Resolución 2021-01-674498

Identificación de la decisión

Tipo de decisión	Resolución
Dependencia	Dirección de Investigaciones Administrativas por Captación y de Supervisión de Asuntos Financieros Especiales
Naturaleza de la decisión	Supervisión de Asuntos Financieros Especiales
Radicado	2021-01-674498
Fecha	2021-11-16
Sujeto	Alpha Capital S.A.S.
Expediente	85830

Tema

Resolución de recurso de apelación contra acto administrativo que ordena el sometimiento a control de una sociedad comercial

Subtemas

Defensa durante la actuación; oportunidad probatoria y traslado de pruebas de oficio; autonomía de la información financiera local; certificación y dictamen; evaluación de negocio en marcha; aprobación y transmisión de estados financieros; libro de actas; trazabilidad y custodia de pagarés; naturaleza preventiva del control; coexistencia con procedimiento extranjero.

Problemas jurídicos

1.	¿Cómo se garantiza la defensa al adoptar una medida de control antes de vencer un requerimiento pendiente y qué alcance tiene el traslado de pruebas de oficio frente a la oportunidad de aportar documentos en los recursos administrativos?
2.	¿La pertenencia a un grupo empresarial y la reexpresión de cuentas de una matriz extranjera justifican que la sociedad local carezca de estados financieros certificados y dictaminados y omita sus obligaciones de información?

3.	¿Qué circunstancias permiten establecer una situación crítica que justifique el sometimiento a control y cómo deben valorarse la hipótesis de negocio en marcha, los incumplimientos societarios y las inconsistencias en la custodia de pagarés?

Tesis planteadas

1. Defensa y oportunidad probatoria en la apelación administrativa:

La defensa debe verificarse en el desarrollo de la actuación, atendiendo la participación del supervisado, el origen de la información, su conocimiento de las pruebas y la valoración de sus explicaciones. La expedición del acto antes de vencer un requerimiento no constituye por sí sola vulneración cuando la sociedad ya ha intervenido, la situación crítica está acreditada y la respuesta pendiente se incorpora y examina en los recursos; ello no establece un saneamiento general de defectos por la sola existencia de impugnaciones. El traslado de documentos decretados de oficio garantiza su contradicción, pero no abre otra oportunidad para aportar pruebas, que el artículo 79 del CPACA sitúa en la interposición de los recursos. La valoración de documentos posteriores potencialmente relevantes para modificar la situación exige conservar esa distinción.

2. Autonomía y fiabilidad de la información financiera:

Cada sociedad debe cumplir sus obligaciones de contabilidad e información financiera con independencia de la pertenencia a un grupo empresarial. Invocar errores de una matriz extranjera no justifica la falta de estados financieros locales fiables si no se explica y sustenta su incidencia concreta. Cuando son exigibles la certificación y el dictamen, un borrador aprobado por la asamblea no los sustituye, ni exonera de entregar a la revisoría fiscal la información necesaria para auditar. La persistencia de esa carencia, que impide conocer oportunamente la situación económica y afecta a usuarios internos y terceros, configura una situación crítica contable suficiente para mantener el control.

3. Situación crítica y carácter preventivo del control:

El sometimiento a control es una medida preventiva y correctiva, no una sanción, y requiere comprobar una situación crítica en cualquiera de los órdenes jurídico, contable, económico o administrativo, sin que deban concurrir todos. La apreciación flexible de la autoridad permanece sujeta a los presupuestos legales y a las condiciones particulares de la sociedad. Un indicador financiero no demuestra por sí solo el incumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha; deben valorarse las pérdidas, su incidencia patrimonial, las incertidumbres y la evaluación prospectiva de la administración. Los incumplimientos de aprobación, transmisión de información y registro de actas se examinan conjuntamente con la crisis contable y económica. Las diferencias no aclaradas entre pagarés registrados y custodiados refuerzan el fundamento administrativo cuando comprometen la trazabilidad de la cartera que constituye el activo principal y se destina a venta.

Razón o fundamento principal de la decisión

Los artículos 3, numeral 1, y 40 del CPACA exigen respetar representación, defensa y contradicción durante la actuación, mientras los artículos 74, 76 y 77 regulan la procedencia, oportunidad y sustentación de la apelación. La garantía no se reduce a poder recurrir. Para verificarla se consideran la participación de la sociedad en requerimientos y toma de información, el origen de los elementos determinantes en documentos suministrados por la compañía y el examen de sus explicaciones. Bajo esas circunstancias, el requerimiento pendiente no impide decidir cuando se ha constatado la situación crítica del artículo 85 de la Ley 222 de 1995. La respuesta que no pudo examinarse en el acto inicial fue incorporada y valorada al resolver reposición y apelación; solo subsidiariamente se razona que esa consideración efectiva elimina la eventual afectación derivada de no haberla tenido en cuenta inicialmente. No se deriva de ello que cualquier defecto de defensa quede saneado por la existencia de recursos. La incorporación oficiosa de comunicaciones posteriores de la revisoría fiscal tiene apoyo en el artículo 79 del CPACA y permite contar con elementos para revisar los reparos, siempre que se trasladen al administrado conforme a los artículos 3 y 40 y se valore su pronunciamiento. Ese traslado no modifica la oportunidad probatoria: según el artículo 79, los recursos se resuelven de plano, salvo pruebas solicitadas al interponerlos o decretadas de oficio, por lo que la contradicción no constituye un nuevo término para presentar documentos. La resolución examinó, no obstante, los estados financieros y el acta aportados posteriormente por su posible incidencia en la situación supervisada y para garantizar plenamente la defensa, sin reconocer una reapertura general de la oportunidad legal.

El artículo 19 del Código de Comercio impone llevar contabilidad que refleje completa y fidedignamente la situación económica; los artículos 37 y 38 de la Ley 222 de 1995 regulan la certificación y el dictamen de los estados financieros. Estas obligaciones

corresponden a la persona jurídica local y no se suspenden por una revisión de cuentas en la sociedad extranjera que reconoce como matriz. Si se alega que los errores de aquella repercuten en la información local, debe explicarse y sustentarse la relación causal, particularmente cuando la consolidación corresponde a la entidad extranjera. La ausencia prolongada de información definitiva, la falta de entrega de soportes que impide culminar la auditoría y la aprobación de un borrador sin certificación ni dictamen no acreditan una gestión diligente ni satisfacen esos deberes. El marco conceptual de las NIIF, en OB2 y CC29, destaca la utilidad y oportunidad de la información para decisiones de inversores, prestamistas y otros acreedores; disponer de datos inciertos cerca del cierre del siguiente ejercicio eleva el riesgo para la sociedad y los terceros. La obligación de preparar y someter la información al máximo órgano, bajo el artículo 422 del Código de Comercio, y la de transmitirla al supervisor no son optativas. La carencia probada de estados financieros exigibles, debidamente certificados y dictaminados, configura en esas condiciones una situación crítica contable del artículo 85 de la Ley 222, suficiente para sostener el control aunque se examinen adicionalmente los demás órdenes.

El artículo 189, numeral 24, constitucional y el artículo 82 de la Ley 222 de 1995 sustentan la fiscalización gubernamental. El artículo 85 de esta ley permite ordenar correctivos a sociedades comerciales no vigiladas por otra superintendencia cuando se comprueba una situación crítica jurídica, contable, económica o administrativa; basta uno de esos órdenes. C-233 de 1997 reconoce un margen de apreciación flexible dentro del marco legal y de la evaluación particular de la empresa, mientras el Consejo de Estado, en sentencia de 22 de junio de 2006, caracteriza el control como preventivo y no sancionatorio. En el orden económico, un patrimonio no deficitario no descarta el deterioro producido por pérdidas que absorben el capital y parte de la prima en colocación de acciones. Los datos preliminares deben apreciarse con su falta de certificación y dictamen, sin atribuirles certeza definitiva. El artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074 de 2015, adicionado por el Decreto 854 de 2021 y modificado por el Decreto 1378 de 2021, no convierte un indicador aislado en prueba automática de incumplimiento de negocio en marcha. La NIC 1, incorporada para el Grupo 1 en el Decreto 2420 de 2015, exige que la gerencia evalúe continuidad, revele incertidumbres importantes y considere información futura que cubra al menos doce meses desde el cierre, ponderando rentabilidad, vencimientos y financiación. La omisión de esa evaluación, pese a pérdidas y procedimientos concursales del grupo, integra la crisis económica.

En el orden jurídico, los artículos 422 y 431 del Código de Comercio, el artículo 2 del Decreto 176 de 2021 y la Circular Externa 100-000015 de 2020 sustentan los deberes de reunión ordinaria, aprobación de información idónea, asentamiento de actas y transmisión por XBRL; sus infracciones se valoran conjuntamente con la crisis, no como incumplimientos aislados. En el administrativo, las diferencias entre el software y la custodia no se desvirtúan con explicaciones o archivos cuya autenticidad no se comprobó y que no aclaran la conciliación. Su relevancia depende del peso de la cartera en el activo

y de su venta prevista: la medida busca esclarecer esas diferencias y corregir la gestión, sin declarar por ese solo hecho pérdida o inexistencia de los títulos.

Consideraciones adicionales

El sometimiento a control no es incompatible con el procedimiento concursal adelantado en el extranjero ni releva a la Superintendencia de ejercer sus competencias locales. La participación en ese trámite no altera los presupuestos del artículo 85 de la Ley 222 de 1995. La resolución descarta que la medida obstaculice por sí misma el proceso extranjero, sin decidir su reconocimiento, coordinación transfronteriza o los efectos particulares de las órdenes de la autoridad extranjera.

Decisión

Confirmar en todas sus partes la Resolución 920-004928 de 30 de agosto de 2021, manteniendo el sometimiento a control de Alpha Capital S.A.S. Ordenar la notificación al representante legal o a quien haga sus veces, conforme al artículo 67 y siguientes del CPACA, y advertir que contra esta resolución no procede recurso alguno.

Fuentes legales

Constitución Política (artículo 189, numeral 24).

Ley 222 de 1995 (artículos 37, 38, 82, 84 y 85).

Código de Comercio (artículos 19, 422 y 431).

Ley 1437 de 2011, CPACA (artículos 3, numeral 1; 40; 67 y siguientes; 74, 76, 77 y 79).

Decreto 1736 de 2020 (artículo 28, numerales 8 y 12), modificado por el Decreto 1380 de 2021 (artículo 12).

Resolución 100-000040 de 8 de enero de 2021 (artículo 66, numeral 66.10).

Resolución 100-000041 de 8 de enero de 2021 (artículo 38, numeral 38.3).

Decreto 1074 de 2015 (artículos 2.2.2.1.1.1, numerales 1 y 2; y 2.2.1.18.2).

Decretos 854 y 1378 de 2021 (adición y modificación del artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074; sin artículos propios individualizados en la resolución).

Decreto 2420 de 2015 (incorporación de las NIIF del Grupo 1; NIC 1, párrafo 25 y evaluación prospectiva; marco conceptual, OB2 y CC29).

Decreto 176 de 2021 (artículo 2).

Circular Externa 100-000015 de 10 de diciembre de 2020 (transmisión de información financiera; sin numeral individualizado).

Fuentes jurisprudenciales

Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de junio de 2006 (radicación 11001-03-24-000-2003-00152-01), consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Aclaraciones o adiciones

No se registra.

Recursos

La resolución decide la apelación subsidiaria presentada por Augusto Álvarez de Iturbe, representante legal de Alpha Capital S.A.S., tras la confirmación del acto inicial en reposición mediante Resolución 920-006574 de 28 de octubre de 2021. Contra la decisión de apelación no procede recurso alguno, conforme a su artículo tercero.

Acción de tutela

No se registra.

Descriptores y filtros

Descriptores	Filtros
Actas:	de reuniones sociales , valor probatorio
Actos administrativos:	efectos , recursos
Administradores:	deberes , diligencia , información
Asamblea general de accionistas:	actas , reuniones ordinarias
Contabilidad:	irregularidades , libros de comercio , normas internacionales de información financiera , obligación
Estados financieros:	aprobación , certificados , dictaminados , irregularidades , presentación
Funciones administrativas de la Superintendencia de Sociedades:	control , medidas administrativas , vigilancia
Grupo empresarial:	estados financieros consolidados , matriz
Patrimonio:	activos , pérdidas
Principios procesales:	debido proceso , defensa y contradicción
Pruebas:	de oficio , documentos , oportunidad , traslado , valoración
Recursos:	apelación , oportunidad , requisitos , resolución , sustentación , trámite
Revisor fiscal:	dictamen de estados financieros , funciones , informes

Descriptores	Filtros
Supervisión:	alcance de las facultades , actividades de supervisión , decisiones , funciones , sociedades objeto de supervisión