaderno anexo). Para el efecto, la entidad accionada señaló que, el apoderado del demandante, quien tenía poder suficiente para ser notificado de la investigación, autorizó al señor Gustavo Alfredo Churio para que se notificara personalmente de la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013, con quien se surtió dicho trámite el 18 de septiembre de 2013.<sup>12</sup>

Sin embargo, dado que las inconformidades frente a la notificación de acto administrativo en cuestión persistieron, el apoderado del señor Tomás Jaramillo Botero las puso de presente nuevamente en el recurso de reposición interpuesto con la resolución sancionatoria (fls. 290-303). No obstante, las mismas fueron resueltas en la Resolución No. 125-000887 de 8 de marzo de 2016, a través de la cual se decidió el medio de impugnación, en términos similares al acto recurrido.

---

<sup>12</sup> Se deja constancia que existe incongruencia entre lo argumentado por la Superintendencia de Sociedades en la Resolución No. 125-002526 de 24 de julio de 2015 y lo señalado en los alegatos de conclusión aportados al proceso de la referencia, respecto a la notificación personal del acto administrativo, a través del cual se dio apertura a la investigación administrativa al señor Tomás Jaramillo Botero. En efecto, mientras en el primero se afirma que dicha actuación se surtió de manera personal con el autorizado del apoderado del investigado, en sede judicial se sostuvo que la notificación se dio por aviso, con sustento en la certificación de 8 de febrero de 2013, expedida por el Coordinador del Grupo de Atención al Ciudadano de la entidad accionada.

Ahora bien, en el expediente administrativo aportado por la Superintendencia de Sociedades al proceso, no obran los soportes de la notificación por aviso referida en la certificación de 8 de febrero de 2013<sup>13</sup>, ni de la notificación personal que se anuncia en los actos sancionatorios<sup>14</sup>, por lo que, en principio, no existe claridad sobre la forma en que se realizó la notificación del acto administrativo a través del cual se inició la investigación administrativa al demandante.

No obstante, tal situación no tiene la capacidad de generar la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, habida cuenta que la misma no reviste de suficiente gravedad como para afectar el componente de audiencia y defensa del derecho al debido proceso del señor Tomás Jaramillo Botero.

Nótese que, si bien el accionante no presentó descargos, tuvo otras oportunidades para ejercer su derecho de contradicción. Así, por ejemplo, en los alegatos de conclusión presentados el 2 de septiembre de 2014, podía discutir las pruebas recaudadas, sin embargo, no lo efectuó.

Por otra parte, en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 125-002526 de 24 de julio de 2015, el apoderado del accionante esbozó los argumentos dirigidos a controvertir de forma sustancial los cargos que se le imputaron y la sanción en sí misma, argumentos que, a su vez fueron abordados y desestimados por la Superintendencia de Sociedades a la hora de resolver el medio de impugnación.

Adicionalmente, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 77 del C.P.A.C.A., con la interposición del recurso de reposición el señor Tomás Jaramillo Botero podía solicitar y aportar las pruebas que pretendiera hacer valer para sustentar su oposición a lo decidido inicialmente por la Superintendencia de Sociedades e inclusive para desvirtuar los medios probatorios en los que se fundó la decisión sancionatoria. Sin embargo, se abstuvo de hacerlo.

Por consiguiente, se reitera que no existió vulneración de los componentes de audiencia y defensa del derecho al debido proceso administrativo del señor Tomás Jaramillo Botero, como quiera que a lo largo del procedimiento sancionatorio tuvo a su disposición distintas etapas en las que pudo controvertir los cargos imputados y por los que fue sancionado. Incluso tuvo la posibilidad de presentar y/o pedir pruebas con las cuales soportar sus argumentos, lo cual como ya se dijo, no realizó por decisión propia y no porque la Superintendencia lo haya impedido.

Conforme a lo anterior, fuerza desestimar el primer cargo invocado en contra de los actos demandados.

**7.2.** ¿Incurrió la Superintendencia de Sociedades en el vicio de nulidad por falsa motivación de los actos administrativos demandados al dar por probado que el demandante tenía la posición de controlante de la sociedad Valores Incorporados S.A.S.?

---

<sup>13</sup> Únicamente obra la citación emitida a fin de que el señor Tomás Jaramillo Botero compareciera a notificarse y el aviso de notificación (fls. 16 y 22-23 expediente administrativo), sin embargo, no se aportó constancia de su entrega efectiva.

<sup>14</sup> Únicamente obra citación a fin de que el apoderado del señor Tomás Jaramillo Botero compareciera a notificarse y autorización de dicho apoderado al señor Gustavo Alfredo Churio para que se notificara personalmente de la Resolución No. 300-000488 de 22 de enero de 2013 (fls. 221 y 224 expediente administrativo), pero no hay constancia de la realización de dicho trámite.

Como sustento de este cargo de nulidad, la parte accionante afirmó que no existe prueba idónea de que Premium Capital Appreciation Fund B.V. tuviera el 99.9% participación accionaria en Andean Capital Markets S.A., ni de la fecha en que esta última adquirió el 82.51% de las acciones de Valores Incorporados S.A.S.

Adujo que Premium Capital Appreciation Fund B.V. es una institución de inversión colectiva y, por ende, los administradores o asesores no son los dueños, sino lo son sus inversionistas.

Expresó que la Superintendencia de Sociedades no aclaró de cuál Fondo era gerente Premium Capital Investment Advisor LTD, ni determinó la sociedad en la que supuestamente Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zárrate tenían acciones.

Señaló que Eclipse Management B.V., actuando como Director del Fondo Premium Capital Appreciation Fund B.V., removió del cargo de gerente de inversiones a Premium Capital Investment Advisors, lo que demuestra que la primer compañía en mención era quien ostentaba realmente el control del Fondo y no los accionistas.

Manifestó que no se encuentra probada la presunción de subordinación de que trata el parágrafo 1° del artículo 261 del Código de Comercio, porque el accionante no tenía más del 50% del poder de decisión de Valores Incorporados S.A.S.

Sostuvo que no se configuró ninguna de las situaciones de control previstas en los artículos 27 y 28 de la Ley 222 de 1995, esto es, por participación en el capital social, el externo o contractual o el derivado de las votaciones en las asambleas de socios o juntas generales.

Afirmó que, no existió acuerdo escrito entre el demandante y el señor Juan Carlos Ortiz Zárrate para adoptar decisiones estratégicas, financieras y operativas respecto de la sociedad Valores Incorporados S.A.S., tal como lo prevé la Sección 15 de Inversiones en Negocios Conjuntos de la Norma Internacional de Información Financiera para las PYMES versión 2009.

Indicó que, no se señaló en la resolución sancionatoria el cálculo para discriminar la sanción, ni la justificación del cargo en concreto que se aplica, aunado a que se sancionó dos veces por un mismo hecho, pues se castigó el presunto control ejercido tanto sobre Valores Incorporados S.A.S., como respecto de la empresa Rentafolio Bursátil y Financiero S.A.S.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades adujo que en la actuación administrativa estaban debidamente demostrados los supuestos que daban lugar a la situación de control y la falta de registro de ésta.

Ahora bien, una vez verificado el expediente de la actuación administrativa aportado por la Superintendencia de Sociedades, el Despacho encuentra que de acuerdo con la certificación expedida por el Representante Legal de Valores Incorporados S.A.S. el 20 de diciembre de 2006, para esa fecha, Andean Capital Markets S.A. tenía el 94.99% de participación de las acciones de Valores Incorporados S.A.S. (pág. 527, cd. fl. 41, expediente administrativo).

Luego, de conformidad con certificación posterior emitida por el Representante Legal de Valores Incorporados S.A.S. (pág. 29, cd. fl. 41, expediente administrativo), a partir del 1° de diciembre de 2008, Andean Capital Markets S.A. pasó a tener el

82.51% de participación accionaria de la primera sociedad. Dicho porcentaje de participación se mantuvo por lo menos hasta el 29 de noviembre de 2012, según certificación expedida en esa fecha por la revisora fiscal de Valores Incorporados S.A.S. (págs. 5-6, cd. fl. 55, expediente administrativo).

Con lo hasta aquí expuesto, es claro que, por lo menos, desde el 20 de diciembre de 2006 y hasta el 29 de noviembre de 2012, la sociedad Andean Capital Markets tuvo más del 50% del capital expresado en acciones de Valores Incorporados S.A.S., con lo que se configura una situación de control de la primera respecto a la segunda, de conformidad con el numeral del artículo 261 del Código de Comercio.

Ahora bien, para establecer la participación de Premium Capital Appreciation Fund B.V. en Andean Capital Markets, la Superintendencia de Sociedades se basó en los estados financieros consolidados de 2009, 2010 y 2011 del primer fondo en mención, aportados con la comunicación 2013-01-122563 de 18 de abril de 2013 por la contadora de Valores Incorporados S.A.S. (págs. 342, cd. fl. 55, expediente administrativo).

Según traducción realizada por la Superintendencia de Sociedades, el precitado documento señala que Premium Capital Appreciation Fund B.V. tenía una participación en el 99.95% del capital de Andean Capital Markets S.A.

Para reforzar la participación del Fondo en Andean Capital Markets S.A., la entidad accionada tuvo en cuenta los testimonios recaudados en sede administrativa, de los señores Natalia Zúñiga, Ricardo Emilio Martínez Gómez, Claudia Patricia Aristizábal González y Juan Andrés Tirado.

Para el Despacho dichas pruebas son idóneas para demostrar la participación superior al 50% de Premium Capital Appreciation Fund B.V. en el capital de Andean Capital Markets S.A., la cual supone una relación de subordinación entre estas dos empresas.

Cabe señalar que, el señor Tomás Jaramillo Botero no aportó elemento probatorio alguno tendiente a desvirtuar el referido documento, ni en la actuación administrativa que dio origen a la sanción que aquí se debate, ni en sede judicial. Es más, en el testimonio rendido por el señor Juan Carlos Ortiz Zárrate<sup>15</sup>, éste afirmó que, en su entender, la controlante directa de Valores Incorporados S.A.S. era la sociedad Andean Capital Markets, la cual a su vez era controlada por el Fondo Premium Capital Appreciation Fund.

De otra parte, debe traerse a colación que en la enmienda realizada a los estatutos de Premium Capital Appreciations Fund B.V. el 12 de junio de 2008 (págs. 35-58, cd. fl. 200, expediente administrativo), se determinó que dicha compañía estaría compuesta por dos clases de acciones: (i) unas denominadas acciones de inversionista -sin derecho a voto-; y, (ii) otras llamadas acciones de administración o de gestión -con derecho a voto-, las cuales ascendían a un total de 100.

Según certificación de expedida por Eclipse Management B.V., director de la compañía Premium Capital Appreciation Fund B.V., a partir del 12 de junio de 2008

---

<sup>15</sup> Minuto 08:39 a 26:22, audiencia de pruebas de 18 de septiembre de 2019 (cd. fl. 226). "(...) **Preguntado:** ¿era usted señor Juan Carlos controlante de la sociedad Valores Incorporados S.A.S.? **Respondió:** no, no era controlante, entiendo que la controlante directa de esta sociedad era la sociedad Andean Capital Markets sociedad que a su vez era controlada por el Fondo Premium Capital Appreciation Fund a través de su gerente y representante legal Eric Andersen (...)".

el señor Tomás Jaramillo Botero adquirió 50 acciones de gestión y las otras 50 restantes las adquirió el señor Juan Carlos Ortiz Zarrate el 12 de junio de 2007, conservando cada uno el 50% del balance de las acciones de gestión (págs. 80-81, cd. fl. 66, expediente administrativo).

De conformidad con los estatutos, el Fondo Premium Capital Appreciations Fund B.V. debía contar con un Director y un Gerente de Inversiones. Del acuerdo para el nombramiento de directores de 28 de febrero de 2008, se desprende que la compañía Eclipse Management B.V. fue elegida como Director y que Premium Capital Investment Advisors LTD era el Gerente de Inversión (págs. 59-66, cd. fl. 200, expediente administrativo).

El nombramiento del Gerente de Inversión fue ratificado en el documento "Acuerdo de gestión de inversión" de 14 de septiembre de 2011 (págs. 70-76, cd. fl. 200, expediente administrativo). Sin embargo, en reunión de inversionistas de Premium Capital Appreciation Fund B.V. celebrada el 12 de diciembre de 2012, se puso de presente que, desde el 26 de noviembre de 2012, la sociedad Premium Capital Investment Advisors LTD ya no fungía como gerente de inversión del fondo (fls. 1-14, expediente administrativo).

En certificación emitida el 7 de mayo de 2013, por el Director Ejecutivo de Premium Capital Investment Advisors LTD, éste hizo constar que, desde el 27 de septiembre de 2006, los señores Tomás Jaramillo y Juan Ortiz fungieron como accionistas de la sociedad, cada uno con una participación del 50% (fl. 107 vto., cuaderno anexo)<sup>16</sup>.

Dichas situaciones en relación con las entidades que ostentaban los cargos de Director y Gerente de Inversión del fondo Premium Capital Appreciation Fund B.V., así como la participación del accionante y el señor Juan Carlos Ortiz Zarrate en Premium Capital Investment Advisors LTD, quedaron claramente establecidas en los actos demandados.

Ahora, con arreglo a los artículos 9 y 23 de los estatutos de Premium Capital Appreciations Fund B.V., respectivamente, el Director era el encargado de la gestión de la compañía y le correspondía al Gerente de Inversión: a) seleccionar las oportunidades de inversión para el Fondo e invertir los activos del Fondo en las oportunidades de tal manera que sean seleccionadas dentro de las restricciones de los objetivos, las políticas y restricciones de las inversiones según sean determinadas por la Junta Administradora; b) periódicamente revisar todas las inversiones realizadas por el Fondo para monitorear el cumplimiento con las restricciones de inversión antes mencionadas; c) prestarle al Fondo servicios de consultoría relacionadas con las inversiones, incluyendo los créditos relevantes y el análisis de las tendencias de inversión globales; y, d) prestar servicios estadísticos ocasionales, tal como sean acordados mutuamente por las partes.

Sin embargo, en atención a lo previsto en la enmienda a los estatutos realizada el 12 de junio de 2008 (págs. 35-58, cd. fl. 200, expediente administrativo), las decisiones más trascendentales del Fondo Premium Capital Appreciations Fund B.V. estaban reservadas para los accionistas administrativos<sup>17</sup> e inclusive las

---

<sup>16</sup> Así lo referencia igualmente el testigo Juan Carlos Ortiz Zarrate en su deposición: "**Preguntado:** ¿era usted socio de la sociedad Premium Investment Advisors LTD con domicilio en curazao? **Respondió:** (...) de esta sociedad si yo fui socio con el 50% de sus acciones y el otro socio era el señor Tomás Jaramillo Botero con el otro 50% de las acciones de esa sociedad que es diferente al fondo premium".

<sup>17</sup> Entre éstas: (i) Designar a sus directores, las condiciones para su nombramiento, el paquete de remuneración de cada Director y la potestad de suspensión o despido de los mismos (numerales 2 y 3 del artículo 9 y numeral 1 del artículo 10), téngase en cuenta que la Junta Directiva estaba



actuaciones del gerente de inversiones estaban supeditadas a los intereses de los accionistas.

Así, por ejemplo, los señores Tomás Jaramillo y Juan Carlos Ortiz Zarrate, actuando como accionistas con derecho a voto del fondo Premium Capital Appreciations Fund B.V., otorgaron poder al Director de esa sociedad para votar cada uno 50 acciones en las asambleas generales anuales de la compañía de 11 de noviembre de 2010 (págs. 26 y 28, cd. fl. 66, expediente administrativo), 31 de agosto de 2009 (págs. 19 y 21, cd. fl. 66, expediente administrativo), y 29 de junio de 2012 (fls. 116 vto.-117, expediente administrativo), ambos en los siguientes términos:

1. Aprobar los estados financieros del año fiscal 2008 y 2011, respectivamente.
2. Aprobar la transferencia de pérdidas netas.
3. Aprobar la continuación de la firma Ernts & Young como contadores independientes de la compañía.
4. Aprobar la continuación de Eclipse Management B.V. como Director de la Compañía.

Estas facultades, efectivamente se materializaron en la Asamblea anual siendo aprobadas todas estas decisiones (págs. 16-17, 23-24 y 30-32, cd. fl. 66, expediente administrativo).

En ese orden de ideas, si bien (i) los accionistas de inversión del fondo Premium Capital Appreciation Fund B.V. pudieron ser los propietarios de éste; y, (ii) la compañía Eclipse Management B.V. fungía como su director; resultó demostrado que los señores Juan Carlos Ortiz Zárrate y Tomás Jaramillo poseían cada uno el 50% del balance de las acciones de administración del precitado Fondo.

Igualmente, está acreditado que, con ocasión de la facultad que les otorgaba dichas acciones, los señores Ortiz Zárrate y Jaramillo Botero eran quienes tomaban las decisiones más trascendentales del fondo Premium Capital Appreciation Fund B.V., entre las cuales se encontraba el nombramiento, suspensión y remoción de sus órganos sociales y el Director.

Quiere decir lo anterior que, cualquier decisión que se tomara al interior de la sociedad debía ser aprobada por ellos, configurándose una situación de control directa por parte de dichos accionistas sobre Premium Capital Appreciations Fund B.V., conforme al parágrafo 1° del artículo 261 del Código de Comercio.

Nótese además que los señores Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo eran los accionistas del gestor de inversiones de Premium Capital Appreciation Fund B.V. - Premium Capital Investment Advisors LTD-, cada uno con una participación del 50% y, por tanto, a través de éste tomaban las decisiones financieras al interior del fondo, situación que cesó el 26 de noviembre de 2012, fecha en la cual la mencionada sociedad dejó de ejercer tal calidad.

De lo anterior se puede concluir que, dado que Tomás Jaramillo y Juan Carlos Ortiz Zárrate ejercían control sobre Premium Capital Appreciation Fund B.V. y que, dicho fondo a su vez era el partícipe mayoritario de Andean Capital Markets S.A., los mencionados señores también ejercían control sobre esta última sociedad.

---

conformada por el Director o Directores designados por dichos accionistas; (ii) Decidir establecer o remover el Consejo de Vigilancia y nombrar, suspender o remover sus directores (art. 14), se advierte que el Consejo de Vigilancia era el encargado, entre otras, de supervisar la gestión de la Junta Directiva y la realización general de los negocios de la compañía.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, en concordancia con el parágrafo 1 ídem, se encuentra probado el control indirecto que éstos también ejercían sobre la sociedad Valores Incorporados S.A.S., pues Andean Capital Markets tenía una participación del 82.5% en ésta.

Cabe recordar que, para establecer la situación de control, no era necesario que el actor contara o tuviera directamente en Valores Incorporados S.A.S. (i) más del 50% de las acciones; (ii) el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea; (iii) el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva; y/ o, (iv) influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Lo anterior, en la medida que la Superintendencia de Sociedades no endilgó un control directo por parte del señor Tomás Jaramillo Botero sobre Valores Incorporados S.A.S., sino el que puede presentarse de manera indirecta por intermedio o con el concurso de las subordinadas del controlante.

Por otra parte, el Despacho advierte que la parte actora aduce que no se demostró el control conjunto, dado que no existió acuerdo escrito entre el demandante y el señor Juan Carlos Ortiz Zarrate para adoptar decisiones estratégicas, financieras y operativas respecto de la sociedad Valores Incorporados S.A.S., tal como lo prevé la Sección 15 de Inversiones en Negocios Conjuntos de la Norma Internacional de Información Financiera para las PYMES versión 2009.

Sobre el particular, en primer lugar, cabe señalar que los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio no exigen la existencia de un acuerdo contractual escrito para la configuración de la situación de control conjunto, sin que para el caso concreto sea posible acudir a la norma internacional aducida por el actor, como quiera que ésta fue implementada en Colombia a través del Decreto 3022 de 27 de diciembre de 2013<sup>18</sup>, esto es, con posterioridad a la situación de control que tuvo lugar entre el 12 de junio de 2008 y el 26 de noviembre de 2012.

En ese orden, resulta del caso acudir a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el marco de la cual, los siguientes supuestos demostrados dentro del expediente, dejan clara la intensión de los señores Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zarrate de actuar como grupo, al igual que la unidad de propósito en el manejo de sus subordinadas y la falta de independencia entre las sociedades sobre las cuales ejercían control. Así las cosas, se encuentra demostrado lo siguiente:

- (i) La participación conjunta como accionistas mayoritarios de la empresa Premium Capital Investment Advisors LTD, sociedad que ejerció como Gerente de Inversión del fondo Premium Capital Appreciation Fund B.V. y que, en virtud de tal relación contractual, era quien tomaba decisiones financieras de dicho fondo;

---

<sup>18</sup> A través del cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo reglamentó el marco técnico normativo para los preparadores de información financiera que conforman el Grupo 2, en aplicación de la Ley 1314 de 2009 "por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento".

- (ii) Como accionistas mayoritarios de las acciones de gestión de Premium Capital Appreciations Fund B.V. tomaban las decisiones más trascendentes del fondo actuando en bloque en los órganos sociales del mismo.

Resuelto lo anterior, cabe señalar que, contrario a lo afirmado por la parte actora, en los actos administrativos demandados si se justificó ampliamente el cargo que dio lugar a la sanción, esto es, la no inscripción de la situación de control societario respecto de Valores Incorporados S.A.S.

De igual manera, allí se plasmaron claramente los fundamentos que dieron lugar al monto de la sanción, así:

Resolución No. 125-002526 de 24 de julio de 2015:

*“(...) Teniendo en cuenta que los controlantes no cumplieron con esta obligación señalada en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 y con fundamento en la facultad sancionatoria consagrada en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995 (...), este Despacho procederá a imponer las respectivas multas a los controlantes.*

*Es preciso considerar que la revelación del control es una obligación de gran importancia y que precisamente uno de los pilares del gobierno corporativo es la transparencia en la información, que garantiza al eventual inversionista el conocimiento adecuado para tomar la mejor decisión de negocio”.*

Resolución 125-000687 de 8 de marzo de 2016:

*“(...) Así pues, la multa fue impuesta en razón de la falta de transparencia por parte de JUAN CARLOS ORTIZ ZÁRRATE y TOMÁS JARAMILLO BOTERO en la revelación de la situación de control en un periodo de tiempo de más de cuatro años, por lo que no se hizo pública, una información que por exigencia legal debe tener esta condición. Al respecto, es preciso considerar además el gran impacto de esta revelación precisamente por los vínculos evidentes con la afectación a las víctimas del Fondo Premium, ampliamente divulgada en los medios de comunicación.*

*Por otra parte, no se consideró viable una rebaja en el valor de la multa, toda vez que no se presentó una situación que permitiera atenuar la sanción, como podría serlo una aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.”*

Finalmente, frente al argumento relacionado con una doble sanción por un mismo hecho, en el expediente no obra prueba de que el accionante haya sido sancionado también por el control ejercido sobre la sociedad Rentafolio Bursátil y Financiero S.A.S. En todo caso, se reitera que, el fin de la inscripción de las situaciones de control es dar publicidad a terceros, por lo que debe realizarse tal acción para que conste en el registro mercantil de cada sociedad.

En ese orden, la conducta que la Superintendencia de Sociedades le endilgó al señor Tomás Jaramillo Botero respecto de Valores Incorporados S.A.S., constituye una infracción independiente, la cual fue correctamente sancionada como tal.

En suma, la parte demandante no acreditó la configuración de la causal de nulidad por falsa motivación de los actos enjuiciados, por lo que igualmente se desestima el cargo formulado en tal sentido.

**7.3.** ¿Incurrió la Superintendencia de Sociedades en el vicio de nulidad por aplicación indebida de las normas en que debían fundarse los actos administrativos demandados por aplicación indebida del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, al exigirle al demandante, como persona natural, inscribir la posición de control que se le imputó?

En este punto basta con señalar que, tal como se explicó en el marco normativo y jurisprudencial, de la lectura integral de las normas que regulan las situaciones de control societario se desprende que, así como las personas naturales o jurídicas que de índole no societario pueden ejercer posición de control sobre otra que sí lo es, también les asiste el deber de registrar dicha situación en el registro mercantil.

Lo anterior, en virtud a que como lo ha señalado el Superior Funcional<sup>19</sup>, la consecuencia lógica e ineludible de ejercer control sobre una o varias sociedades, es la inscripción de dicha situación ante el organismo competente, a fin de que tal circunstancia se pueda conocer públicamente y los actos del controlante, persona natural o jurídica, estén a la vista de los órganos estatales que ejercen las funciones de control, inspección y vigilancia.

Conforme a lo anterior, se desestima el cargo formulado.

## **8. CONDENA EN COSTAS**

En cuanto a la condena en costas, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, frente a lo cual este Despacho entiende, que la obligación que se impone por parte de la norma únicamente está dada a que se lleve a cabo un análisis para establecer si procede o no una condena en tal sentido.

Así las cosas, acogiendo el criterio planteado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>20</sup>, se tiene que el artículo 103 del C.P.A.C.A. dispone que uno de los fines de los procesos que se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, la ley y la preservación del orden jurídico, motivo por el cual, para que proceda una condena en costas, no es posible tener únicamente el criterio de ser parte vencida en el proceso, sino que además deberán consultarse criterios que permitan evidenciar que en todo caso, se acudió a la jurisdicción sin motivos suficientes para ello.

---

<sup>19</sup> Sentencia de 1° de julio de 2004. Expediente No.: 2002-00486. M.P. Dr. Willam Giraldo Giraldo. "(...) la diferenciación hecha por el apoderado en el sentido de que la persona natural si puede ejercer control a las luces del artículo 261, pero no se le puede obligar a la inscripción en el registro mercantil -como lo indica el artículo 30- no es coherente, porque la consecuencia lógica e ineludible de ejercer control sobre una o varias sociedades, como la ley claramente lo indica, es la inscripción de dicha situación ante el organismo competente, a fin de que esta situación se pueda conocer públicamente y los actos del controlante, persona natural o jurídica, raigan (sic) bajo la órbita de la función de policía administrativa propia de los órganos estatales de control."

<sup>20</sup> Consultar sentencia de 30 de enero de 2019 proferida dentro del proceso No. 11001333603620150001502. M.P. María Cristina Quintero Facundo.

Sumado a esto, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>21</sup>, en el expediente no aparecieron causados y probados los gastos en que pudo incurrir la parte demandada con ocasión de su defensa<sup>22</sup>.

Por lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

### FALLA

**PRIMERO:** **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la parte motiva del presente fallo.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente que hubiese a su favor, previa liquidación por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

**CUARTO:** Ejecutoriada la Sentencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**LALO ENRIQUE OLARTE RINCÓN**  
Juez

LGBA

<sup>21</sup> "Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: ... 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

<sup>22</sup> Al respecto, véanse las siguientes sentencias del Consejo de Estado: **1.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160), Actor: Drummond Ltda., Demandado: Municipio de Becerril del Campo – Cesar, **2.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., cinco (05) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01278-00(REV.), Actor: Margélica de Jesús Vda. de Parra, Demandado: Municipio de Quibdó – Chocó y **3.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sala 27 especial de decisión, Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, Bogotá D. C., tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV), Recurrente: Carlos Ossa Escobar (Q.E.P.D.), Accionado: La Nación – Contraloría General de la República.