



Al contestar cite el No. 2024-01-277337

Tipo: Salida Fecha: 23/04/2024 02:06:03 PM
Trámite: 95042 - RECURSO DE APELACION
Sociedad: 860006333 - YARA COLOMBIA SA Exp. 2241
Remitente: 200 - DELEGATURA DE ASUNTOS ECONOMICOS Y SO
Destino: 515 - GRUPO DE NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS
Folios: 16 Anexos: NO
Tipo Documental: RESOLUCION Consecutivo: 200-007118

Versión Pública

RESOLUCIÓN

Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución n.º 240-000890 del 16 de febrero de 2024

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIETARIOS

En uso de sus atribuciones legales y en especial, las previstas en el numeral segundo del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 y ss., el numeral 20.14 de la Resolución No. 100-001881 del 10 de febrero de 2022 de la Superintendencia de Sociedades y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. – COMPETENCIA DE LA ENTIDAD.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 82, 83, 84 y 86 numeral 3º de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades (en adelante: la "Superintendencia" o la "Entidad") es competente para adelantar y llevar hasta su terminación el presente procedimiento administrativo sancionatorio por la vulneración de lo dispuesto en la Circular Externa Capítulo n.º 100-000011 del 9 de agosto de 2021 (en adelante: "Capítulo XIII"), por parte de **YARA COLOMBIA S. A**, identificada con NIT: 860.006.333 (en adelante, "la Sociedad" o "YARA", o "la Compañía").

SEGUNDO. – ANTECEDENTES.

2.1. Mediante oficio 240-251485 del seis (6) de octubre de 2023, la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Sociedades comunicó al representante legal de la compañía la existencia de méritos para iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio en los términos del numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

2.2. A través de la Resolución n.º 240 – 012531 del veinticuatro (24) de octubre de 2023, la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura de una investigación administrativa y la formulación de cargos en contra de la compañía.

2.3. El veintisiete (27) de noviembre de 2023, el [REDACTED], apoderado especial de la Compañía presentó escrito de descargos

por medio de los documentos radicados con los consecutivos: 2023-01-963364 y 2023-01-962439, dentro del término del traslado.

2.4. Mediante la Resolución n.º 240-000220 del quince (15) de diciembre de 2023, la Dirección de Cumplimiento dispuso decretar las probanzas que obran en el expediente y dar traslado para alegar de conclusión en los términos del artículo 48 de la Ley 1437 de 2011.

2.5. Vencido el término del traslado, la Sociedad alegó de conclusión en los términos del escrito radicado bajo el número: 2023-01-004471 del cuatro (04) de enero de 2024.

2.6. Mediante la Resolución n.º 240-000890 del dieciséis (16) de febrero de 2024 (en adelante "la Resolución"), la Dirección de Cumplimiento impuso una sanción consistente en multas a la Sociedad por haber incumplido las órdenes impartidas por esta Entidad de supervisión societaria a través del Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica.

2.7. La Resolución fue notificada el veinte (20) de febrero de 2024 términos del acta de envío y entrega de correo certificado obrante en el expediente¹.

2.8. Mediante escrito presentado bajo el número de radicado:2024-01-107925 y 2024-01-111405 del cinco (05) de marzo de 2024, el apoderado especial de la Sociedad interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución.

2.9. A través de la Resolución n.º240-006532 del veintidós (22) de marzo de 2024, la Dirección de Cumplimiento resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad confirmando en todas sus partes la Resolución y concediendo el recurso de apelación ante la instancia superior.

TERCERO. – CONSIDERACIONES PARA MEJOR RESOLVER.

La presente decisión se sujetará a: (i) la descripción de la competencia del Superintendente Delegado de Asuntos Económicos y Societarios; (ii) al examen de la legitimidad y oportunidad para la presentación del Recurso; (iii), la supervisión societaria en materia de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial y; (iv) exposición y análisis de los argumentos presentados en el medio impugnatorio.

3.1. Competencia del Superintendente Delegado de Asuntos Económicos y Societarios.

En uso de sus facultades legales y reglamentarias y, en particular, de acuerdo con los artículos 82, 84 y 86 de la Ley 222 de 1995, el numeral 31 del artículo

¹ Vid. ID 353087 - acta de envío y entrega de correo certificado expedida por la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A 472.

14 del Decreto 1736 de 2020, modificado por el artículo 6 del Decreto 1380 de 2021, los artículos 20.14 y 20.27 de la Resolución No. 100-0011881, el artículo 10.7 de la Resolución 100-001882, ambas del 10 de febrero de 2022, y el artículo 74 numeral 2° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante el "CPACA"), el Superintendente Delegado de Asuntos Económicos y Societarios, es competente para decidir el Recurso de apelación que aquí se trata.

3.2. Sobre la legitimidad y oportunidad para la interposición del Recurso.

Esta Entidad verificó los requisitos legales del recurso de apelación exigidos en los artículos 76 y 77 del CPACA en lo relativo a la oportunidad y presentación, encontrándolos debidamente acreditados. Sobre este aspecto se constató que: i) la Sociedad interpuso el Recurso por intermedio de su apoderado especial debidamente constituido y; ii) que la Sociedad interpuso el Recurso de apelación dentro del término, es decir, durante los diez (10) días siguientes a la notificación del acto recurrido.

3.3. Supervisión societaria en materia de prevención de riesgos de Corrupción/Soborno Transnacional.

Considera esta instancia administrativa de alzada relevante y conveniente, realizar algunas consideraciones respecto de la importancia capital que tiene para la Superintendencia de Sociedades el ejercicio de la facultad de supervisión en materia de prevención del riesgo de corrupción/soborno transnacional (en adelante "riesgo C/ST"), en procura de la adecuada tutela al orden público económico y en cumplimiento estricto a los deberes misionales, las normas jurídicas sustanciales y las disposiciones de derecho internacional público, tanto de *hard law* como de *soft law*, que conminan a los Estados a prevenir y luchar contra estos flagelos.

Así pues, no solo se advierte la necesidad de supervisar el cumplimiento del régimen de autocontrol y gestión del riesgo de soborno transnacional y corrupción y sancionar su incumplimiento, sino que lo descrito en este acápite busca ser, en sí mismo, una forma de prevención específica que pueda concienciar a la Sociedad sobre la relevancia de acatar los postulados del Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica a fin de precaver futuros incumplimientos, pues, entiende esta Delegatura, los actos administrativos son una forma de instruir a los administrados, precaver futuros incumplimientos y son el medio por excelencia de manifestar la voluntad de la administración.

La prevención en materia de riesgos asociados a la corrupción y riesgos de soborno transnacional cuyo propósito es luchar contra posibles conductas que distorsionan los resultados eficientes y efectivos de las actividades económicas y servir de catalizador para la prevención de ilícitos y aumento de la

transparencia e integridad como valores centrales de la buena gobernanza, ha cobrado especial relevancia en el derecho comparado. Ello ha sido evidente en la cantidad creciente de diferentes instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que buscan promover, allende las fronteras de los Estados, estándares y criterios sólidos que conminen a las autoridades de supervisión a luchar efectivamente contra conductas reprochadas por diferentes legisladores y por el Derecho de Gentes².

Dicho lo anterior, en procura de estar a la vanguardia en materia de prevención riesgos asociados a la corrupción y riesgos de soborno transnacional, el Estado colombiano, miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y específicamente, la Superintendencia de Sociedades, Entidad técnica delegataria de las funciones constitucionales de Inspección, Vigilancia y Control en materia societaria, ha implementado una serie de actividades e instrucciones administrativas tendientes a incrementar la cultura ética, la transparencia y la legalidad en las personas jurídicas de derecho mercantil.

Así las cosas, el capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica, no es solamente una política de optativa aplicación, contrario a ello, es la manifestación concreta de la política de supervisión en materia de prevención de riesgos asociados a la corrupción y riesgos de soborno transnacional con raigambre en el derecho internacional público, en la Ley 1778 de 2016³ y el Decreto 1736 de 2020⁴.

La Superintendencia de Sociedades ha identificado que una de las contingencias a las que están expuestas las sociedades sujetas a su inspección, vigilancia y control, está en la probabilidad de que sean utilizadas en actividades reprochadas por el derecho administrativo sancionador y fenómenos potencialmente ilícitos que generan consecuencias negativas para la economía del país y para las empresas del sector real, que se pueden traducir en el acaecimiento de riesgos operacionales, legales, reputacionales, de contagio y de mercado, entre otros, lo que puede afectar su buen nombre, su competitividad, su productividad y su perdurabilidad.

² Desde la década de los setenta, en varios países de América Latina se ha venido adoptando una serie de instrumentos internacionales de derecho duro, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (1997), la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, (1997) o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004).

³ Artículo 23. Programas de ética empresarial. La Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras sujetas a su supervisión, la adopción de programas de transparencia y ética empresarial que incluyan mecanismos y normas internas de auditoría y mecanismos de prevención de las conductas señaladas en el Artículo 2º de la presente Ley.

La Superintendencia determinará el contenido de los programas de transparencia y ética empresarial, las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras sujetas a esta obligación, teniendo en cuenta criterios tales como el sector, los riesgos del mismo, el monto de los activos, ingresos, el número de empleados y objeto social.

⁴ Artículo 7. Numeral 28. Instruir, en la forma que lo determine, a entidades sujetas a su supervisión sobre las medidas que deben adoptar para promover la transparencia y ética empresarial en sus prácticas de negocios para contar con mecanismos internos de prevención de actos de corrupción (...).

En tal sentido, por cumplir con los requisitos objetivos establecidos en el Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades⁵, **YARA** estaba obligada a implementar cabalmente sus disposiciones y poner en marcha un Programa de Transparencia y Ética Empresarial (PTEE), en la forma, detalle y términos dados por la Superintendencia de Sociedades a través de actividades de autocontrol y gestión de los riesgos de corrupción y riesgos de soborno transnacional inherentes a su operación como persona jurídica diferente a su matriz o controlante.

3.4. Sobre los argumentos presentados en el Recurso.

Tal como se indicó en los antecedentes del presente acto administrativo, la Dirección de Cumplimiento impuso una sanción a la Sociedad mediante la Resolución, por haber incumplido el Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica; en tanto: i) la Sociedad no tuvo en cuenta los procedimientos de diseño y aprobación señalados en el numeral 5.1.1 y subsiguientes del Capítulo XIII, ii) la Sociedad no cuenta con los procesos de debida diligencia enfocados a la identificación y evaluación de riesgos de ST y; iii) la Sociedad no evaluó, identificó ni controló el riesgo de C/ST en los términos descritos en los numerales 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del precitado capítulo.

Para fundamentar el recurso, el apoderado de la Compañía presentó los siguientes argumentos, solicitando se repongan los artículos primero, tercero y cuarto de la Resolución y se proceda con la disminución de la sanción impuesta.

En caso de no acceder a las solicitudes en sede de reposición, solicita la concesión del recurso de apelación⁶.

3.4.1. la Sanción impuesta viola el principio de proporcionalidad.

De acuerdo con el recurrente, la sanción impuesta en la Resolución transgrede el principio a que hace referencia el artículo 44 del CPACA, en la medida en que considera que resulta desproporcional frente a la falta cometida "a pesar de que las circunstancias particulares del caso demuestran la ocurrencia únicamente de infracciones puramente formales"⁷.

Por otra parte, indica que la sanción resulta desproporcionada si se tienen en cuenta otras sanciones impuestas por esta Superintendencia en casos recientes por incumplimientos similares.

Sobre este particular, resalta que, en casos similares fallados en 2023, la Superintendencia de Sociedades ha considerado multas significativamente menores. Pone de presente la multa impuesta a la Sociedad "Constructora

⁵ Vid. Folios 10 y 11 de la Resolución 240-012531 del 24 de octubre de 2023.

⁶ Vid. Folios 1 y 2 del radicado: 2024-01-107925.

⁷ *Ibidem*.

MECO⁸”, en la que la Dirección de Cumplimiento impuso una multa contra la citada compañía por transgresiones al Capítulo X de la Circular Básica Jurídica (SAGRILAF) por valor de \$34.203.600, que posteriormente fuere reducida en reposición a \$30.403.200.

En sentido similar, aduce el recurrente que otra sanción del 2023, esta vez impuesta en contra de “Infraestructura MECO”, la Dirección de Cumplimiento le impuso a aquella sociedad una única multa por valor de \$50.165.280, reducida en sede de reposición a la cifra de \$41.804.400.

Dicho lo anterior se considera que, en comparación con las multas impuestas a YARA, se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad sancionaría y el principio de igualdad.

3.4.2. La sanción no tuvo en cuenta todos los criterios de graduación.

Sobre este particular, se arguye que la sanción impuesta en la Resolución desconoce varios criterios de graduación de la sanción como el no haber causado daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados (numeral 1 del artículo 50 del CPACA).

Aunado a lo anterior, se indica que las probanzas obrantes en el expediente dan cuenta que la compañía cumple con todos los requisitos señalados en el Capítulo XIII. Por demás, realiza especial hincapié en el hecho de que la compañía si contaba con diversos sistemas de prevención de riesgo C/ST, visibles en las pruebas allegadas al proceso y con una matriz de riesgos que incluía los riesgos de la Sociedad en Colombia.

Repara el hecho de que si bien la matriz estuviera en ingles ello es una infracción “puramente formal”, pero en ningún caso transgrede el interés jurídico tutelado.

Finalmente, aduce que no hubo en este caso renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por esta autoridad en el Capítulo XII, lo cual constituye una causal de graduación de la sanción en os términos del numeral 7 del artículo 50 del CPACA y echa de menos la circunstancia de que la compañía procediera en tiempo record a subsanar sus falencias en el PTEE, conforme lo requerido por esta Entidad fiscalizadora.

4. Análisis de los argumentos presentados en el Recurso.

A continuación, se abordará el análisis de los argumentos indicados en el Recurso y las tesis que los sustentan, en el mismo orden en el que fueron presentados.

4.1. Sobre: “la Sanción impuesta viola el principio de proporcionalidad”.

⁸ Cfr. Resolución 2023-01-471894

De acuerdo con el apoderado de la Sociedad, la Resolución recurrida vulnera los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en la medida en que las trasgresiones el Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica no se compadecen con el *quantum* de la sanción.

Aunado a lo anterior, considera que esta Superintendencia ha impuesto sanciones muchísimo menores a otras compañías en casos recientes y respecto de incumplimiento similares, lo que transgrede el principio de igualdad.

En primer lugar, para el suscrito Superintendente Delegado, el marco de las competencias de las entidades de inspección, vigilancia y control, erige una actividad permanente que busca un fin, que en nuestro caso es la preservación del orden público económico, para lo cual el Estado puede restringir e intervenir utilizando los medios que considere idóneos para ello. Esa actividad es el denominado poder de policía administrativa.

La Administración Pública, siempre que esté dentro del marco jurídico, puede adelantar todas aquellas gestiones que le permitan la consecución de los fines estatales y de los asuntos de la res pública, procurando el interés general.

De lo anterior, resulta jurídicamente válido el ejercicio de medidas represivas que se traduzcan en el cumplimiento coercitivo del ordenamiento jurídico, es de allí donde deriva justamente la autoprotección del Estado Social de Derecho.

Dicho lo anterior, cuando el Estado da cuenta de conductas o circunstancias contrarias al ordenamiento y a los bienes tutelados por éste no es optativo actuar para subsanar esas conductas contrarias a derecho, es un deber intervenir inmediatamente mediante el ejercicio legítimo del poder de policía administrativo.

Realizada la anterior precisión, téngase en cuenta el marco que delimitó el legislador para la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades, en este punto, el artículo 86 de la Ley 222 de 1995 en su numeral 3º establece un marco al cual debe sujetarse la Superintendencia de Sociedades para imponer sanciones por el incumplimiento de sus órdenes, la ley o los estatutos. Así las cosas, una sanción puede llegar hasta el equivalente de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes por cargo formulado.

Sobre el particular, lo primero que hay que decir es que los montos que se impusieron como sanción correspondiente a cada uno de los cargos formulados en contra de la Compañía se encontraron dentro de los topes establecidos por el legislador mercantil de 1995, de tal suerte que no se hayan transgredido esos marcos de la potestad sancionatoria y la sanción no resulte desproporcionada.

En el ordenamiento jurídico colombiano el Legislador se encuentra facultado para tipificar los comportamientos en el sistema de *numerus apertus*⁹, con el claro límite de que la norma sancionatoria no puede ser completamente indeterminada, circunstancia que no acontece en este caso concreto.

Si el legislador fija criterios objetivos que permiten a la administración concretar su facultad sancionatoria, aquella se encuentra obligada a estarse a dichos criterios, como es evidente.

En esa medida, ante la constatación del incumplimiento a las ordenes proferidas por esta Entidad fiscalizadora a que hacen referencia cada uno de los cargos por los que fue sancionada la Compañía, la dosimetría sancionatoria realizada en sede de la Dirección de Cumplimiento debía estarse a los límites impuestos por el numeral 3 del artículo 86 de la ley 222 de 1995 relativos a los 200SMLMV por cargo formulado.

Amén de lo anterior, esta instancia administrativa de alzada pudo dar cuenta que los montos a los que ascienden las sanciones impuestas en contra de la compañía corresponden a dos cargos por valor de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), que representan 36,8188 SMMLV, cada uno, cifras que en todo caso son respetuosas del límite de 200 SMLMV fijado por el numeral tercero del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

Por demás, téngase en cuenta que las sanciones impuestas (**y reconocidas por la compañía en el allanamiento a cargos realizado en los descargos**), lo fueron en la medida en que la Dirección de Cumplimiento ha dado cuenta de incumplimientos no menores que deviene palmario recordar, vale decir:

- (i) De acuerdo con las probanzas obrantes en el expediente, específicamente aquellas a que hacen referencia los radicados: 2023-01-687214 y 2023-01-690480, la compañía contaba con un programa de transparencia regulado mediante una normativa anterior y actualmente derogado, es decir, que no se acompañaba con las disposiciones vigentes del actual Capítulo XIII.

Ahora bien, de acuerdo con lo relacionado en el Acta 657 de la Junta directiva de la compañía obrante en el expediente, se pudo dar cuenta que dicho cuerpo colegiado aprobó un PEE – es decir el programa de ética empresarial anterior al que actualmente rige en Colombia.

⁹ De acuerdo con la Sentencia C-699 de 2015, “ante la imposibilidad de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas, el legislador sancionatorio está facultado para tipificar las conductas en el sistema ‘numerus apertus’, sin que en ningún caso pueda permitir que el grado de oscilación de la norma sancionatoria sea completamente indeterminado”. Y continúa, “[d]e ese modo se consigue que las normas que se valen de la estructura ‘numerus apertus’ sean suficientemente dúctiles, a través del carácter impreciso de su enunciado, sin dejar de indicar aquello que es esencial. La función del concepto indeterminado es, precisamente, expresar lo que el legislador desconoce en el momento de dictar la ley”.

De suyo es concluir entonces que la compañía en efecto **carecía de un Programa de Transparencia y Ética Empresarial acorde con la normativa vigente** y en donde se echa de menos el enfoque y tratamiento dado a los riesgos de Soborno Trasnacional.

- (ii) Dada la falta de cumplimiento con la normativa vigente, la compañía carecía de políticas que **hicieran frente a remuneraciones y pagos de comisiones a empleados, asociados y contratistas** y los sistemas de control y **auditorias no describían obligaciones y actividades relacionados con trasferencias de dinero u otros bienes entre la Sociedad y sus subordinadas** y las demás carencias descritas a folios 18 y 19 de la Resolución 240-006532.
- (iii) Una vez verificados los canales de acceso a los canales de denuncia de la compañía, se observó la imposibilidad de acceso a la línea ética, entre otros yerros, que valga decir, **no resultan menores pues impiden la correcta ejecución de un programa de Transparencia y ética Empresarial en los términos ordenados por esta Superintendencia.**

Colofón de lo anterior, este Despacho considera que no se ha transgredido el principio de proporcionalidad, habida cuenta que los montos por los cuales fue sancionada la compañía se encuentran dentro de los topes establecidos por el legislador mercantil de 1995 y, respecto de las infracciones administrativas se tuvieron en cuenta varios criterios de graduación de la sanción.

Por demás recuérdese que la alegada trasgresión al principio de igualdad que aduce el censor, trae al debate unos casos fallados en sede de Cumplimiento en donde la citada dependencia dispuso sancionar administrativamente a dos sociedades por transgresiones a las disposiciones relativas a SAGRILAF, que, dicho sea, es un régimen diferente de ordenes administrativas respecto de las cuales no se realizó juicio de reproche en el procedimiento que nos convoca.

En razón de lo anterior, no puede pasarse por alto que las normas transgredidas en uno y otro caso son diferentes, como lo fueron en gran medida las circunstancias de tiempo modo y lugar en los tres casos.

En este punto, conviene estarse a lo considerado por la Dirección de Cumplimiento en sede de reposición. Por demás repárese en que la igualdad predica la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales. De tal suerte que no opera a partir de una generalidad abstracta y permite un trato diferenciado si está razonablemente justificado en la medida en que los sujetos del derecho administrativo sean desiguales, como lo son en ambos casos y regímenes.

En razón a las consideraciones realizadas *ut supra*, los argumentos presentados por la sociedad no tienen vocación de prosperidad.

4.2. Sobre: “No se tuvieron en cuenta todos los criterios de graduación de la sanción”.

De acuerdo con el recurrente, en la Resolución sancionatoria no se tuvo en cuenta la totalidad de las circunstancias atenuantes para el presente caso y previstas en el artículo 50 del CPACA.

Indica específicamente que no se causó ningún daño o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados y no hubo renuencia o desacato en el cumplimiento de órdenes impartidas por esta Superintendencia.

Para proceder a pronunciarse sobre este argumento, este Despacho considera oportuno traer a colación unas consideraciones realizadas por la Sección Primera del Consejo de Estado, en donde se adujo:

- **“la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción,** sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos”¹⁰. (negrilla fuera del texto).

Según la motivación de la decisión que se revisa, así como la discrecionalidad en materia sancionatoria, se encuentra ajustada a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, esto es, “adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, como también a la jurisprudencia sobre la materia, según la cual:

- “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 (léase la autoridad administrativa) para su graduación **dentro del rango máximo que permita la norma**”¹¹.

De acuerdo con la jurisprudencia del juez contencioso - convencional, el ejercicio de dosificación no impone a la Entidad la carga de exponer un razonamiento expreso y especial sobre la metodología aplicada para la estimación del monto de las multas.

Ello atiende a la discrecionalidad sancionatoria con la que cuenta la Superintendencia de Sociedades siempre y cuando la multa no supere el límite

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Sentencia de Bogotá, 20 de octubre de 2005, Radicación número: 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826), actor: unión santandereana de transportes urbanos s.a. Unitransa

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

legal establecido, que, para nuestro caso, es el tope de e los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes contemplado en el numeral 3° del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, por cada cargo formulado, al igual que a la ponderación de los criterios legales de graduación de la sanción, como lo hizo esta Superintendencia al tener como criterios aquellos a que hacen referencia los numerales 2,3,4,5,6,7 y 8.

Ahora bien, es del caso resaltar la **imposibilidad de tener como criterio de graduación de la sanción aquella circunstancia prevista en el numeral 1 del artículo 50 del CPACA**, que el recurrente echa de menos.

Sobre el particular, es menester recordar que esta Entidad fiscalizadora ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales bajo un objetivo específico, a saber, "la preservación del orden público económico" conforme al artículo 1.2.1.1. del Decreto 1074 de 2015¹².

Así pues, lo primero que ha de indicarse es que, por medio de las funciones de fiscalización gubernamental sobre las sociedades comerciales, esta Entidad tiene como objeto preservar un bien jurídico y ello viene dado por la descripción típica consagrada en el artículo con anterioridad.

Este Despacho se permite indicar que, en materia de derecho administrativo sancionatorio, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia contencioso administrativa, **interesa la potencialidad del comportamiento, toda vez que el principal interés a proteger es el cumplimiento estricto de la legalidad.**

Sobre el particular, el Consejo de Estado sostiene:

- En la construcción tradicional del derecho penal se ha exigido que la conducta no sólo contradiga el ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal) sino que además dicha acción u omisión lesione de manera efectiva un bien jurídico o por lo menos lo coloque en peligro (antijuridicidad material).

Esta construcción constituye el punto de partida para la delimitación de este presupuesto en el derecho administrativo sancionatorio, sin embargo, como ocurre con otras instituciones y principios **es inevitable que sea objeto de matización y por ende presente una sustantividad propia.**

Siempre se ha sostenido que el derecho penal reprocha el resultado, incluso en los denominados delitos de peligro, comoquiera que se

¹² La Superintendencia de Sociedades ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales bajo un objetivo específico, a saber, "la preservación del orden público económico" conforme al artículo 1.2.1.1. del Decreto 1074 de 2015.

requiere una puesta efectiva en riesgo del bien jurídico objeto de protección. Esta situación no se presenta en el ámbito administrativo en el que por regla general la **esencia de la infracción radica en el incumplimiento de la norma.**

En derecho sancionatorio, interesa la potencialidad del comportamiento, toda vez que el principal interés a proteger es el cumplimiento de la legalidad, de forma tal que tiene sustancialidad (antijuridicidad formal y material) "la violación de un precepto que se establece en interés colectivo, porque lo que se sanciona es precisamente el desconocimiento de deberes genéricos impuestos en los diferentes sectores de actividad de la administración." Así las cosas, el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos **siendo excepcional el requerimiento de la lesión efectiva.**¹³

En el procedimiento administrativo sancionatorio lo que se verifica es si la conducta lesiona **o pone en peligro bienes o intereses jurídicamente tutelados.**

En ese sentido tratándose de derecho administrativo sancionatorio no se requiere de un daño efectivo y material a un bien jurídicamente tutelado, pues, solamente con la puesta en riesgo del mismo, se entiende que la conducta es antijurídica.

En términos de Rojas: "La doctrina y la jurisprudencia colombianas han sido proclives a la pacífica aceptación de que en el ámbito del derecho administrativo sancionador es legítimo que se flexibilice el rigor de las garantías del derecho penal"¹⁴.

Razón por la cual es dable sostener que en materia administrativa sancionatoria el juicio de reproche recae sobre el incumplimiento de una norma y no se requiere acreditar el daño materialmente considerado; pues el "reproche recae sobre la mera conducta"¹⁵.

La noción de orden público permite, por una parte, imponer la realización de los principios superiores de un Estado Social, destinados a velar por la conservación y vigencia no sólo de las libertades individuales de los ciudadanos, sino también de los derechos sociales o prestacionales de todas las personas y, por otra parte, conlleva al reconocimiento de un Estado interventor, quien, fundado en principios de equidad, regula imperativamente las relaciones entre los

¹³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección c, consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012), radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

¹⁴ J. G. Rojas López. (2020). Derecho administrativo sancionador. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición.

¹⁵ *Ibidem*. Consejo de Estado.

particulares en protección del interés público, con el propósito de alcanzar un pleno desarrollo económico ligado al logro efectivo de una justicia social, como ocurre con las normas de prevención del riesgo de C/ST.

En efecto, el incumplimiento o la inobservancia de las obligaciones legales y de las instrucciones impartidas por el organismo de Supervisión en torno al PTEE reviste gravedad, pues además de comprometer la reputación y la estabilidad de la Compañía y del sistema del cual ésta hace parte, puede incidir de forma directa en el orden público económico y en la confianza depositada por el público en el sector real.

Aunado a lo anterior, cuando los mandatos se encuentran inmersos en disposiciones de contenido general, como en efecto lo son las instrucciones del Capítulo XIII mediante las cuales se exige la implementación de un PTEE, dichas disposiciones buscan proteger el orden público económico; como quiera que su cumplimiento involucra a un número importante de administrados, bajo precisos patrones de igualdad.

De tal manera que, si son varias las compañías obligadas que implantan a cabalidad los sistemas, la pasividad del poder de policía administrativo para con aquellas que no lo hacen no puede ser tolerable.

Si las sociedades implementaran un PTEE cuando o como les pareciera conveniente y en condiciones diferentes a las requeridas, sencillamente la supervisión del Régimen de Cumplimiento se haría imposible.

El PTEE es además un insumo relevante para la toma de decisiones al interior de las sociedades, y permite un adecuado desarrollo de las labores de supervisión por parte de esta Entidad.

Debe evitarse por todos los medios posibles que las compañías del sector real de la economía sean utilizadas como vehículos tendientes a facilitar la materialización de riesgos de corrupción y riesgos de soborno transnacional. De forma adicional, que, dicho sea, también es reprochado por el Derecho de Gentes¹⁶.

El Estado se reserva la facultad de interferir en varias situaciones que pueden ser de interés común y que constituyen amenaza al orden social, lo cual explica, en palabras del tratadista Medina Vergara: "el cumplimiento de importantes funciones a cargo de las Superintendencias de Industria y Comercio, Financiera y Sociedades"¹⁷.

¹⁶ Cfr. la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (1997), la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, (1997) o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004).

¹⁷ Jairo Medina Vergara. (2023) Responsabilidad Comercial de las Sociedades y sus vinculados. Segunda Edición. Temis. 4

Debe anotarse que la protección de bienes jurídicos supraindividuales como el orden público económico cuenta con respaldo en los artículos 334 y SS. de la Constitución Política.

De tal suerte que la citada protección deba anticiparse y reprochar conductas que representen riesgo potencial, aunque el daño material no llegue a consumarse y debe en consecuencia el Estado intervenir tempranamente para corregir falencias que puedan alterar la dirección que aquel hace de la economía, porque recuérdese, es el Estado el sujeto pasivo de las conductas que ponen en peligro el interés jurídico en mención.

La dirección e intervención del Estado en la economía, definida a título de orden público económico protegida por la Constitución Económica y por el Derecho Internacional Público, se pone en riesgo cuando los llamados a acatar los regímenes de cumplimiento normativo que buscan prevenir la materialización de conductas que pueden ocasionar riesgos de C/ST no acatan sus disposiciones y con ello afectan a la libre competencia y la transparencia.

La Dirección de Cumplimiento pudo determinar que dentro del curso de la presente actuación administrativa la conducta negligente en que incurrió la Sociedad representó un peligro a los intereses jurídicos tutelados por la Constitución Económica y por el Derecho de Gentes.

Ello es así, toda vez que YARA, al no tener en cuenta los procedimientos de diseño y aprobación del PTEE señalados en el numeral 5.1.1 y subsiguientes del Capítulo XIII y no haber evaluado, identificado y controlado el riesgo de C/ST en los términos descritos en los numerales 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del Capítulo XIII estuvo expuesta al riesgo de ser utilizada para la materialización de conductas contrarias al ordenamiento.

Por otra parte, contrario a lo que se aduce por el recurrente este Despacho pudo dar cuenta que el criterio previsto en el numeral 7 del artículo 50 del CPACA, también fue tenido en cuenta por el sancionador de instancia al momento de tasar la sanción.

Ello es así en la medida en que, como criterio atenuante se tuvo en cuenta el hecho de que:

- "la Sociedad haya remitido la documentación concreta frente a las correcciones y actualizaciones de sus procedimientos de PTEE, mediante comunicación con radicado 2023-01-963364 el día 27 de noviembre de 2023, por medio de la cual anexa el manual aprobado por la Junta Directiva de la Sociedad el 24 de noviembre de 2023 con los ajustes requeridos por esta Superintendencia"¹⁸.

¹⁸ Vid. Folio 24 de la Resolución 240-000890 del 16 de febrero de 2024.

Así pues, ha podido darse cuenta, de la lectura del acto administrativo que se revisa que la Dirección de Cumplimiento ha tenido en cuenta, para efectos de graduar la sanción los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 50 del CPACA y, por otra parte, de acuerdo con las probanzas allegadas oportunamente al proceso, se dispuso desestimar el segundo de los cargos inicialmente enrostrados a la compañía.

En mérito de lo expuesto, los argumentos presentados por el apoderado no están llamados a prosperar.

Conforme a todo lo expuesto, existe plena certeza que se presentó un peligro a los intereses jurídicos tutelados por esta Superintendencia, toda vez que la Sociedad puso en peligro un bien jurídico tutelado por el derecho administrativo sancionador, el orden público económico en la medida en que no tuvo en cuenta los procedimientos de diseño y aprobación del PTEE señalados en el numeral 5.1.1 y subsiguientes del Capítulo XIII y no evaluó, identificó ni controló el riesgo de C/ST en los términos descritos en los numerales 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado de Asuntos Económicos y Societarios de la Superintendencia de Sociedades de Colombia,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR. en todas sus partes la Resolución n.º 240-000890 del 16 de febrero de 2024.

SEGUNDO. NOTIFICAR el contenido del presente acto administrativo al apoderado especial de la Sociedad, Doctor [REDACTED], al correo electrónico: [REDACTED]@phrlegal.com, o a la dirección de notificación: [REDACTED] de la ciudad de Bogotá D.C. de conformidad con lo con lo dispuesto en los artículos 56 y 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordante

TERCERO. ADVERTIR que contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno y queda así agotada la actuación en sede administrativa.

CUARTO. REMITIR copia de la presente Resolución al Grupo de Cartera de la Superintendencia de Sociedades, para que realice lo de su competencia.

QUINTO. COMUNICAR el contenido del presente acto administrativo a la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Sociedades y devolver el expediente a su Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JORGE EDUARDO CABRERA JARAMILLO

Superintendente Delegado de Asuntos Económicos y Societarios.

TRD: JURÍDICO

Proyectó: Daniel Rey Mora. Cód.: D1635