



Al contestar cite el No. 2024-01-188182

Tipo: Salida Fecha: 09/04/2024 02:46:18 PM
Trámite: 140019 - RESUELVE RECURSO
Sociedad: 890318278 - CONALVIAS CONSTRUC Exp. 25690
Remitente: 240 - DIRECCION DE CUMPLIMIENTO
Destino: 515 - GRUPO DE NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS
Folios: 28 Anexos: NO
Tipo Documental: RESOLUCION Consecutivo: 240-006773

RESOLUCIÓN

Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución N° 240-000299 modificada por la Resolución 240-000303 del 24 de enero de 2024

LA DIRECTORA DE CUMPLIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

En uso de sus atribuciones legales y en especial, las previstas en el artículo 17 de la ley 1778 de 2016, el artículo 6 de la Ley 2195 de 2022, la Resolución 100-000040-2021 modificada por la Resolución 100-001881-2022 y la Resolución 100-000041-2021 modificada por la Resolución 100-001882-2022 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO. – COMPETENCIA DE LA ENTIDAD

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 82, 83, 84 y 86 numeral 3° 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 Ley 2195 de 2022, por parte de **CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, identificada con NIT: 890.318.278-6, (en adelante, "la Sociedad" o "CONALVIAS", o "la Compañía"), procedimiento tramitado por conducto de las normas establecidas en el Capítulo III, artículos 8 y siguientes de la Ley 1778 de 2016 y artículo 6 de la Ley 2195 de 2022.

SEGUNDO. – ANTECEDENTES

2.1. Mediante la Resolución No. 240-0116813 del 05 de octubre de 2023, la Directora de Cumplimiento de la Superintendencia de Sociedades resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO. DECRETAR la apertura de la investigación tendente a determinar la presunta Responsabilidad Administrativa por Actos de Corrupción por parte de la sociedad CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, identificada con el NIT. 890.318.278-6 conforme lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 2195 de 2022.

ARTÍCULO SEGUNDO. FORMULAR CARGOS a la sociedad CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S, EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, identificada con el NIT. 890.318.278-6 en los términos descritos en los numerales Sexto y 6.1 del presente acto administrativo".

2.2. Por escrito del 26 de octubre de 2023, radicado bajo el No. 2023-01-858054, el **[REDACTED]** de la Sociedad presentó los descargos y allegó las pruebas que pretende hacer valer dentro del proceso administrativo sancionatorio.

2.3. Mediante la Resolución No. 240-0136624 del 23 de noviembre de 2023, esta Superintendencia decretó e incorporó las pruebas presentadas por la

Sociedad y corrió traslado a la Sociedad para presentar los alegatos de conclusión correspondientes.

2.4. Posteriormente, por escrito del 07 de diciembre de 2023, radicado bajo el No. 2023-09-012090, el [REDACTED] de CONALVIAS presentó los alegatos de conclusión.

2.5. El 26 de diciembre de 2023 mediante agencia especial No. 127, suscrita por la Procuradora General de la Nación, se designó como agente especial a la [REDACTED] para intervenir en el proceso administrativo sancionatorio contra la Sociedad CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S EN LIQUIDACION JUDICIAL dentro del expediente 25.690.

2.6. De acuerdo con lo anterior, el 3 de enero de 2024 se practicó una visita especial en las instalaciones de la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de la Agencia Especial No. 127 del 26 de diciembre de 2023, con el objeto de constatar el estado actual del proceso administrativo sancionatorio y en donde se solicitó acceso al expediente, el cual fue suministrado de manera digital a través de un link de acceso para estudio de la agencia especial y proferir concepto frente al proceso.

2.7. El 18 de enero de 2024 la Procuraduría Delegada de Intervención Segunda ante el Consejo De Estado, IUS: E-2024-019552 remite el Concepto Intervención Administrativa No. 008, por el que realiza su intervención frente al proceso administrativo sancionatorio que se adelanta contra la Sociedad CONALVIAS.

2.8 Mediante Resolución 240-000299 de 24 de enero de 2024, modificada por la Resolución 240-000303 de la misma fecha, la Directora de Cumplimiento de la Superintendencia de Sociedades resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO. – DECLARAR a la Sociedad CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S, EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, identificada con el NIT. 890.318.278 administrativamente responsable por actos de corrupción en los términos del artículo 2º de la Ley 2195 de 2022, conforme a la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. – IMPONER a CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S, EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, identificada con el NIT. 890.318.278 una multa de 38575.13 UVB equivalentes a CUATROCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS MCTE (\$422.436.199,52), conforme a la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. – ORDENAR a CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S, EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, identificada con el NIT. 890.318.278, publicar un extracto de la parte resolutive de esta decisión administrativa: (i) por tres (3) veces, en un medio de amplia circulación en el territorio nacional

cada dos meses y (ii) por un término de seis (6) meses, en un lugar visible de la página web de la Sociedad.

ARTICULO CUARTO. - ORDENAR la remoción de [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], como miembro de junta directiva **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S, EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, identificada con el NIT. 890.318.278, esto, en caso de no haberse removido en virtud del proceso de liquidación judicial, remover la totalidad de los administradores, incluida la persona natural que fue condenada penalmente.

ARTICULO QUINTO. – ORDENAR la remoción de los siguientes miembros de junta directiva principales y suplentes de **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S, EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, identificada con el NIT. 890.318.278: [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificada con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificada con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificada con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificada con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificada con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED] y [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], esto, en caso de no haberse removido en virtud del proceso de liquidación judicial, remover la totalidad de los administradores, incluida la persona natural que fue condenada penalmente.

ARTÍCULO SEXTO. - REMITIR copia de esta resolución, una vez ejecutoriada, a la Cámara de Comercio de Cali, para que se proceda a realizar la inscripción del presente acto administrativo conforme lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º de la 2195 de 2022.

ARTÍCULO SÉPTIMO. - REMITIR copia de esta resolución, una vez ejecutoriada al grupo de Gestión de Cobro Persuasivo y Coactivo de la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia.

ARTÍCULO OCTAVO. - ADVERTIR que el pago de la multa deberá realizarse dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, a través del portal de pagos del portal web de esta Entidad.

ARTÍCULO NOVENO. - NOTIFICAR el presente acto administrativo a [REDACTED] identificado con la cédula de ciudadanía número [REDACTED] quien obra como [REDACTED] de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S, EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**,

identificada con el NIT. 890.318.278 a los siguientes correos electrónicos: conalvias@conalvias.com y

[REDACTED] y a la [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], a la
siguiente dirección de correo electrónico:
[REDACTED]

ARTÍCULO DÉCIMO. - ADVERTIR que contra la presente resolución procede el recurso de reposición, el cual, deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación”.

2.9 En cumplimiento de lo ordenado en el artículo noveno de la Resolución 240-000299 modificado por la Resolución 240-000303, ambas de 24 de enero de 2024, se surtieron las notificaciones: (i) a la Sociedad CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL personalmente el día 29 de enero de 2024 al Señor Carlos Arturo Vargas de acuerdo con autorización suscrita por el Doctor [REDACTED] en su calidad de [REDACTED] y representante legal de la Sociedad sancionada y; (ii) a la Procuraduría General de la Nación a través de aviso enviado el 06 de febrero de 2024 al correo electrónico [REDACTED]

2.10 Mediante escrito presentado el 09 de febrero de 2024 bajo el radicado No. 2024-01-057758, el Doctor [REDACTED] obrando como [REDACTED] de la compañía, presentó recurso de reposición contra la Resolución 240-000299 modificado por la Resolución 240-000303.

2.11 Mediante escrito enviado a través de correo electrónico la [REDACTED] ante el Consejo de Estado, presentó recurso de reposición contra la Resolución 240-000299 modificado por la Resolución 240-000303.

TERCERO. – CONSIDERACIONES PARA MEJOR RESOLVER

La presente decisión se sujetará a: (i) consideraciones preliminares al asunto de fondo; (ii) consideraciones respecto de la sentencia penal en firme como requisito para la determinación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica; (iii) consideraciones respecto del beneficio percibido por la Sociedad sancionada; (iv) consideraciones sobre la tolerancia de la persona jurídica sancionada frente a la conducta desplegada por alguno de sus administradores; (v) la sanción impuesta a CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

3.1 Consideraciones preliminares al asunto de fondo

En primera medida, el Despacho se pronunciará respecto de asuntos formulados en los escritos de recurso de reposición por estimar pertinente abordarlos previamente al asunto de fondo.

3.1.1 Sobre la legitimidad y oportunidad para la interposición del recurso de reposición presentado por la Procuraduría General de la Nación

Esta Entidad verificó los requisitos legales del recurso de reposición a la luz del artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, (en adelante CPACA o Ley 1437 de 2011) en lo relativo a la oportunidad y presentación, encontrando que el término para interponer el recurso es dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del acto administrativo objeto de impugnación.

En línea con lo anterior, el artículo 77 de la Ley 1437 de 2011 consagra los requisitos para la interposición de recursos frente a actos administrativos, siendo el primero de ellos:

"1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido (...)". (cursiva fuera del texto original).

De otra parte, artículo 78 de la misma codificación indica que ante el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 77 *"el funcionario competente deberá rechazarlo"*.

Encuentra entonces la Dirección que de acuerdo con la constancia de notificación por aviso consecutivo 515-000256 fechada el 08 de febrero de 2024 y según la cual el día 06 de febrero de 2024 fue entregado al destinatario [REDACTED] el aviso de notificación número 2024-01-050775 que se acompañó de copia de las resoluciones 240-000299 y 240-000303 de 24 de enero de 2024.

En igual sentido, obra acta de envío y entrega de correo electrónico emitida por Servicios Postales Nacionales que se observa a continuación. Por lo tanto, el término para la presentación del recurso de reposición vencía el 20 de febrero de 2024.

Acta de Envío y Entrega de Correo Electrónico

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.S Certifica que ha realizado por encargo de Correo Certificado Supersociedades identificado(a) con NIT 899999086-10 el servicio de envío de la notificación electrónica, a través de su sistema de registro de ciclo de comunicación Emisor-Receptor.

Según lo consignado los registros de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.S el mensaje de datos presenta la siguiente información:

Resumen del mensaje

Id mensaje:

342611

Emisor:

correocertificado@supersociedades.gov.co

Destinatario:

Asunto:

2024-01-050775

Fecha envío:

2024-02-06 16:50

Estado actual:

Acuse de recibo

Trazabilidad de notificación electrónica

Evento	Fecha Evento	Detalle
Estampa de tiempo al envío de la notificación El mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste - Artículo 23 Ley 527 de 1999.	Fecha: 2024/02/06 Hora: 16:53:55	Tiempo de firmado: Feb 6 21:53:55 2024 GMT Política: 1.3.6.1.4.1.31304.1.1.2.6.0.
Acuse de recibo Con la recepción del presente mensaje de datos en la bandeja de entrada del receptor, se entiende que el destinatario ha sido notificado para todos los efectos legales de acuerdo con las normas aplicables vigentes, especialmente el Artículo 24 de la Ley 527 de 1999 y sus normas reglamentarias.	Fecha: 2024/02/06 Hora: 16:53:56	Feb 6 16:53:56 cl-t205-282cl postfix/smtp[14717]: 77EA412487CE: to=<cphernandez@procuraduria.gov.co>g t.; relay=gw4224.fortimail.com[173.243.134.2 24j:25, delay=1.5, delays=0.14/0.0/54/0.81, dsn=2.0.0, status=sent (250 2.0.0 416Lrtn020391-416Lrtn020391 Message accepted for delivery)

De acuerdo con los artículos 20 y 21 de la Ley 527 de 1999 se presumirá que el destinatario ha recibido el mensaje, cuando el emisor del mismo recepcione el acuse de recibo que puede ser automatizado, en ese orden de ideas, el presente documento constituye acuse de recibo automatizado y constituye prueba de entrega del mensaje de correo electrónico así como sus archivos adjuntos en la fecha y hora indicadas anteriormente.

Importante: En el aparte Acuse de Recibo, en los casos en que aparece la frase "Queued mail for delivery" se debe a las características del servidor de correo electrónico Microsoft

Conviene recordar lo consagrado en el artículo 228 constitucional “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. (...)”¹ (subraya fuera del texto original); sobre lo cual la doctrina se ha pronunciado en el entendido de resaltar que elevar a rango constitucional el deber de cumplir los términos procesales “erradica la teoría que pretende ubicar las normas que los contemplan como si fueran exclusivamente de naturaleza procedimental, pues se entendió que ellas son de orden público por constituir un factor central en el desarrollo de todo proceso (...) y no es posible “dejar sin efecto la consecuencia de no haber acatado un plazo”².

Adicionalmente, la desatención de los términos procesales trae como consecuencia la imposibilidad de desarrollar el proceso administrativo sancionatorio en condiciones normales por cuanto se hace necesario atender el mandato constitucional y legal de rechazo de plano del recurso presentado por fuera del término previsto en la Ley, situación que además recae en el principio de igualdad procesal en la medida en que la Sociedad sancionada como parte del proceso y la Procuraduría General de la Nación como Agente Especial fueron

¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 228. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr007.html#228
² LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio, *Procedimiento Civil*. Tomo 1, Parte General. Décima Edición. Bogotá. Dupre. 2009.

notificadas y contaron el con término para presentar el recurso de reposición en condiciones de regularidad de acuerdo a la forma en que cada una de ellas fue notificada y las fechas en que, a partir de ello, se vencía el término para tal efecto.

En mérito de lo expuesto, habida cuenta de que el recurso presentado por la Procuraduría General de la Nación no cumple con lo previsto en el numeral 1 del artículo 77 del CPACA para esta Dirección no resulta viable estudiar mencionado recurso de reposición y en tal sentido será rechazado por tratarse de una impugnación extemporánea.

3.1.2 Del principio de limitación del recurso de reposición

Conviene recordar, que el acto administrativo que ha sido objeto de recurso es aquel que determinó la responsabilidad administrativa de CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, mismo que advirtió la procedencia del recurso de reposición y su interposición dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que la Sociedad presentó el recurso de reposición contra la resolución de sanción dentro del término indicado, no obstante, del contenido del recurso esta Dirección advierte que el recurrente pretende reprochar nuevamente circunstancias sobre las cuales ya había propuesto argumentos en sede de los descargos y para los propios alegatos de conclusión presentados el 26 de octubre de 2023 mediante radicado 2023-01-858054.

Por lo tanto, la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Sociedades encuentra su competencia para decidir el recurso de reposición enmarcada en los mismos argumentos que fueron esgrimidos previamente a la decisión de responsabilidad, situación que no corresponde propiamente al deber que le asiste al recurrente de expresar las razones de su inconformidad con el acto administrativo sancionatorio que determinó la sanción censurada, para lo cual puede hacer uso de argumentos de hecho o de derecho que tiendan a desestimar lo decidido en la resolución sanción 240-000299 modificada por la resolución 240-000303.

En tal sentido se pronunció el H. Consejo de Estado en sentencia O-007-2020 M.P William Hernández Gómez:

"al impugnante o recurrente le asiste el deber o carga procesal de señalar las discrepancias que tiene frente a la sentencia que ataca por la vía del recurso (...) pues dichas objeciones son las que realmente deben ser analizadas y resueltas en la providencia (...)”³.

3.1.3 De la falsa motivación de la Resolución 240-000299

La Sociedad sancionada, por conducto de su [REDACTED] y representante legal, indica en el recurso que "le asiste razón al Ministerio Público cuando advierte en su intervención, que no está configurado el tercer elemento del artículo 21 de la Ley 2195 de 2022. En consecuencia, la reiteración del Despacho en cuanto a que "la responsabilidad administrativa de CONALVIAS se genera a partir de su

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Expediente 1623-18. enero 30 de 2020. MP- William Hernández Gómez.

permisibilidad frente a los actos cometidos por su miembro de junta directiva...", vicia el acto de falsa motivación⁴ en la medida en que no existe prueba de la conducta tolerante que la Superintendencia le atribuye a la persona jurídica"(cursiva fuera del texto original).

Sobre el particular recuerda la Dirección que la falsa motivación es una causal de nulidad de los actos administrativos que tiene vocación de desvirtuar la presunción de legalidad que se les atribuye, por cuanto en palabras del H. Consejo de Estado:

"se trata de una causal de anulación de los actos administrativos, ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. De igual forma se ha dicho que la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición"⁵.

Es menester entonces indicar que, a la falsa motivación como causal de nulidad de un acto administrativo, aquí alegada, le resulta necesario tener presentes elementos que le son indispensables y que deben ventilarse ante el juez contencioso administrativo como son:

"(i) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera se estaría frente a una causal de anulación distinta; (ii) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos y (iii) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado"⁶.

Visto lo anterior advierte esta Dirección que la sanción impuesta a CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL tiene como fundamento la sentencia condenatoria de la jurisdicción ordinaria penal contra el señor Andrés Jaramillo López, así como la valoración y verificación del acervo probatorio tendiente a demostrar el segundo y tercer requisito previsto en el artículo 2 de la ley 2195 de 2022 y, habiéndose acreditado por parte de la Superintendencia tanto el beneficio percibido por la Sociedad sancionada, que de hecho fue advertido por el juez natural en sede de jurisdicción penal, así como la tolerancia de los órganos de administración de la misma, no se impuso una sanción con fundamento en hechos inexistentes o que no hubieren sido probados en el transcurso de las actuaciones penal y administrativa, insistimos, sino por el contrario, con fundamento en los hechos por los que se endilgaron las correspondientes responsabilidades. Lo mismo ocurrió con las normas en las que se ampara la actuación sancionatoria administrativa de la Superintendencia.

⁴ Página 11 del Recurso de Reposición con radicado 2024-01-057758 del 09 de febrero de 2024

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Expediente 1982-10. octubre 12 de 2012. MP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Expediente 3791-15. noviembre 7 de 2019. MP Gabriel Valbuena Hernández

3.1.4 De la excepción de inconstitucionalidad y la violación al debido proceso

En el recurso de reposición, CONALVIAS alega sobre la excepción de inconstitucionalidad señalando que, con la aplicación de los supuestos del artículo 2º de la Ley 2195 de 2022, se está vulnerando el artículo 29 de la Constitución Política, debido a que los hechos ocurrieron en los años 2009 y 2010 cuando la conducta no estaba tipificada⁷.

Esta Dirección considera que, en primer lugar, es importante traer en cita el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que:

"Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (...)"⁸

En segundo lugar, según la Sentencia C-341/14 de 04 de junio de 2024 M.P. Mauricio González Cuervo, define el debido proceso, como:

"5.3.1. El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, cuando establece que: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas". La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, "en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses"⁹

⁷ Página 21 del Recurso de Reposición con radicado 2024-01-057758 del 09 de febrero de 2024.

⁸ Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#29

⁹ Sentencia C-341 de 2014 de 04 de junio de 2024 M.P. Mauricio González Cuervo. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>

En tercer lugar, y acorde a lo establecido anteriormente, se encuentra que el debido proceso en el presente proceso administrativo sancionatorio, no ha sido vulnerado porque en todo momento se han respetado las etapas del mismo.

Según el artículo 4º del CPACA, establece que, entre las formas de iniciar las actuaciones administrativas se encuentran:

"ARTÍCULO 4o. FORMAS DE INICIAR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Las actuaciones administrativas podrán iniciarse:

1. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general.
2. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular.
3. Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.
4. Por las autoridades, oficiosamente"¹⁰.

Para el presente caso, se dio inicio de manera oficiosa en cumplimiento de un deber legal establecido en la Ley 2195 de 2022, de manera posterior a las averiguaciones preliminares, se encontró que existían méritos para adelantar el proceso sancionatorio, mediante la apertura de una investigación administrativa y formulación de cargos¹¹, dicha formulación de cargos se realizó a través del acto administrativo con numero de consecutivo 240-011681 del 05 de octubre de 2023¹² en el que se señalaron, con precisión y claridad, los hechos que dieron origen a la investigación, la persona jurídica objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones procedentes, así mismo, se concedieron quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, para la presentación de los descargos¹³ donde la Sociedad aportó las pruebas que pretendía hacer valer¹⁴, las cuales fueron aceptadas e incorporadas al expediente en su totalidad mediante la resolución con número de consecutivo 240-013662¹⁵.

Seguidamente se le otorgó a la Sociedad el termino de quince (15) días para la presentación de los alegatos, los cuales fueron allegados a esta Dirección mediante el consecutivo número 2023-09-012090, así mismo, esta Dirección emitió la resolución con número de consecutivo 240-000299 de 24 de enero de 2024, modificada por la Resolución 240-000303 de la misma fecha¹⁶, la cual declaró la responsabilidad administrativa de CONALVIAS acorde con el artículo 49 del CPACA¹⁷ y se advirtió que procedía recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación, el cual fue presentado por CONALVIAS el 09 de febrero de 2024 bajo el consecutivo número 2024-01-057758.

¹⁰ Artículo 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

¹¹ Radicado 20203-01-804007 del 04 de octubre de 2023.

¹² Radicado 2023-01-807441 del 05 de octubre de 2023

¹³ Artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

¹⁴ Radicado 2023-01-858054 del 26 de octubre de 2023

¹⁵ Radicado 2023-01-922888 del 23 de noviembre de 2023

¹⁶ Radicado 2024-01-02697 del 24 de enero de 2024

¹⁷ Artículo 49 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Con el anterior recuento, se confirma que se respetaron y se otorgaron todas las etapas del proceso administrativo sancionatorio establecidas en la Ley 1437 de 2011, de manera tal que se le garantizó a CONALVIAS su derecho de defensa y contradicción y que excluye cualquier posibilidad de prosperidad a cargos respecto de la violación del artículo 29 de la Constitución Política.

Ahora bien, en cuanto a la inconstitucionalidad que alega la Sociedad, la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado establece que:

*"La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4º de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes"*¹⁸.

En el mismo sentido, también indicó esa corporación que *"la inconstitucionalidad se alega en los casos de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, donde se aplicarán las disposiciones constitucionales, puesto que la definición acerca de si existe o no incompatibilidad entre la norma inferior y las constitucionales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Ahora bien, para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea, situación que no se presenta en este caso"*¹⁹.

La Dirección estima que el análisis sobre la procedencia y aplicación de la excepción de inconstitucionalidad pretendida y, sobre la cual la Agencia Especial de la Procuraduría General de la Nación se pronunció en el escrito de intervención fechado el 18 de enero de 2024, fue agotado en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, de forma preliminar a la aplicación de la Ley 2195 de 2022 al caso que nos ocupa.

En dicha oportunidad la Superintendencia encontró que la norma en abstracto no es manifiestamente inconstitucional y, que además a la fecha no ha sido declarada inexecutable y así lo indicó en la Resolución 240-000299 modificada por la Resolución 240-000303, ambas de 24 de enero de 2024:

"Lo anterior guarda concordancia con señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-298 de 2022, ampliamente citada no solo por el Despacho sino por la sociedad investigada y el Ministerio Público, pues a la fecha la norma no ha sido declara

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Consejera Ponente Maria Elizabeth García González. Rad.: 66001-23-31-000-2007-00070-01. Recuperado de: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/66001-23-31-000-2007-00070-01.pdf>

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Consejera Ponente Maria Elizabeth García González. Rad.: 66001-23-31-000-2007-00070-01. Recuperado de: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/66001-23-31-000-2007-00070-01.pdf>

inexequible y por ende le reviste la presunción de legalidad y cuyo examen se sintetiza de la siguiente manera:

'La Corte examinó la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la expresión "que hayan quedado ejecutoriados o en firme con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley e independientemente de la fecha de comisión de la conducta punible por parte de las personas naturales", contenida en el artículo 8 de la Ley 2159 de 2022, mediante la cual se fijan las reglas de caducidad para el ejercicio de la facultad sancionatoria administrativa prevista en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011. En consideración a la solicitud de inhibición presentada por la Presidencia de la República, la Universidad de Cartagena y la Procuraduría General de la Nación, la Sala estudió de forma preliminar la aptitud sustantiva de la demanda.

*En este análisis, **la Sala Plena concluyó que el cargo único presentado en la demanda no cumplió con los requisitos de aptitud sustantiva.** En concreto se advirtió el incumplimiento de los presupuestos de: (i) certeza, pues el demandante realizó una lectura incompleta y parcial de la expresión demandada en la que no se consideró el asunto regulado por la disposición, esto es, la definición del término de caducidad y las reglas para su contabilización, y no explicó los efectos que le atribuyó a la disposición cuestionada; (ii) claridad, ya que a partir de la demanda no es posible establecer si el actor cuestiona la supuesta tipificación de nuevas conductas o la eventual aplicación de una regla procesal a conductas cometidas antes de la expedición de la ley; (iii) especificidad, pues el actor no logró demostrar una oposición entre el artículo 8 parcial de la Ley 2159 de 2022 y el artículo 29 superior; y (iv) suficiencia, **por cuanto el actor no cumplió con la carga argumentativa mínima para demostrar, de un lado, que el artículo 8 parcial efectivamente tenía el alcance propuesto en la demanda y, de otro, la alegada violación del artículo 29 superior, razón por la que no logró despertar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma.** Finalmente, la Sala indicó que si bien se cumplió el requisito de pertinencia, la inobservancia de los demás presupuestos de aptitud no permitía realizar un pronunciamiento de fondo y, por lo tanto, decidió declararse inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 8 (parcial) de la Ley 2195 de 2022". (Negrilla fuera de texto)'.*

Finalmente, vale indicar que la Ley 2195 de 2022 fue nuevamente demandada a través de acción pública de inconstitucionalidad el 18 de diciembre de 2023, la que a la fecha de expedición de la presente resolución no ha sido fallada, por lo que la norma hace parte del ordenamiento jurídico colombiano y continúa gozando de presunción de legalidad. Por lo tanto, al no haber sido declarada inconstitucional y no ser procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Sociedades mantiene los argumentos formulados en la resolución objeto de recurso de reposición.

3.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE PERSONAS JURÍDICAS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN CONFORME EL ARTÍCULO 2º DE LA LEY 2195 DE 2022

Una vez evacuados los asuntos preliminares, la Dirección pasa a pronunciarse respecto de cada uno de los elementos que componen la responsabilidad administrativa de personas jurídicas a la luz de la Ley 2195 de 2022, para lo cual los abordará en el orden en que los identifica la norma, incluyendo las varias consideraciones a que haya lugar.

3.2.1 Consideraciones sobre la sentencia penal en firme como requisito para la determinación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica

Con el objetivo de absolver los argumentos del recurrente respecto de firmeza del fallo penal que originó la actuación oficiosa de la Superintendencia, esta Dirección se referirá a varios asuntos, a saber:

3.2.1.1 Sobre la fecha de ocurrencia de los hechos constitutivos de responsabilidad penal y administrativa e irretroactividad de la Ley 2195 de 2022

El tema de la irretroactividad de la Ley fue abordado por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-763 de 2002, Magistrado Ponente, Jaime Araujo Rentería, ocasión en la que el juez constitucional indicó que:

"(...) Poniéndose de presente el carácter irretroactivo de la ley frente a las situaciones jurídicas consolidadas o extinguidas al momento de entrar en vigencia una nueva ley; y por tanto, dejando bajo el rigor de la nueva ley las situaciones que se hallen en curso, tal como ocurriría con las meras expectativas"²⁰.

En este sentido, no hay lugar a la aplicación de la irretroactividad en Ley 2195 de 2022, toda vez que, al momento de entrada en vigencia de la Ley no existían situaciones jurídicas en curso que requirieran el análisis de las mismas para aplicar el principio de favorabilidad al investigado(a).

De otra parte, el artículo 8 de la Ley 2195 de 2022, es claro al establecer que el único termino previsto es el de diez (10) años a partir de la ejecutoria de la sentencia penal en contra del administrador sin importar la fecha en la cual sucedieron los hechos que dieron lugar a la condena.

"ARTÍCULO 8o. Adiciónese el artículo 34-6 a la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 34-6. Caducidad de las investigaciones administrativas. La facultad sancionatoria administrativa prevista en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 podrá ejercerse por las autoridades competentes en el término de diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial.

²⁰ Sentencia C-763 de 2002 Corte Constitucional, M.P. Jaime Araujo Rentería. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6420>

mediante la cual se declare la responsabilidad penal de los administradores, funcionarios o empleados de las personas jurídicas o sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia o en firme el reconocimiento de un principio de oportunidad en favor de los mismos, que hayan quedado ejecutoriados o en firme con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley e independientemente de la fecha de comisión de la conducta punible por parte de las personas naturales.

Constituye falta gravísima para el funcionario de la autoridad competente que no inicie actuación administrativa, estando obligado a ello, conforme los artículos 34, 34-1 y 34-5 de la Ley 1474 de 2011".(Negrilla fuera de texto)

Bajo ese entendido no son procedentes las afirmaciones de CONALVIAS al establecer que las conductas cometidas por su administrador no forman parte de la conducta sancionada porque los hechos punibles fueron consumados en los años 2009 y 2010 cuando no estaba tipificado como falta sancionable en consideración al principio de irretroactividad de la Ley sancionatoria o al de favorabilidad²¹.

3.2.1.2 Sobre la ejecutoriedad de la sentencia condenatoria en contra del administrador

En el proceso penal surtido en contra de Andrés Jaramillo López, administrador de CONALVIAS, por las irregularidades presentadas en la licitación pública N° UMV-LP-021-2009, se agotaron las dos instancias procesales que corresponden al procedimiento penal y las garantías que el legislador ha reconocido para el efecto.

Así, la sentencia de primera instancia fue emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá²² y, la de segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Seguidamente se interpuso recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia que fue desistido posteriormente.

En este orden de ideas, la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá el 23 de julio de 2021, no adquirió firmeza, toda vez, que el procesado presentó recurso de apelación, el cual se concede en el efecto suspensivo de acuerdo a lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 que señala:

"Artículo 177: Efectos. La apelación se concederá: en el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspende desde ese momento hasta

²¹ Página 3 del Recurso de Reposición. Radicado 2024-01-057758 del 09 de febrero de 2024

²² Juzgado segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C. Sentencia del veintitrés (23) de julio de 2021. Radicado No. 110016000000201401404 NI 278194

cuando la apelación se resuelva: 1. La sentencia condenatoria o absolutoria”²³.

Por lo tanto, la condena quedó en firme sólo hasta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, esto es, 10 de mayo de 2023 y fue justamente allí cuando se desvirtuó la presunción de inocencia, tal como indica la Sentencia C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, indicó que:

"El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. Así pues, la presunción de inocencia, se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos textos de derechos humanos”²⁴.

Resulta importante mencionar que el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, establece que se presume la inocencia de toda persona hasta tanto no sea judicialmente culpable, por lo tanto, CONALVIAS no puede basar su argumento en que esta Dirección declaró la Responsabilidad Administrativa, con ocasión de la sentencia de primera instancia que si bien fue en julio de 2021, hasta ese entonces el proceso no había llegado a su fin, dado que, este culminó cuando se dictó la sentencia de segunda instancia y en consecuencia la ejecutoria de la misma el 10 mayo de 2023.

En concordancia con lo anterior y tal como consagra el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, "(...) Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal (...)"²⁵, norma que encuentra complemento en el artículo 381 de la misma codificación en donde para condenar se impone al juez natural la necesidad de "el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio"²⁶; en otros términos, hasta tanto no se consolide la firmeza y ejecutoria del fallo que declara la responsabilidad penal, no hay lugar a predicar las consecuencias jurídicas de dicho reproche, siendo para el caso en particular, la responsabilidad administrativa en los términos del artículo 2 de la Ley 2195 de 2022, y ello solo ocurrió hasta el 10 de mayo de 2023, mucho después de la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022.

²³ Ley 906 de 2004. Artículo 177. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004_pr004.html#177

²⁴ Sentencia C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-205-03.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D205%2F03&text=Se%20trata%20de%20un%20tipo,cual%20se%20counsuma%20el%20il%C3%ADcito.>

²⁵ Ley 906 de 2004. Artículo 7. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#7

²⁶ Ley 906 de 2004. Artículo 381. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004_pr009.html#381

3.2.1.3 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Si bien es cierto, la responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia no está regulada como consecuencia de no ser admitida en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo establece Paula Andrea Ramírez en su artículo de reflexión *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en Colombia: realidades y desafíos"*:

"Colombia ha desarrollado discusiones y avances legislativos entorno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su tratamiento sancionatorio y la importancia de las políticas de cumplimiento normativo. Han cursado en el Congreso varios proyectos de ley que buscan mediante regímenes de responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas, el fortalecimiento de la cultura organizacional, la prevención de los delitos empresariales, la salvaguarda del orden económico y social, en un entorno de robustecimiento de la intervención penal en este ámbito.

Ejemplo de ello Proyecto de Ley 149 de 2020, que tenía como objeto crear el régimen jurídico de responsabilidad penal para las personas jurídicas de derecho privado, definir los elementos del programa de prevención y gestión de riesgos penales y establecer los programas de prevención y gestión de riesgos penales que deben adoptar las entidades públicas. También el Proyecto de Ley 178 de 2000, "Por la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional, y delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y se dictan otras disposiciones"²⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, Colombia no ha sido ajena de los debates sobre la Responsabilidad Penal en personas jurídicas, ni ajena a los pronunciamientos de la Corte Constitucional como se dio en la Sentencia C- 320 de 1998. Sin embargo, a la fecha Colombia no cuenta con una ley que permita la sanción de dichos actos penales cometidos por las Sociedades.

En este sentido, no es procedente que CONALVIAS haya sido parte o se haya defendido en el proceso penal donde fue investigado y sentenciado su administrador Andrés Jaramillo López, porque dicho escenario penal no era el competente para su defensa, toda vez que, como se mencionó, no existe responsabilidad penal de personas jurídicas en Colombia.

Siendo así, no le ha sido vulnerado el debido proceso a la Sociedad porque el escenario procesal para la investigación y posible sanción, según la Ley 2195 de 2022, es este, el de la Responsabilidad Administrativa al interior de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio en el que se han agotado las etapas procesales perentorias y se han respetado todas las oportunidades procesales de defensa y contradicción tal como se describió anteriormente.

²⁷ La responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en Colombia: realidades y desafíos. Paula Andrea Ramírez. Recuperado de: <https://una.uniandes.edu.co/images/septimaedicion/4.-Ramirez.pdf>

3.2.1.4 Sobre quienes actúan a través de la Sociedad

Los administradores de una Sociedad no se representan a sí mismos como personas naturales dentro de ella, sino que sus actuaciones representan a la persona jurídica para la cual han sido designados con tal calidad, siendo su nombramiento fruto de un acuerdo de elección realizado a través de la asamblea o junta de socios.

El artículo 438 del Código de Comercio determina que “(...) *la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la Sociedad cumpla sus fines*”²⁸. (cursiva fuera del texto original).

Igualmente, resulta fundamental recordar que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, establece que “*Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados (...)*”²⁹. (cursiva fuera del texto original).

En tal sentido, no es procedente desprender la responsabilidad de CONALVIAS de la responsabilidad de su administrador, ya que, Andrés Jaramillo López, actuó en calidad de administrador y en nombre de la Sociedad. Al presentarse a nombre de la misma para obtener la adjudicación del contrato de obra derivado de la licitación pública UMV-LP-021-2009 a favor del proponente plural, la Unión Temporal Vías Patria Ingeniería de la que uno de sus integrantes era CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Tal como lo establecen las sentencias de primera y segunda instancia en contra de Jaramillo López, se concluye que el beneficio pretendido no era para su propio provecho personal sino en favor de la Sociedad. Por lo tanto, CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL no puede endilgarle la calidad de ser un tercero ajeno a la Sociedad porque para el momento de los hechos era un administrador que actuaba en nombre y representación de ésta. Es decir, no podría entenderse que existe tal independencia entre la conducta desplegada por la persona natural que como representante legal, revisor fiscal, gerente o miembro de órgano de administración social procura los intereses de la Sociedad como unidad negocial de manera que el actuar que fue objeto de reproche en sede de proceso penal se tenga como apartado del comportamiento empresarial.

Por otro lado, en cuanto a la situación penal del administrador, esta Dirección no entra a examinar lo ya discutido en el proceso penal, dado que, los debates que tuvieron lugar en ese escenario no son de interés para el presente proceso administrativo sancionatorio, sin embargo, lo que sí es de interés para este proceso es la conexidad entre delito cometido, por el cual fue sentenciado Andrés Jaramillo López y su relación con CONALVIAS.

En este sentido, se pudo constatar que las actuaciones cometidas por este administrador fueron en nombre y representación de la Sociedad y no en nombre

²⁸ Decreto 410 de 1971. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
²⁹ Ley 222 de 1995. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html#23

propio. Por lo tanto, CONALVÍAS no puede excusar su responsabilidad en que no tenía conocimiento de las acciones de su administrador.

Ahora bien, con respecto a los administradores, en el recurso de reposición CONALVIAS afirma que por el hecho de que un miembro de junta directiva haya incurrido en fallas como las que dieron lugar a la condena del señor Jaramillo López, ello no demuestra que los demás miembros de la Junta Directiva o que el Representante Legal del CONALVIAS tuvieran conocimiento³⁰, lo cual no excusa a la Sociedad de ser objeto de investigación y sanción, dado que, el artículo 2° de la Ley 2195 de 2022, establece:

"(...) (i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011 , o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente; (...) ³¹". (subraya fuera del texto original).

Esto, nos lleva a concluir que basta con el actuar de uno sólo de los administradores para que se materialice la Responsabilidad Administrativa de la Persona Jurídica, en este caso, con el delito cometido por Andrés Jaramillo López que dio lugar a la sentencia penal condenatoria y así fue confirmado en sede la jurisdicción ordinaria penal, es más que suficiente para que se cumpla con el primer supuesto del artículo 2°.

Finalmente, es necesario conjugar lo dicho en los numerales 3.2.1.3 y 3.2.1.4 en el entendido de que no habiendo en el ordenamiento jurídico colombiano responsabilidad penal de personas jurídicas y, por lo mismo, atribuyéndose el reproche y la capacidad procesal de la sede penal solamente a la persona natural de Andrés Jaramillo López, pero además, habiendo obrado éste en nombre y representación de CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL lo que procede respecto de la persona jurídica es realizar el juicio de reproche por responsabilidad administrativa, la cual sí está prevista en la legislación nacional mediante la múltiples veces citada Ley 2195 de 2022, considerando la configuración legislativa de elementos de esta responsabilidad y la no exclusión de la responsabilidad penal y administrativa.

3.3 Consideraciones respecto del beneficio percibido por la Sociedad sancionada

CONALVIAS hizo parte de la Unión Temporal **VÍAS PATRIA INGENIERIA identificada con NIT 900.350.195** con el 1% de participación. Sin embargo, dado el caso de que esta participación haya sido mayor o menor, lo cierto es que de dicho porcentaje la Sociedad pudo obtener un beneficio no solo de contenido económico sino también por la ganancia en términos de experiencia adquirida

³⁰ Página 8, recurso de Reposición. Radicado 2024-01-057758 del 09 de febrero de 2024.

³¹ Artículo 2°, Ley 2195 de 2022. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=175606>

con la participación en el contrato de obra derivado del proceso de selección licitación pública No. UMV-LP-021-2009. Por lo tanto, es dable entender que la adjudicación conseguida si reportaba un beneficio a la Sociedad.

Con dicha experiencia, CONALVIAS podía presentarse a futuras licitaciones o procesos de selección, en los cuales, se exigiera un perfil ajustado a lo ofrecido por la Sociedad. Siendo así, a mayor experiencia, mayor oportunidad de cumplir con los requisitos establecidos para la adjudicación de futuros contratos. Por lo tanto, se entiende que la adjudicación pretendida por la Unión Temporal de la cual hacía parte la Sociedad fue oportunidad para que la Sociedad ampliara su experiencia y así pudiese seguir ejecutando futuras obras.

Así lo establece el Decreto 1082 de 2015, el cual **indica que las personas jurídicas deben presentar ante Cámara de Comercio la solicitud de inscripción en el Registro Único de Proponentes** acompañada de los certificados de experiencia en los que indiquen los bienes, obras y servicios a los que le atañe.

"Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv.

Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y es en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación, para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv (...)”³².

Así entonces se concluye que, sí existe un beneficio obtenido que no se circunscribe al 1% de participación en la Unión Temporal VÍAS PATRIA INGENIERÍA, situación que no es un tema menor por tratarse solamente al 1% o porque corresponda a un beneficio futuro o intangible como lo sería la experiencia adquirida.

Si bien al sancionador administrativo le corresponde advertir este beneficio en punto de que se acredite este elemento y se dé cumplimiento al principio de legalidad, de hecho, esto fue reconocido por el juez penal en las consideraciones del fallo de primera instancia en los siguientes términos:

"En el proceso licitatorio o en el proceso contractual se deben aplicar todos estos principios constitucionales y legales, transparencia, responsabilidad, publicidad, selección objetiva, seleccionar a quien tenga las mejores condiciones, a quien haya demostrado las mejores calidades y condiciones en los ámbitos, no

³² Decreto 1082 de 2015. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/VERSI%c3%93N%20DUR%20PLANEACI%c3%93N%20A CTUALIZADO%2028%20de%20octubre%202020.pdf>

solamente, técnicos, operativos, económicos, que le den confianza a la administración, que esa persona va a cumplir bien y fielmente con el cumplimiento de ese contrato. Empero, en este caso en particular, la Fiscalía General de la Nación dijo, el señor **ANDRES JARAMILLO LOPEZ** quien había sido derrotado en las licitaciones 007 y 008 del año 2009, en virtud de las observaciones que hizo [REDACTED] a ella, en la cual, si bien iba en los primeros puestos CONALVIAS, por esa observación en punto de la fábrica de pavimentos de la planta asfáltica si mal no recuerdo, se le restaron puntos y perdieron la licitación, que por ese hecho [REDACTED] denunció ante el zar de anti corrupción, ante los entes de control, ¿pero qué denunció?, las irregularidades, pero de manera alguna se demostró por cuanto el señor [REDACTED] como bien lo dijo, había un concepto de la Procuraduría que él aplicó y que así se los hizo saber a los oferentes que tenían interés en el contrato y que no podía y así se lo transmitió a los tres concejales, no podía pasar por alto porque podían verse en problemas y por ello, dijo, la licitación pasó pacíficamente en 5 minutos y se adjudicó el contrato.

En virtud a ello y con la nueva licitación 021 del año 2009, **ANDRES JARAMILLO LOPEZ**, conforme con el dicho del señor [REDACTED], se reunieron en el apartamento de [REDACTED] en las oficinas de CONALVIAS en las oficinas de [REDACTED] aún se veían en otras latitudes, en barcos, yates en Cartagena donde **ANDRES JARAMILLO LOPEZ** le dice, estoy interesado en la licitación próxima, en la licitación 021 y que él cumplía un ofrecimiento dinerario siempre y cuando se le adjudicaran esa licitación³³.

En el mismo sentido se refirió el *ad quem* en el fallo de segunda instancia que no descalificó los hechos probados en la primera instancia, por haberse acreditado los hechos fundamento de la acusación mediante pruebas testimoniales de las cuales en su oportunidad concluyó que:

"Más claro, directo y contundente no puede entonces ser el testimonio de IVÁN ALBERTO HERNÁNDEZ DAZA en cuanto a su interés indebido y al de ANDRÉS JARAMILLO LÓPEZ de que el susodicho contrato se le adjudicara a la unión temporal Vías Patria Ingeniería³⁴.

Ahora bien, en lo que se refiere a la sede administrativa, la Superintendencia mediante resolución 240-013662 de 23 de noviembre de 2023, decidió la solicitud de pruebas allegada por la Sociedad y conformó el acervo probatorio así:

"PRIMERO - DECRETAR e INCORPORAR las pruebas documentales aportadas la Sociedad CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, identificada con el NIT. 890.318.278-6 a través del escrito radicado

³³ Sentencia de primera instancia. Juzgado 2 Penal del Circuito. Rad. 110016000000201401404 NI 278194

³⁴ Sentencia de segunda instancia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Rad.

11001600000020140140401

bajo el número 2023-01-858054 del 26 de octubre de 2023, las cuales se detallan así:

"Anexo 1 = Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali, correspondiente a la sociedad CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL expedido el 13 de octubre de 2023, en 28 folios.

Anexo 2 = Copia simple del ACTA N°49 DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA suscrita el 31 de julio de 2012, en 24 folios.

Anexo 3 = Copia simple de la certificación expedida por la Secretaría General de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REABILITACIÓN (sic) Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIA (sic) – UAERMV, el 15 de agosto de 2012, en 2 folios.

Anexo 4 = Copia simple de las actas de diligencia de aprehensión de libros y papeles, embargo y secuestro de los bienes, en 34 folios.

Anexo 5 = Copia simple del Acta No. 2020-01-536826 y Consecutivo 400-001041 del 7 de octubre de 2020 correspondiente a la Audiencia de Resolución de Objeciones al proyecto de graduación y calificación de créditos y aprobación de inventario, en 41 folios.

Anexo 6 = Copia simple de los Autos Nos. 2021-01-714165 (sic) del 6 de diciembre de 2021, 2022-01-573815 del 25 de julio de 2022 y 2023-01-645160 del 11 de agosto de 2023, en 15 folios.

Anexo 7 = Copia Estados Financieros con corte al 31 de agosto de 2023 y el registro de transmisión a la Superintendencia de Sociedades el pasado 5 de octubre de 2023, en 30 (sic) folios".

De otra parte, y respecto del argumento del censor en cuanto al beneficio pretendido, éste indica que el beneficio fue mínimo, del uno (1%) del valor del contrato, y que el interés económico es un elemento de la esencia de los contratos mercantiles celebrados por las sociedades comerciales. Ante el mencionado argumento la Dirección entiende que es perfectamente lícito y legítimo que CONALVIAS tuviera un interés económico al suscribir conformar la Unión Temporal para la participación en la licitación pública No. UMV-LP-021-2009³⁵. Ahora bien, lo reprochable es la forma en cómo se llegó a dicho beneficio, y esto fue gracias a la comisión del ilícito de interés indebido en la celebración de contratos, actuación que fue debatida y probada en sede del proceso penal y que se ejecutó en nombre y representación de la empresa CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Así las cosas, el reproche de responsabilidad administrativa no se basa en el ejercicio legítimo del ánimo de lucro de la Sociedad sino en el mecanismo utilizado para procurar dicho beneficio, cual es la comisión de tipos penales en nombre, representación y en beneficio de la persona jurídica, confirmado así pue

³⁵ Página 11, recurso de Reposición. Radicado 2024-01-057758 del 09 de febrero de 2024.

el juez natural y presunto de esencia que permitió la apertura del proceso aquí en curso, en los términos del artículo 2 de la Ley 2195 de 2022.

Por todo lo anterior, para la Dirección de Cumplimiento es claro que el elemento de la responsabilidad administrativa referido al beneficio se encuentra presente en el caso que nos ocupa.

3.4 Consideraciones sobre la tolerancia de la persona jurídica sancionada frente a la conducta desplegada por alguno de sus administradores

El representante de la Sociedad sustenta el recurso de reposición indicando que la junta en pleno no tuvo conocimiento de las actuaciones cometidas por uno de sus administradores³⁶. Sin embargo, el acto cometido por el administrador Jaramillo López bastó para materializar la responsabilidad por las actuaciones cometidas en nombre de CONALVIAS.

Sumado a que no se demostró rechazo por parte de la Sociedad a los actos cometidos por este administrador, lo que permite colegir que CONALVIAS fue tolerante al no manifestar inconformidad alguna por las actuaciones cometidas que fueron demostradas durante el proceso penal del administrador.

Lo anterior, dado que, no se encontró que CONALVIAS utilizara herramientas que le permitieran desacreditar las malas prácticas cometidas por sus administradores, si bien existen unos deberes a cargo de los administradores establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, cierto es que la personería jurídica es, según el artículo 633 del Código Civil, una creación legal "*capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representada judicial y extrajudicialmente*"³⁷ y como tal requiere de sus administradores para el ejercicio de su objeto social. De ahí que para desvirtuar el tercer elemento de la responsabilidad administrativa era necesario demostrar que la Sociedad reprochó, sancionó o impugnó las actuaciones del administrador. Para tales efectos, tanto la ley penal como las normas relacionadas a conflictos societarios, específicamente aquellas relativas a la acción social de responsabilidad contra el administrador, habrían dado elementos de juicio a esta Dirección para estudiar la no tolerancia en contra del gestor de los negocios sociales actualmente condenado por corrupción.

Lo anterior en la medida en que la ley societaria prevé mecanismos para auscultar el comportamiento ímprobo de un administrador societario y teniendo en cuenta que la legitimación en la causa por activa recae en cabeza de la compañía³⁸, en ausencia de la posibilidad de ejercer acción derivada. Se echan de menos probanzas tendientes a acreditar el interés en ignorar la gestión ímproba por el señor [REDACTED] como también las acciones positivas por parte de la sociedad para accionar en contra del condenado.

³⁶ Página 8, recurso de Reposición. Radicado 2024-01-057758 del 09 de febrero de 2024.

³⁷ Código Civil. Artículo 633. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr019.html

³⁸ El artículo 134 del texto refundido de la ley de sociedades anónimas de 1989 contiene, en esencia, las mismas características consagradas en el artículo 25 de la ley 222 de 1995. Esos rasgos principales pueden sintetizarse de la siguiente manera: a. corresponde a la sociedad, que es la persona principalmente legitimada para su ejercicio (...) c. puede adoptarse en cualquier reunión, ordinaria, extraordinaria, universal, reunión por derecho propio, aunque no conste en el orden del día. Cfr. F.H. Reyes Villamizar. Derecho Societario. Tercera Edición. Temis. 727

La Sociedad en tanto persona jurídica independiente a los socios capitalistas que la conforman, está sujeta al cumplimiento de ciertas obligaciones que le impone el ordenamiento, vale decir, relacionadas con la diligencia en cabeza del ente corporativo de examinar y rendir informe de la gestión del administrador societario.

En tal sentido se pronunció la Dirección en la Resolución 240-000299 de 24 de enero de 2024 al estudiar el tercer elemento de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica de CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL:

"Ahora, como acertadamente se señaló en la Resolución No. 240-01168119 del 05 de octubre de 2023, la administración de sociedades de capital, como fue el caso de CONALVÍAS, era ejercida por un órgano plural y delegado por los socios que era la junta directiva, de la cual hace parte, inclusive hasta hoy (a pesar del estado de liquidación de la sociedad) Andrés Jaramillo López condenado por el interés indebido en la celebración de contratos relacionado con la licitación pública N° UMV-LP-021-2009 que derivó en la celebración del contrato N°078 de fecha 08 de abril de 2010 con la UNIÓN TEMPORAL VÍAS PATRIA INGENIERÍA de la cual hizo parte la sociedad investigada.

Por su parte el apoderado de CONALVÍAS afirma que aunque [REDACTED] ostentaba la calidad de miembro principal de la junta directiva, ello no confirma que sus actos cuenten con el consentimiento de la sociedad porque no hay constancia de que la Junta Directiva lo hubiese autorizado para cometer la conducta punible en nombre o beneficio de la sociedad y/o haya realizado pagos a funcionarios públicos para beneficio de la aludida licitación y menos aún, que los dineros que haya podido entregar para un supuesto favorecimiento hayan sido de la compañía, argumento que no puede ser de recibo por parte de esta Dirección.

En el caso en concreto, si bien no hay una acta de junta directiva que "autorice a cometer la conducta punible" por parte de [REDACTED] como lo expresa el liquidador de CONALVÍAS y con lo que intenta desvirtuar el consentimiento por parte de la persona jurídica, no hay duda que la Sociedad y sus administradores toleraron los actos de este miembro de junta directiva en la comisión de los actos de corrupción, pues a pesar de actuaciones llevadas a cabo y las investigaciones no se tomó medida alguna en contra de Jaramillo López y por el contrario, como se puede observar en varios apartes de la sentencia penal condenatoria, este actuó, inclusive, como representante legal de la Unión temporal de la que CONALVÍAS hizo parte"³⁹.

Por otro lado, en el Certificado de Existencia y Representación Legal de CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL de la Cámara de Comercio de Cali se encontraron las funciones del Gerente que dan cuenta de

³⁹ Resolución 240-000299 de 24 de enero de 2024. Página 33

las actividades previamente autorizadas en los estatutos y de las que se certificó la siguiente información:

"(...) Funciones de los Gerentes: A. gerentes principales: Son funciones, atribuciones y obligaciones de los gerentes principales, quienes son los representantes legales de la sociedad, y por consiguiente, les corresponde el uso exclusivo de la denominación social, las siguientes: 1. Administrar y representar legalmente a la sociedad; 2. Cumplir y ejercer las determinaciones de la asamblea general; 3. Constituir apoderados judiciales especiales y facultarlos para representar a la sociedad en los litigios que promueva o se le promuevan, 4. Constituir apoderados especiales extrajudiciales y otorgarles las facultades que considere necesarias para el cumplimiento del objeto social; 5. Presentar ofertas en todo tipo de procesos de selección de contratistas públicos o privados, licitaciones, manifestaciones de interés, cotizaciones y/o invitaciones a precalificar en el sector público o privado, concursos, invitaciones, asociaciones público privadas, precalificaciones públicas o privadas, mixtas o de cualquier naturaleza (...)"⁴⁰.

Ahora bien, la tolerancia y consentimiento también se determina en los controles de riesgo, elemento respecto del cual se dijo en la sanción:

*"Finalmente, en cuanto a los respectivos controles de riesgo que la persona jurídica haya adoptado para impedir que el riesgo de corrupción se materialice por el actuar de su administrador o funcionario, el apoderado de la sociedad no aportó prueba alguna de la aplicación de estos mecanismos o si quiera de su existencia, hecho que reafirma la tolerancia que tenía la sociedad al no contar con mecanismos idóneos que le permitieran gestionar este tipo de conductas"*⁴¹.

En todo caso, sí puede indicarse que el representante legal, como ejecutor de la voluntad de la Sociedad, vía la ficción normativa que respalda que el ente societario goce de poder decisorio⁴², le compete para la probidad de sus actos, el primer de los controles de riesgos, que es actuar de conformidad con los deberes previstos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, entre éstos, ajustarse a la ley:

"ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la

⁴⁰ Página 8. Certificado de Existencia y Representación de Sociedades de la Cámara de Comercio de Cali de la Sociedad Conalvias Construcciones S.A.S En Liquidación Judicial, NIT: 890318278-6.

⁴¹ Resolución 240-000299 de 24 de enero de 2024. Página 33

⁴² "La circunstancia de que la ley les conceda a los administradores sociales amplias posibilidades de acción, implica un riesgo potencial para los asociados y aun para los terceros. Ello es particularmente cierto en las sociedades de capitales, en donde los asociados están separados de la administración de los negocios sociales. Así, los accionistas podrían quedar a merced de las determinaciones que adoptan los directores y gerentes de las sociedades. Ésta gran autonomía de acción puede ser perjudicial si no existe un cuerpo de normas y principios jurídicos que definan las facultades y poderes de los administradores, establezcan sus obligaciones o deberes y determinen las sanciones por el incumplimiento de unos y otros." Reyes Villamizar, F. (2020). Derecho Societario: Vol. Tomo I (Cuarta Edición). Página 668. Editorial Temis.

diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
- 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
- 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”.

Siendo así, señaladas las funciones de los gerentes en el Certificado de Existencia y Representación Legal se entiende que la Sociedad a través de todos sus administradores sí tenía conocimiento de la autorización para la suscripción del acuerdo de Unión Temporal Vías Patria Ingeniería dirigido a la participación en la licitación pública N° UMV-LP-021-2009 de la Unidad Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

Por tal motivo, esta Dirección en la Resolución de Sanción impuesta a CONALVIAS el 24 de enero de 2024⁴³, ordenó la remoción de todos los administradores en caso de que siguieran ostentando tal calidad, como medida de rechazo ante el silencio y tolerancia que tuvieron con el actuar de [REDACTED] y en el marco de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 2195 de 2022.

⁴³ Radicado 2024-01-027697 del 24 de enero de 2024.

3.5 Consideraciones acerca de la sanción impuesta a CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL

Sea lo primero indicar que, ante el argumento del recurrente respecto de la sanción impuesta a la Sociedad ésta Dirección reconoce que una es la responsabilidad penal de la persona natural de [REDACTED] otra la responsabilidad administrativa de CONALVIAS y, una situación diferente, aun cuando consecuencia de la segunda, la sanción que deviene de la responsabilidad administrativa aquí examinada y los efectos económicos y jurídicos que la sanción pudiera generar en una Sociedad que se encuentra en liquidación judicial.

Pues bien, las responsabilidades penal y administrativa no están relacionadas de género a especie, por lo que las consecuencias de cada una de ellas también son del todo independientes, así lo ha resaltado la doctrina⁴⁴, e inclusive los criterios para la fijación de la sanción en cada una de las categorías de responsabilidad es diferente.

Así las cosas, teniendo un mandato legal que atribuye una consecuencia a una conducta reprochada por el ordenamiento jurídico se tiene también que la consecuencia se compone de varios elementos como son la declaración de responsabilidad y una sanción. En este caso, el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 2195 de 2022 indica a la Superintendencia que la multa a imponer será *“hasta de doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la que se sumará el mayor valor entre el beneficio obtenido o pretendido. La autoridad competente tendrá en cuenta la capacidad patrimonial de la persona jurídica”*⁴⁵.

La Superintendencia para determinar el valor de la multa a imponer tuvo en cuenta el mayor valor entre el beneficio obtenido y pretendido, puesto que no se puede obviar lo establecido por la Ley 2195 de 2022 citada. Sin embargo, esta Dirección es consciente del estado patrimonial de la Sociedad y por ello para la determinación del *quantum* respetó estrictamente el mandato de ley y en consecuencia el beneficio obtenido y, partiendo de una base de un mínimo, dentro del rango imposición, que es realmente cero (0) o nulo por lo que el valor

⁴⁴ “El derecho administrativo sancionador no es una rama del derecho penal, pues existen diferencias entre ambos sistemas normativos. Se ha afirmado que la potestad sancionadora de la Administración representa una de las facetas del *ius puniendi* del Estado, lo cual, sin embargo, no significa que el derecho administrativo sancionador—instrumento con el cual se concreta tal facultad— sea una rama del derecho penal, por lo que debe tenerse presente que en Colombia, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, no resulta adecuado referirse a este subsistema normativo como “derecho penal administrativo”, pues tal denominación, sustentada en la idea de que el derecho administrativo también podría concebirse como una faceta del derecho penal cuando este implicara la imposición de sanciones penales, es ajena a la realidad jurídica del país. El concepto de lo punitivo — en la lógica del *ius puniendi*— se relaciona con la facultad sancionatoria del Estado, más que con el concepto de pena desde el punto de vista penal, como medida que tiende a la privación de la libertad, y si bien es cierto que tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador son derivaciones de la misma construcción teórica facultativa de la sanción, también lo es que obedecen a una naturaleza jurídica que solo es distinta desde un punto de vista formal o normativo, como quiera que en primer término, el derecho penal tiene como ámbito de aplicación, al menos en Colombia, el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, en tanto que el derecho administrativo sancionador, por su parte, se presenta en el marco del ejercicio de la función administrativa, lo cual constituye una primera diferencia fundamental al menos desde el punto de vista adjetivo en el derecho colombiano”. Rojas López J.G. (2020). Derecho administrativo sancionador. Pág. 100-101. Universidad Externado de Colombia.

⁴⁵ Ley 2195 de 2022. Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=175606>

nominal de la sanción corresponde solamente al beneficio obtenido, sin que con esto se desconozca lo dispuesto en el numeral 1 de la norma.

De ahí que reconociendo esta Dirección que CONALVIAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL se encuentra en curso de un proceso de liquidación judicial de acuerdo a la Ley 1116 de 2006, y que se prevé la prelación de créditos para el pago de cada una de las acreencias, la multa impuesta por esta Dirección en todo caso deberá respetar el orden de pago que le sea asignado según lo establecido por las disposiciones legales vigentes y por el Juez del Concurso, potestad legal y competencia ajena a esta Dirección y sobre la cual no se tiene injerencia alguna o presupuesto de prejudicialidad. Como se ha insistido, se trata de actuaciones autónomas e independientes que se sustentan en hechos disímiles en su unidad de materia.

Como se citó en la Sentencia 2014-00104 de 2021 Consejo de Estado:

"La Corte Constitucional mediante sentencia C-092 de 2002¹¹ consideró lo siguiente:

«[...] el legislador prevé un sistema de preferencias, dependiendo de la calidad del crédito. La prelación de créditos es pues, el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata entonces de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; sólo existen aquellas expresamente contempladas en la ley».

30. Como se aprecia, es la misma ley la que determina las causas de la preferencia de forma taxativa, y al ser su aplicación restrictiva, no puede ser modificada por pacto privado o extendida por analogía. Dicha preferencia depende de la naturaleza del crédito, tal como lo indica el inciso segundo del artículo 2493 C.C., que señala:

«[...]

Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera»⁴⁶.

Así, considerando la capacidad patrimonial de CONALVIAS la multa de 38575.13 UVB equivalentes a **CUATROCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS MCTE** (\$422.436.199,52) es resultado de un ejercicio de proporcionalidad entre el límite del mínimo al máximo que se podría imponer como multa y el beneficio pretendido por la Sociedad en la participación de la UT VÍAS PATRIA INGENIERIA.

⁴⁶ Sentencia 2014-00104 de 2021 Consejo de Estado. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172698>

En tal sentido, esta Dirección mantiene la sanción sin desconocer la existencia de los acreedores y, por lo tanto, será respetuoso de la prelación que se le asigne a la multa impuesta.

En mérito de lo expuesto, la Directora de Cumplimiento de la Superintendencia de Sociedades de Colombia,

RESUELVE

PRIMERO. Rechazar el recurso de reposición presentado por la Procuraduría General de la Nación por los considerandos expuestos en la parte considerativa del presente acto administrativo.

SEGUNDO. CONFIRMAR las Resoluciones N° 240-000299 y 240-000303, de 24 de enero de 2024, en su integridad.

TERCERO. NOTIFICAR el presente acto administrativo, según lo establecido en los artículos 56 y 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- y demás normas concordantes, a [REDACTED] identificado con la cédula de ciudadanía número [REDACTED], quien obra como [REDACTED] de la Sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S., EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, identificada con el NIT. 890.318.278 a los siguientes correos electrónicos: conalvias@conalvias.com [REDACTED] y, a la calle 70 No. 7-60 oficina 201; y a la [REDACTED]

CONSEJO DE ESTADO⁴⁷, a la siguiente dirección de correo electrónico: [REDACTED] y a la Carrera 5 No. 15-80 Piso 20.

CUARTO: ADVERTIR que la presente resolución no procede recurso adicional alguno en los términos del artículo 17 de la Ley 1778 de 2016.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Directora de Cumplimiento

TRD:

⁴⁷ Según radicado 2024-01-057758

⁴⁸ Según radicado 2024-01-005950