



Al contestar cite el No. 2020-01-565938



Tipo: Salida Fecha: 27/10/2020 08:44:36 AM
Trámite: 9002 - CONTESTACION DEMANDA
Sociedad: 900437991 - ELITE INTERNATIONAL Exp. 77054
Remitente: 221 - GRUPO DE DEFENSA JUDICIAL
Destino: - JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL D
Folios: 74 Anexos: SI
Tipo Documental: OFICIO Consecutivo: 221-211817

Señor
JUEZ 38 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
Sección Tercera
admin38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
E.S.D.

EXPEDIENTE No. 110013336038-2018-00425-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES: INVERSIONES PALMA GREG SAS
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y OTROS

NELSON ALBERTO QUINTERO BARBOSA, identificado con la cédula de ciudadanía No 19455782 de Bogotá y TP 83422 CSJ., actuado como apoderado de la Superintendencia de Sociedades, para lo cual allego el respectivo poder y solicito comedidamente el reconocimiento de personería, procedo oportunamente a contestar la presente demanda, en los términos que se detallan a continuación:

A LAS PRETENSIONES

A) Se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la demandante, por cuanto las actividades desplegadas por la Superintendencia de Sociedades respecto a la sociedad Elite Internacional Américas SAS están ajustadas a derecho, y no puede condenarse a quien ha cumplido a cabalidad con la ley. Y si algún daño se produjo, el mismo no es imputable a la Entidad.

De igual forma se deja dicho que la sociedad Elite Internacional Américas SAS fue sometida al máximo grado de Supervisión (control / artículo 85 de la Ley 222 de 1995), medida que no fue suficiente, conllevando a que mediante Auto No. 400-013672 del 9 de septiembre de 2016 se le admitiera oficiosamente al proceso jurisdiccional de reorganización empresarial en voces de la Ley 1116/2006, lo que no fue obstáculo para continuar realizando investigaciones sobre el ente económico, al punto que como resultado de ello se vio la imperiosa necesidad de un mes más tarde, e igualmente como juez, dictar el Auto No. 400-016025 del 18/10/2016 ordenando la terminación de la reorganización y decretando la apertura de su liquidación judicial en aplicación del artículo 49.3 de la citada Ley 1116, y por cuanto se recaudó prueba suficiente del negocio ilegal, lo cual no pudo ser advertido con anterioridad en la medida que los directivos de la sociedad i) no manejaron Normas Internacionales de Contabilidad a pesar de los requerimientos y ii) llevaban las operaciones de compraventa de cartera a cuentas de orden cuando debían ser reflejadas como pasivos.



En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa y más empleo.
www.supersociedades.gov.co
webmaster@supersociedades.gov.co
Línea única de atención al ciudadano: 01 8000 11 43 19
Tel: (57-1) 2201000
Colombia





Ahora bien, debe agregarse que en la forma como se encuentra la prueba ilegible allegada por la demandante *CONTRATO DE COMPRAVENTA DE CARTERA...*, determina con total claridad que este es un contrato de adhesión, es decir, fue elaborado unilateralmente por la misma **Elite Internacional Américas SAS**, cuya mayoría de cláusulas y/o condiciones no podían ser discutidas libre y previamente por las clientes de aquellas y que hoy demandan a la Superintendencia de Sociedades, limitándose a expresar su aceptación voluntariamente.

B) Es más, debe advertirse de una vez que si bien la Superintendencia Financiera de Colombia en escrito dirigido a mi defendida había concluido que las actividades desarrolladas por la citada sociedad no configuraban hechos objetivos y notorios de captación masiva y habitual de recursos del público, la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento igualmente de sus deberes legales decidió confirmar la información y realizó una primera toma de información a la Compañía Elite Internacional Américas SAS, evidenciando únicamente deterioro económico.

Luego realizó otras dos tomas de información, para lo cual recepcionó testimonios, hizo entrevistas y elevó requerimientos a las originadoras de los pagarés libranza, con lo cual recaudó evidencia de una situación crítica al interior de la sociedad, que la hizo merecedora del máximo grado de supervisión societaria denominado control, grado de supervisión que condujo a una evaluación en que finalmente se procedió a convocar a reorganización y posterior a ello, su liquidación judicial, al encontrarse los supuestos para el efecto. En este estado, se siguió con las actuaciones administrativas y en tal sentido se verificó la existencia de hechos notorios de captación de recursos del público sin autorización legal, lo que condujo que la liquidación judicial pasará a serlo como medida de intervención, en los términos dispuestos por el Decreto 4334 de 2008.

C) Por último en lo sucesivo identificaré a **Elite Internacional Américas SAS** con los términos: compañía, empresa, persona jurídica, sociedad, intervenida, o cualquier otra semejante.

Con estos antecedentes procedo a referirme a los:

A LOS HECHOS

Al 1º - No me costa, sin embargo revisada la demanda y sus anexos se deduce que efectivamente la demandante celebró contratos de adhesión con la sociedad Elite Internacional Américas SAS, hoy en liquidación judicial como medida de intervención.

Al 2º. – No me consta, son aspectos personales adelantados por la demandante, es decir, sin participación directa o indirecta de la Superintendencia de Sociedades. Además no me consta la información suministrada por los llamados asesores de Elite Internacional Américas SAS.

Al 3º– No me consta en la medida que la Superintendencia no hizo parte alguna de la *negociación* adelantada por la demandante.



Al 4º. - Me atengo al tenor literal del objeto social dispuesto en el certificado de existencia y representación legal correspondiente a la sociedad Elite Internacional Américas SAS

Al 5º. – No me consta, debe probarse

Al 6º. No me consta el interés ofrecido, no obstante el mismo debió estar conforme al certificado por la Superintendencia Financiera, por lo que me atengo a ello.

Al 7º.- Por ser un hecho que debe ser contestado por otra entidad, no me pronunciaré sobre el particular

Al 8º y 44º.- No es cierto ya que revisado el sistema de radicación de mi defendida, no se observa que la demandante haya allegado solicitud alguna pidiendo información de la sociedad Elite Internacional Américas SAS.

De igual forma, la demandante no pudo establecer para la época en que realizó sus negociaciones con la sociedad Elite Internacional Américas SAS en liquidación judicial como medida de intervención, cuál era el grado de supervisión que tenía la Superintendencia de Sociedades respecto de la sociedad ya citada y mucho menos puede pensarse que mi defendida tenía conocimiento de las operaciones fraudulentas que de la misma se demostraron más tarde, **aspecto que debe ser probado por la demandante (allegar al plenario copia de la denuncia penal en contra de mi defendida).**

8.1. No es cierto. No obra petición o investigación por parte de la demandante respecto la legalidad del negocio. Y las pruebas que obran en el expediente se concreta en comunicaciones de personas distintas a la actora en los que i) se solicita certificación sobre la clase de supervisión ejercida por la entidad o ii) se alega la verificación de los presupuestos de captación ilegal de dinero del público, pero las mismas tienen como factor común la carencia de pruebas demostrativas del fenómeno.

8.2. Es cierto en forma parcial. Tal como se dijo en un principio, se realizaron diversas visitas a la sociedad, pero no por que se conociera del negocio de captación ilegal de dineros del público. En un principio, mi defendida realizó varias diligencias en busca de sostener la sociedad como fuente de empleo y riqueza, sin embargo, por la situación de la compañía de iliquidez se determinó que fuera admitida a un proceso de insolvencia de reorganización y posteriormente liquidación judicial.

Después de ello se siguió investigando administrativamente, para el final concluir la existencia de captación ilegal de dineros del público, lo que motivó que se solicitara por parte de la Delegatura de IVC a la Delegatura de Insolvencia, proceder a tomar las medidas necesarias para devolver los dineros captados ilegalmente a los afectados, esto es en la Liquidación Judicial como medida de intervención.

Para llegar a esta conclusión, se realizaron solicitudes de envío de información, se recibieron testimonios, se hicieron entrevistas y elevaron requerimientos a las originadoras de los pagarés libranza, lo que evidenció la situación crítica al interior de la sociedad y por tanto el 7/7/2016, sometió a la sociedad Elite Internacional Américas SAS al máximo grado



de supervisión (control / artículo 85 de la Ley 222 de 1995).

Continuando con el ejercicio de actividades de tipo administrativo, se expidieron por mi defendida requerimientos de información a los originadores de cartera de dicha sociedad, **los cuales se relacionan en otros argumentos de defensa**

Siguieron las averiguaciones y se recepcionaron pruebas entre las que se destacan los testimonios de terceros rendidos ante la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control por los revisores fiscales de la compañía (Moore Stephens SCAI S.A.)¹¹, los testimonios de parte de los señores MARINO CONSTANTINO SALGADO CARVAJAL (Vicepresidente de Riesgo) y JORGE ENRIQUE NAVAS VENGOECHEA (Representante Legal Suplente y Vicepresidente Financiero)¹ y los requerimientos de información de carácter financiero, administrativo y jurídico², todo lo cual fue el insumo para la Resolución 300-002459 del el 7 de julio de 2016 por medio de la cual ÉLITE SAS fue sometida a control como máximo grado de supervisión³.

Mediante auto 400-0016025 del 18 de octubre de 2016, esta entidad resolvió decretar la terminación del proceso de reorganización de la sociedad ÉLITE S.A. y decretar la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la citada sociedad.

De la misma forma, con el Memorando 2016-01-577095 del 9 de diciembre de 2016, el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades solicitó al Superintendente Delegado para Insolvencia proceder a adoptar las medidas que correspondieran de conformidad con los Decretos 4333 y 4334 de 2008, con base en las cuales se ordenó la liquidación judicial con fines de intervención, al haberse determinado que existía captación de recursos del público sin autorización estatal.

8.3 y 8.4. No es cierto, en lo que atañe a la Superintendencia de Sociedades, las diligencias de toma de información a la citada sociedad se efectuaron los días 16, 18, 22 y 25 septiembre de 2015. La segunda los días 3, 4, 12, 13, 16 y 17 de mayo de 2016 que originaron los informes de vista consecutivos No. 355-004494 y 355-0074721.

No obstante, la investigación de la entidad no se redujo a la toma de información de la misma, sino que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° del Decreto 1219 de 2014, por medio del cual se adicionó al artículo 5° del Decreto 4350 de 2006 (actualmente incorporado en el Decreto 1074 de 2015), el 2 de febrero de 2015 se efectuó un requerimiento de información a 48 sociedades dedicadas a la compra y venta de títulos valores, con el objetivo de identificar las sociedades sujetas a vigilancia de esta Superintendencia respecto a la actividad de factoring, dada la creación del Registro Nacional de Factores (RUNF). Como resultado del análisis se identificaron 5 sociedades que cumplían los criterios establecidos en los literales f) y g) del artículo 5 del Decreto 4350 de 2006, hoy recogido en el Decreto 1074 de 2015, tales como objeto social exclusivo, monto de operaciones y contratos de mandatos específicos con terceras personas.

¹ Grabación que reposa en el radicado 2016-01-356966 del 28/06/2016

² Radicaciones Nos 2016-01-305125 y 2016-01-336748 del 2 y 15 de junio de 2016, respectivamente.

³ Artículo 85 de la Ley 222 de 1995.



De igual manera, de acuerdo a lo dispuesto en el literal c) del artículo 2 de la Ley 1527 de 2012, el 6 de febrero de 2015, se remitió un oficio masivo a 50 sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, que adelantan la actividad de comercialización o administración de créditos libranza, mediante el cual se les informó sobre su estado de vigilancia ante esta Entidad y los deberes y obligaciones que ello conlleva respecto a la actividad de libranzas y los aspectos societarios que deben tenerse en cuenta.

Posteriormente, el 22 de mayo de 2015, se envió el mismo oficio a 332 sociedades adicionales operadoras de libranzas, en el cual también se les informó sobre su estado de vigilancia y sus obligaciones y deberes.

Asimismo, y en respuesta a la Superintendencia Financiera, se libró el Oficio No. 300-092436 del 24 de mayo de 2016, se informa que en el listado remitido por aquella se identificaron 37 sociedades comerciales y 1 caja de compensación, respecto de lo cual se aclara que la Supersociedades de acuerdo con las facultades establecidas en la Ley 222 de 1995, solamente posee información financiera de algunas sociedades comerciales, siempre y cuando no se encuentren bajo la vigilancia de otra Superintendencia, y en esa medida era imposible suministrar la información respecto de la caja de compensación.

De otro lado se impartieron órdenes para desmontar la operación hasta cumplir con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 a dos sociedades, en julio de 2016, debido a los hallazgos realizados por esta Superintendencia.

Entre el 19 y el 21 de julio de 2016 se generaron 405 oficios a las sociedades operadoras de libranza y sociedades de *factoring*, en los cuales se solicitó información correspondiente al valor de la cartera de libranzas comprada y vendida con corte al 31 de mayo de 2016, en la cual debían especificar si la misma fue transferida con o sin responsabilidad. Se expidió la Circular Externa 100-000007 del 24 de agosto de 2016 dirigida a las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, que adelanten la actividad de comercialización o administración de créditos libranza, por medio de la cual se solicitó información sobre la actividad que desarrollan de conformidad con las nuevas funciones asignadas a esta Superintendencia en el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.54.3 y en el artículo 2.2.2.54.6 Decreto 1074 de 2016.

Se informó a la Gobernación del Atlántico sobre los hallazgos realizados en diferentes diligencias de tomas de información a sociedades operadoras de libranzas en relación con la Corporación Aliada para el Desarrollo Integral de los Trabajadores al Servicio del Estado – CORPOSER, identificada con NIT 900.778.323, con el fin de que dicha entidad ejerciera las facultades de inspección, vigilancia y control de acuerdo con su competencia (oficio 300-158580 del 22 de agosto de 2016).

Así también, se remitió información a la Gobernación de Córdoba sobre los hallazgos obtenidos con relación a la Corporación de Inversiones de Córdoba COINVERCOR, identificada con NIT 900.297.634 (oficio 300-177115 del 15 de septiembre de 2016).

Se llevaron a cabo diligencias de toma de información a 69 sociedades.



Para terminar el hecho, en el expediente de Elite Internacional Américas SAS no es factible encontrar, pues no existió, que la Superintendencia de Sociedades haya emitido concepto favorable alguno respecto de las actividades por ella desplegadas, principalmente relacionadas con la captación ilegal de dineros del público.

Al 9º – No me consta, se refiere a hechos de terceros y a manifestaciones que no provienen de la entidad que represento, sin embargo el hecho del registro es una obligación de tipo legal (artículo 28 (1)) del Código de Comercio.

Al 10º – No me consta, se trata de una actuación de la parte demandante que no se concreta en cuál o cuáles fueron las diligencias realizadas, pero además, el hecho de estar inscrita la compañía ELITE SAS en la correspondiente Cámara de Comercio, implicaba que sus actuaciones estuvieran de acuerdo con la ley, como lo demostró la Superintendencia de Sociedades, al punto de haber ordenado su liquidación judicial como medida de intervención.

Al 11º – Me atengo a las copias allegadas como prueba por la demandante: *CONTRATO DE COMPRAVENTA DE CARTERA PERSONA NATURAL*, proformas de los contratos de adhesión que voluntariamente suscribió la actora para la adquisición de libranzas.

El 12º al 17º – Son ciertos en cuanto que entregó dineros la demandante a ELITE SAS, no me consta la fecha en que supuestamente dejó la actora de percibir los denominados pagos.

Matemáticamente tenemos:

Valor entregado Final	Valor pagado Final	Valor Aceptado	Saldo Pendiente
1.326.471.180,00	598.358.414,00	728.112.766,00	710.397.467,24

Como se aprecia, son otros los datos que se manejan al interior del proceso que en los términos de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 adelanta ELITE SAS, y ello obedece a que el artículo 9º del Decreto 1910 consagra que el proceso de liquidación judicial, como medida de intervención, persigue la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del intervenido mediante la enajenación o adjudicación de los bienes, y su aplicación, en primera medida van las devoluciones aceptadas insolutas, hasta concurrencia del valor de las mismas, es decir, los intereses causados desde el vencimiento de la obligación hasta el inicio del proceso en mención se reconocen pero se tienen legalmente postergados para ser pagados luego de la cancelación de los demás créditos, porque así lo dispone expresamente la ley.

Además, el literal d) del artículo 10º del Decreto 4334 de 2008 preceptúa que el Agente Interventor, dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término anterior, expedirá una providencia que contendrá las solicitudes de devolución aceptadas y las rechazadas, la cual será publicada en la misma forma de la providencia de apertura. Contra esta decisión procederá el recurso de reposición que deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición de esta providencia. Las devoluciones aceptadas tendrán





como base hasta el capital entregado.

Acorde con lo anterior, el literal a) del parágrafo primero de la citada disposición prevé que se atenderán todas las devoluciones aceptadas, dividiendo por el número de solicitantes, hasta concurrencia del activo y hasta el monto de lo aceptado.

Al 18º. No es cierto, lo que hizo la Superintendencia de Sociedades, además de no haber omitido el ejercicio de sus funciones, es procedido a decretar el 9 de diciembre de 2016 la liquidación de la sociedad Elite Internacional Américas SAS como medida de intervención (auto 400-018449).

Es oportuno dejar ya claro que a través del radicado No. 2014-01-330431 del 17 de julio de 2014, se radicó por la Superfinanciera en las oficinas de mi defendida copia del forme de inspección realizado a la sociedad **ÉLITE SAS**, en el que concluye que las actividades desarrolladas por la citada sociedad no configuran los hechos objetivos y notorios, ni los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público de que trata el Decreto 1981 de 1988, en concordancia con el Decreto 4334 de 2008. (Subrayas fuera de texto).

Y como ya puede evidenciarse, no es cierto que la Superintendencia de Sociedades en la visita realizada en el año 2015 haya verificado los elementos constitutivos de captación ilegal. Sin embargo mantuvo la vigilancia de la sociedad, y ante las irregularidades de orden administrativo, contable, administrativo que se encontraba Elite Internacional Américas SAS, aplicó el artículo 85 de la Ley 222 de 1995, es decir, la sometió a control en el año 2016, en las pretensiones de que superará las situaciones encontradas y mantenerla como fuente generadora de empleo y riqueza.

19º. No es cierto, es una tergiversación de los hechos que hace el apoderado de la demandante que debe demostrar, pues la Superintendencia de Sociedades no cambió su postura respecto de la sociedad **Elite Internacional Américas SAS**, todo lo contrario, luego de una investigación realizada pudo evidenciar la captación ilegal con lo que quedó facultada legalmente para proceder a la liquidación como medida de intervención, actuación ésta que realizó de manera inmediata ya que la sociedad en ese momento se encontraba en liquidación judicial.

Al 20º. Es cierto

Al 21º.- Es cierto, ello se desprende de lo señalado cuando se respondieron los hechos 12 al 17.

Por último, a continuación se detalla en el siguiente cuadro el total de dineros devueltos en las siete (7) devoluciones de recursos efectuadas a los afectados del proceso, así como los afectados que por pago ya salieron del proceso y el monto máximo devuelto a la fecha en cada uno de los afectados.



DETALLE	VALOR DEVUELTO	SALEN DEL PROCESO	MONTO MAYOR DISTRIBUIDO POR RECLAMACION
PRIMERA DEVOLUCION (RECURSOS ELITE)	9,407,806,826.80	119	1,570,783.76
SEGUNDA DEVOLUCION (RECURSOS ELITE, SIGESCOOP Y ALEJANDRO JIMENEZ)	39,236,077,344.00	798	7,062,407.00
TERCERA DEVOLUCION (RECURSOS ALEJANDRO JIMENEZ)	5,060,032,821.96	130	1,000,000.00
CUARTA DEVOLUCION (RECURSOS ELITE Y ALEJANDRO JIMENEZ)	16,815,754,103.63	383	3,509,248.00
QUINTA DEVOLUCION (RECURSOS SIGESCOOP)	11,572,451,829.56	244	2,572,860.00
SEXTA DEVOLUCION (RECURSOS ELITE, SIGESCOOP Y ALEJANDRO JIMENEZ)	8,581,367,624.93	164	2,000,000.00
SEPTIMA DEVOLUCION (RECURSOS ELITE Y SIGESCOOP)	6,576,400,000.00	174	1,596,359.00
TOTAL DEVOLUCIONES ELITE	97,249,890,550.88	2,012	19,313,657.76

TOTAL RECLAMACIONES ACEPTADAS	6,045
RECLAMACIONES PAGADAS TOTALMENTE	2,012
RECLAMACIONES PENDIENTES DE PAGO	4,033

Al 22º.- Por ser un hecho que debe ser contestado por otra entidad, no me pronunciaré sobre el particular

Al 23º.- No es un hecho, son apreciaciones subjetivas que deben demostrarse, Además como ya se señaló, no era evidente la captación ilegal; pues en un principio, repito, mi defendida tuvo que realizar varias diligencias en busca de los presupuestos de la captación sin lograr identificar los mismos; sin embargo por la situación de la compañía de iliquidez se determinó que fuera aceptada en reorganización y posteriormente, en liquidación judicial.

Después de ello, se siguió investigando administrativamente y finalmente se concluyó la existencia de la captación ilegal, lo que motivó que se solicitara por parte de la Delegatura de IVC a la Delegatura de Insolvencia, procediera a tomar las medidas necesarias para devolver los dineros captados ilegalmente a los afectados, esto es en la Liquidación judicial como medida de intervención, del cual la demandante es parte.

Al 24º.- No me consta el total de personas *defraudadas* bajo la modalidad de *negocio* materializado por Elite SAS.

Al 25º.- Es cierto, de acuerdo a la información que se tiene del proceso penal que se adelanta en la Fiscalía General de la Nación.

Al 26º.- No me consta el nombre de los allí encauzados pero si llama la atención los tipos penales por los cuales fueron llamados:

1. Captación masiva y habitual de dinero;
2. No reintegro producto de la captación ilegal;
3. Enriquecimiento ilícito de particulares,
4. Falsedad agravada y falsedad en documento público.

De esto resulta claro que las posibles conductas delictuosas ejecutadas por los encauzados lesionaron o pusieron en peligro intereses sociales importantes, bien a título de dolo, culposo o preterintencional (no le corresponde a la Entidad que represento su calificación), además



de ser a cualquiera de ellas.

Al 27º.- Acepto el hecho como tal, dado que es la misma parte quien lo afirma.

Al 28º. Por ser un hecho que debe ser contestado por otra entidad, no me pronunciaré sobre el particular

Al 29º.- No es un hecho sino apreciaciones subjetivas que deben demostrarse por la demandante pues no existe evidencia en el expediente que denoten que la Superintendencia de Sociedades le haya siquiera insinuado a aquella que invirtiera en Elite Internacional Américas SAS, e incluso que el negocio estaba plenamente ajustado a los cánones legales.

Además, la Superintendencia de Sociedades no conoció el negocio ilegal de la compañía ya que la captación ilegal de dinero del público no era evidente.

Se debe recordar que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 4334 de 2008 las facultades de intervención de las personas naturales y jurídica que capten dinero del público es jurisdiccional, motivo por el cual las decisiones se toman cuando hay prueba demostrativa de la existencia de los presupuestos del artículo 5º de la mencionada normativa, ya que no se puede intervenir el patrimonio de los asociados con conjeturas.

En las comunicaciones que constan en las pruebas que remite la Entidad, se les informa a los ciudadanos que la situación está siendo objeto de análisis por la entidad y se les solicita estar atentos a las conclusiones definitivas, pues una intervención no podía tomarse a la ligera.

De esta forma se encuentra el orden señalado por el apoderado de la demandante.

Al 30.1.- Al ser una norma legal, me atengo a su tenor literal

Al 30º. No me consta

Al 31º. No me consta

Al 32º. Es cierto

Al 33º. Es cierto

Al 34º. No me consta

Al 35º. No me consta, no obstante debe señalarse que el total de contratos celebrado con respeto a la Ley 1527, bien podía superar los 20 al que el hecho refiere.

Al 36º y 37º - Es cierto, así lo señala el numeral 6º del acto jurisdiccional. No obstante el numeral 7º igualmente afirma: *“La Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control concluyó, en el memorando mencionado anteriormente, que la sociedad Elite International*



Américas S.A.S. realizó operaciones cubiertas con un ropaje de legalidad, en forma de compraventas de cartera. Sin embargo, pudo establecerse que los flujos mensuales ofrecidos a los terceros inversionistas no guardaban relación con los descuentos efectuados por las pagadurías, cuando los había. En efecto, existió un pago u ofrecimiento de rentabilidad que no correspondía con la realidad económica de las operaciones lo cual evidencia la falta de razonabilidad financiera de tales operaciones.

*“Como consecuencia, del análisis efectuado a lo largo del presente documento, encontramos que **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** ofreció una rentabilidad que no correspondía a la realidad económica de la operación y por lo tanto, debo advertirle respecto de la existencia de hechos objetivos que dan cuenta de la realización de operaciones de captación de dinero del público y, por consiguiente, la existencia de los presupuestos enunciados en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008.”*

(La subraya por fuera del texto original)

Al 38º.- Por ser una norma legal, me atengo a su tenor literal

Al 39º.- No es cierto, el artículo 2º del Decreto 4334 de 2008 nada dice a ese particular, como si lo hace el artículo 1º ibídem.

A pesar de ello debe decirse que la declaración oficiosa es precisamente lo que hizo la Entidad, una vez concluido que existía captación ilegal por parte de la señalada sociedad ELITE SAS.

40º – No es cierto, lo que hizo la Superintendencia de Sociedades, además de no haber omitido el ejercicio de sus funciones, es haber decretado el 9 de diciembre de 2016 la liquidación de la sociedad Elite Internacional Américas SAS como medida de intervención (auto 400-018449).

Es oportuno dejar ya claro que a través del radicado No. 2014-01-330431 del 17 de julio de 2014, fue radicado por la Superfinanciera en las dependencias de mi defendida copia del informe de inspección realizado a la sociedad ÉLITE SAS, en el que concluye que las actividades desarrolladas por la citada sociedad no configuran los hechos objetivos y notorios, ni los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público de que trata el Decreto 1981 de 1988, en concordancia con el Decreto 4334 de 2008. (Subrayas fuera de texto).

Y como ya se dijo, no es cierto que la Superintendencia de Sociedades en la visita realizada en el año 2015 haya evidenciado los elementos constitutivos de la captación ilegal. Sin embargo mantuvo la vigilancia de la sociedad, y ante las irregularidades de orden administrativo, contable, administrativo que se encontraba Elite Internacional Américas SAS, se aplicó el artículo 85 de la Ley 222 de 1995, es decir, la sometió a control en el año 2016, en las pretensiones de que superará las situaciones encontradas y mantenerla como fuente generadora de empleo y riqueza.

Posteriormente ordena la apertura de proceso de reorganización y posteriormente



liquidación judicial y habiéndose apartado la administración de la sociedad, se evidencia la captación por lo que se ordena la liquidación judicial pero ya como medida de intervención.

Así las cosas, **no es que la Superintendencia de Sociedades haya cambiado su postura respecto de la sociedad Elite International Américas SAS**, todo lo contrario, luego de una investigación exhaustiva se pudo evidenciar la captación ilegal con lo que quedó facultada legalmente para proceder a la liquidación como medida de intervención, actuación ésta que realizó de manera inmediata, ya que la sociedad en ese momento se encontraba en liquidación judicial.

Al 41º. Por ser un hecho que debe ser contestado por otra entidad, no me pronunciaré sobre el particular

Al 42º. Por ser un hecho que debe ser contestado por otra entidad, no me pronunciaré sobre el particular

Al 43º.- Tal como está redactado no es un hecho sino una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora. Sin embargo es claro que la sociedad Elite International Américas SAS, hoy en liquidación judicial como medida de intervención, defraudó a una gran cantidad de personas que creyeron e invirtieron en el negocio jurídico que les presentaron como compra venta de cartera.

En este punto se anota que contrario a la solidaridad encontramos las perversiones o antivalores, como el aprovechamiento ilícito y el engaño realizadas por personas inescrupulosas. Por ello, el Decreto Ley 4334 de 2008, que enmarca la intervención estatal en este tipo de artimañas, a efectos de recuperar y devolver los dineros invertidos en captación o recaudos no autorizados.

El esquema funcionaba mediante los préstamos que hacían cooperativas o empresas originadoras de créditos a empleados de diferentes compañías e instituciones. La garantía y fuente de pago sobre dichos préstamos no era más que el compromiso con el empleador (pagaduría) y la autorización de descuento por parte de los empleados. Adicionalmente, las originadoras vendían los pagarés a Elite (caso que agrupa a Vesting Group, ABC For Winners y Optimal Libranzas, entre otros) y ésta a su vez supuestamente “vendía” los pagarés a terceros inversionistas.

El asunto se complica y empieza a ser captación ilegal cuando el negocio, “al ser tan bueno”, resulta en la recepción de dineros que sobrepasaban el patrimonio de la sociedad, el pasivo estaba compuesto por más de 50 obligaciones en las que no existía como contraprestación el suministro de bienes o servicios, los créditos en virtud de los cuales se expidieron los pagarés vendidos no generaban flujos por cuanto los suscriptores de los mismos no se encontraban vinculados a la pagaduría, o no se les hacían los descuentos respectivos; además los flujos mensuales ofrecidos a los inversionistas no guardaban relación con los descuentos efectuados por las pagadurías, cuando las había. En conclusión, se trataba de operaciones que ofrecían rentabilidad sin contar con razonabilidad financiera que la justificara.



Así, solamente si se dan los supuestos del Decreto Ley 4334 sobre hechos objetivos o notorios de recaudos no autorizados, se puede realizar la intervención por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Al 44º. Son apreciaciones subjetivas del demandante que deben ser demostradas, independiente de la decisión que se apresta a tomar la Superintendencia de Sociedades en orden a salvaguardar su buen nombre, en la medida que no prueban ni allegan denuncia alguna en contra de mi defendida que establezca nuestro conocimiento en las operaciones fraudulentas de ELITE SAS.

Al 45º.- No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso. Al no indicarse el período al que se refiere el demandante, sobre la suscripción de más de 20 contratos para la compra de libranzas, claramente no es posible emitir algún pronunciamiento.

Ahora bien, es necesario mencionar que el problema jurídico del presente proceso no es la cantidad de libranzas vendidas por la sociedad Elite Internacional Américas SAS, hoy en Liquidación Judicial como medida de intervención pues claramente si se vende esa cantidad de libranzas siguiendo los parámetros de la ley 1527 de 2012 y las mismas, adquiridas en posición propia, están respaldadas por una operación subyacente, no se trata del fenómeno captación masiva e ilegal de dinero proscrito por el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, sino de la comercialización de un bien o servicio, a saber, los pagarés libranza.

Al 46º.- No es un hecho, sino apreciaciones subjetivas que deben ser demostradas. Además, la Superintendencia no puede “estirar” la interpretación legal para intervenir operaciones mercantiles que no se enmarcan dentro de los supuestos legales, so pena de extralimitarse en el ejercicio de sus funciones (Art. 6º Constitucional).

Al 47º. Por ser un hecho que debe ser contestado por otra entidad, no me pronunciaré sobre el particular

Al 48º. Por ser un hecho que debe ser contestado por otra entidad, no me pronunciaré sobre el particular

OTRAS RAZONES DE LA DEFENSA

A. Es oportuno dejar ya claro que a través del radicado No. 2014-01-330431 del 17 de julio de 2014, fue radicado por la Superfinanciera en las dependencia de mi defendida copia del informe de inspección realizado a la sociedad **ÉLITE SAS**, en el que concluye que las actividades desarrolladas por la citada sociedad no configuran los hechos objetivos y notorios, ni los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público de que trata el Decreto 1981 de 1988, en concordancia con el Decreto 4334 de 2008. (Subrayas fuera de texto).

B. La Superintendencia de Sociedades inicialmente no evidenció los elementos constitutivos de la captación ilegal. Sin embargo mantuvo la vigilancia de la sociedad, y ante las irregularidades de orden administrativo, contable, administrativo que se encontraba Elite Internacional Américas SAS, se aplicó el artículo 85 de la Ley 222 de 1995, es decir, la



sometió a control en el año 2016, en las pretensiones de que superará las situaciones encontradas y mantenerla como fuente generadora de empleo y riqueza.

Posteriormente ordena la apertura de proceso de reorganización y posteriormente liquidación judicial y habiéndose apartado la administración de la sociedad, se evidencia la captación por lo que se ordena la liquidación judicial pero ya como medida de intervención.

La razón, la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control concluyó en el memorando mencionado anteriormente, *que la sociedad Elite International Américas S.A.S. realizó operaciones cubiertas con un ropaje de legalidad, en forma de compraventa de cartera. Sin embargo, pudo establecerse que los flujos mensuales ofrecidos a los terceros inversionistas no guardaban relación con los descuentos efectuados por las pagadurías, cuando los había. En efecto, existió un pago u ofrecimiento de rentabilidad que no correspondía con la realidad económica de las operaciones lo cual evidencia la falta de razonabilidad financiera de tales operaciones.*

*“Como consecuencia, del análisis efectuado a lo largo del presente documento, encontramos que **ELITE INTERNATIONAL AMÉRICAS SAS** ofreció una rentabilidad que no correspondía a la realidad económica de la operación y por lo tanto, debo advertirle respecto de la existencia de hechos objetivos que dan cuenta de la realización de operaciones de captación de dinero del público y, por consiguiente, la existencia de los presupuestos enunciados en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008.”*

(La subraya por fuera del texto original)

C) Asimismo, penalmente personas relacionadas con **ELITE SAS**, fueron llamados por

1. Captación masiva y habitual de dinero;
2. No reintegro producto de la captación ilegal;
3. Enriquecimiento ilícito de particulares,
4. Falsedad agravada y falsedad en documento público.

De esto resulta claro que las posibles conductas delictuosas ejecutadas por los encausados lesionaron o pusieron en peligro intereses sociales importantes, bien a título de dolo, culposo o preterintencional (no le corresponde a la Entidad que represento su calificación), además de ser a cualquiera de ellas.

D) Otra conclusión es que **las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, a las cuales se les reconoce constitucionalmente el carácter de interés público, sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y de conformidad con la ley,** toda vez que compromete la ecuación ahorro inversión que ocupa un papel trascendental en el desarrollo económico del país, por lo que la simple captación de los recursos del público debe estar sujeta a la intervención necesaria del Estado. La sujeción a la previa autorización del Estado de las actividades previstas en el artículo 335 de la Constitución, sujetas a un régimen de intervención estatal de carácter reforzado, encuentra su fundamento en que las mismas “comprometen el orden público económico y los intereses particulares de los usuarios, lo



que exige garantizar la confianza en el sistema financiero. Además, por la importancia que reviste la actividad financiera dentro de un sistema de mercado, y por la necesidad de que sea prestada en forma permanente, continua, regular, general y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como un servicio público.

Luego entonces, al no constarse con esos permisos o desarrollar actividades disimuladas que conduzcan a la captación ilegal de dineros del público, se impone para el Estado recurrir a los estados de excepción como ocurre desde el año 2008 a fin de enfrentar el fenómeno, cuyas normas dictadas, que aún hoy se mantienen vigentes, son la expresión de auto-conservación y garantía del orden social existente, habilitando al ejecutivo para la asunción extraordinaria de la función legislativa y responder de manera preventiva a la crisis generada con el objeto de conjurar oportuna y adecuadamente la grave perturbación del orden.

E) Contenido y alcance de las atribuciones de la superintendencia de sociedades

FUNCIONES DE SUPERVISIÓN

Las funciones administrativas de supervisión sobre las sociedades comerciales que corresponden a la Superintendencia de Sociedades, se derivan de lo previsto en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, que le asigna al Presidente de la República “ejercer de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles”, aspecto relevante que permite concluir que tiene mi defendida fundamento constitucional. De igual forma importa destacar que las señaladas funciones al estar bajo la orientación de aquel, se desarrollan con absoluto ceñimiento a las pautas contenidas en la ley, en este caso la 222 de 1995 (arts. 83;84 y 85).

En este orden de ideas, el desempeño de estas competencias están condicionadas a la cabal observancia de las directrices que la ley traza con arreglo a criterios estables que, sin embargo, no impiden la actuación ágil y oportuna como sucedió en el caso de Plus Valúes SAS, si consideramos la fecha del sometimiento a control con aquella de la liquidación judicial ya advertida anteriormente, una vez verificadas en la práctica la transparencia de las operaciones sometidas a escrutinio, que de todas formas no pueden debilitar los postulados constitucionales y legales de todas las personas, sin excepción.

Ahora bien, el repertorio de facultades que la Superintendencia de Sociedades ejerce, depende del supuesto de que se trate y primordialmente, de la magnitud de las dificultades que la sociedad sometida a fiscalización presente, al demarcar el catálogo normativo que se escoge y que han de ser aplicadas, todo con miras a que se consolide un propósito de recuperación y conservación de la empresa. Es decir, entre mayor sea el nivel de gravedad que la Entidad, en uso de sus atribuciones, pueda detectar, más contundentes resultan los mecanismos de acción con que cuenta para tratar de superar la situación que, cuando es crítica autoriza la asunción de las atribuciones propias del estadio de control, siendo todavía viable, dentro del esquema de gradualidad, la implementación de medidas de diverso signo,



dependiendo de las posibilidades de recuperación que el análisis concreto de la sociedad muestre.

Así, mientras que la inspección comporta una leve y ocasional injerencia en las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, con el fin de confirmar y analizar información sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas; la vigilancia entraña un seguimiento permanente acompañado de facultades de más hondo calado, respecto de las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias y para velar por que en la formación, en el funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos (Cf. artículos 83 y 84 de la ley 222 de 1995), esto es lo que se denomina aspecto subjetivo.

Por su parte, la noción de control, introducida por el artículo 85 ídem, involucra atribuciones de mayor intensidad, ejercitables por la Superintendencia de Sociedades siempre que cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia atravesase por una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo que haga indispensable la adopción de correctivos enderezados a subsanarla.

Como se observa, las funciones de la Superintendencia de Sociedades son regladas, esto es, sólo pueden ser ejercidas de acuerdo con las atribuciones legales que, salvo contadas excepciones⁴, se circunscriben al ámbito societario.

De otra parte el Decreto 1074 de 2015 le determina a la misma Entidad (artículo 1.2.1.1), que su objetivo es la preservación del orden público económico por medio de las funciones de fiscalización gubernamental sobre las sociedades comerciales y ejercer las facultades jurisdiccionales previstas en la ley, tanto en el ámbito de la insolvencia como en el de los conflictos societarios”. En el mismo sentido, el artículo 24 del Código General del Proceso le asigna facultades jurisdiccionales para conocer acerca de toda clase de **controversias de naturaleza societaria**.

Mientras tanto, el artículo 228⁵ de la señalada Ley 222, le atribuye una competencia residual así: *“Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades, serán ejercidas por la superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas. En caso contrario, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores”* (hoy Financiera).

SUPERVISIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA

La supervisión ejercida por la Superintendencia de sociedades es de naturaleza subjetiva, según lo han señalado en repetidas oportunidades el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

⁴ Se refiere a las facultades jurisdiccionales

⁵ Esta competencia está circunscrita, únicamente, a las facultades de vigilancia enumeradas en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995.



En verdad, la jurisprudencia ha explicado la diferencia entre la supervisión estatal subjetiva y objetiva. Así, el Consejo de Estado, en sentencia de 2008, resolvió un conflicto de competencias administrativas planteado por la Superintendencia Financiera frente a la Superintendencia de Industria y Comercio, y afirmó: *“El legislador, a través de las facultades otorgadas por el numeral 7° el artículo 150 de la Constitución Política ha creado superintendencias de diversa naturaleza, algunas asociadas a una clase de sujetos (Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Financiera, etc.) o bien delimitadas por su objeto (Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia de Salud, etc.). A partir de esa división, es claro que el control ejercido puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado. (...)”*⁶

El Consejo de Estado también señaló, al resolver un conflicto de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte, que la supervisión subjetiva se relaciona “(...) con aspectos societarios o exclusivamente relacionados con la persona encargada de prestar el servicio”⁷.

En igual sentido puede citarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuya precisión resulta particularmente relevante en punto de la supervisión subjetiva. Conforme a lo expresado por esa corporación, “(...) en virtud del artículo 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995 y del artículo 2° del Decreto Ley 1080 de 1996, la Superintendencia de Sociedades ejerce el control subjetivo de las **sociedades comerciales dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas**. En ejercicio de las facultades de supervisión la Superintendencia tiene atribuciones para verificar que las empresas no ejerzan actividades ajenas a su objeto social. En esa medida dicha entidad aunque no estaba facultada expresamente para investigar y sancionar la captación masiva y habitual por parte de sociedades comerciales no autorizadas –porque la Superintendencia de Sociedades carece de competencias para ejercer el control respecto de personas naturales- podía en todo caso ejercer controles para que la actividad de las sociedades comerciales se ajustara a sus estatutos y llevaran en debida forma la información contable y financiera (...)”⁸ (Negrillas fuera del texto).

Sin perjuicio de lo expuesto, la ley, **de manera excepcional por razón de la materia**, ha establecido una competencia **objetiva** para la Superintendencia de Sociedades que le permite inmiscuirse en la actividad propia del objeto social y en consecuencia en la relación que se establece entre la sociedad y los terceros. Lo cual solamente aplica sobre las sociedades que realizan actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel (artículo 7° de la Ley 1700 de 2013) y sobre las sociedades administradoras de planes de autofinanciamiento comercial – SAPAC (Decreto 1941 de 1986). Estas dos excepciones, constituyen los únicos escenarios legalmente previstos de competencia objetiva sobre la

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (5 de marzo de 2008). Expediente 11001030600020080000700. [C. P. Gustavo Aponte Santos]

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (25 de septiembre de 2001) Sentencia C-746. [M.P. Alberto Arango Mantilla]

⁸ Sentencia C-135 de 2009, de Revisión de constitucionalidad del Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”.



actividad, con lo cual se confirma la regla general de que el ámbito de supervisión de esta entidad es de carácter meramente subjetivo.

Ahora bien, en relación con las facultades otorgadas por el Decreto Ley 4334 de 2008 en materia de intervención por captación, a las cuales se hará una referencia más adelante, se anticipa, desde ya, que se trata de la ejecución de medidas ex post y no ex ante y, en tal sentido, estas atribuciones no alteran la naturaleza de la supervisión ejercida por la entidad.

En efecto, el procedimiento consignado en el mencionado Decreto Ley 4334 de 2008 está orientado a: “(...) *suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados (...) generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades.*” (Artículo segundo del citado Decreto Ley). **Luego, la intervención de la entidad tiene lugar cuando ya se han presentado objetiva y notoriamente los supuestos de captación; entonces, no se trata de una medida preventiva, ya que el ámbito de aplicación está delimitado a cuando se han realizado recaudos no autorizados, por lo que la participación de la Superintendencia de Sociedades indefectiblemente es posterior a que tales supuestos se den en la realidad.**

Al respecto, vale la pena tener en cuenta que el Decreto 4333 de 2008, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Social, tuvo como consideración para su expedición, entre otras, que: “(...) *tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado (...)*”. (Considerando Decreto 4333 de 2008)

Las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetos a la intervención del Estado (artículo 335 de la Constitución Política); por tal motivo, se encuentran sometidos a un régimen prudencial, cuya inspección, vigilancia y control se ejerce por la Superintendencia Financiera de Colombia o por la Superintendencia de la Economía Solidaria, según la naturaleza de la entidad que lleve a cabo dicha actividad legalmente.

La regulación prudencial o regulación preventiva ha sido definida como aquella que “(...) *se ocupa de asegurar la solvencia y la liquidez de las instituciones bancarias, así como la diversificación de los riesgos financieros en la adquisición del negocio bancario, para evitar su colapso (...)*”. Ha escrito Enrique Marshall que “(...) *ésta comprende un conjunto de disposiciones orientadas a asegurar la correcta asignación de los recursos financieros y a impedir la asunción de riesgos excesivos y su posterior transferencia, sin la voluntad explícita de las partes o sin una adecuada compensación económica, de las instituciones bancarias a los depositantes y de éstos a toda la sociedad (...)*”⁹.

⁹ MARSHALL RIVERA, Enrique. El Banco Central como regulador y supervisor del sistema bancario. Mimeo. Ponencia presentada en la XXVIII Reunión de Gobernadores de Bancos Centrales del Continente Americano. Santiago de Chile, 1991, citado por: MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. 2004. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Bogotá, Colombia. Editorial Legis (Pág. 89).



El mismo autor (Martínez Neira, 2004) ha señalado que la regulación prudencial tiene como expresiones fundamentales la regulación de la solvencia y la liquidez bancaria, la dispersión de los riesgos bancarios y el sistema de supervisión.

En lo atinente a la supervisión señala que: “(...) *La vigilancia y control del aparato financiero es otra de las manifestaciones de la intervención estatal. A través suyo se busca verificar el cumplimiento del conjunto de reglas organizacionales, económicas y prudenciales que se disponen con relación a las instituciones bancarias, para asegurar la fluidez en el sistema de pagos, la estabilidad misma de las instituciones y que no se conculquen los derechos de los particulares.*

*La supervisión implica por parte del Estado la puesta en marcha de un sistema de seguimiento a la evolución de cada una de las instituciones crediticias y del sistema en su conjunto para verificar la regularidad de sus operaciones y asegurar su estabilidad financiera, como ha quedado dicho. Como complemento necesario le compete adoptar los correctivos pertinentes y sancionar las conductas que se aparten del ordenamiento jurídico y financiero (...)*¹⁰

Se trata, en verdad, de una supervisión objetiva y exhaustiva respecto de la actividad de las entidades que llevan a cabo la actividad de captación masiva legalmente, pues, por el interés público involucrado se justifica la puesta en marcha de una estructura robusta que vele por los ahorradores e inversionistas que depositan sus recursos en las instituciones financieras y bursátiles.

Al margen de esta actividad se encuentran aquellas personas que se apartan del sistema financiero legal colombiano y deciden de manera autónoma y por su propia cuenta asumir mayores riesgos con su dinero, lo cual fue tenido en cuenta por la disposición que declaró el estado de emergencia social (Decreto 4333 de 2008) cuando consideró que: “(...) *la inclinación de muchos ciudadanos por obtener beneficios desorbitantes, los ha llevado a depositar sus recursos en estas empresas cuyas operaciones se hacen sin autorización, desconociendo las reiteradas advertencias del Gobierno Nacional (...) se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes(...)*.”(Considerando Decreto 4333 de 2008)

Las consideraciones en cita son claras en señalar que se trata de una actividad financiera ilegal y, en tal sentido, son precisas en delimitar el alcance de las facultades que se le otorgarían a la Superintendencia de Sociedades en el subsiguiente Decreto Ley 4334 de 2008, restringidas a la suspensión de la actividad ilegal y al desarrollo de procedimientos para la restitución de los activos recuperados a los afectados.

Es claro entonces que la Superintendencia de Sociedades no ejerce una supervisión respecto de la actividad financiera ilegal, pues la amparada por el Estado está sometida a

¹⁰ Idem.



una estricta regulación prudencial y su fiscalización se ejerce por entidades especializadas para el efecto, de la que carece dicha actividad no autorizada. En consecuencia, es específico y limitado el alcance de las atribuciones de la entidad en relación con el procedimiento de intervención por captaciones no autorizadas, restringiéndose a medidas de carácter reactivo y represivo, más no controles de legalidad previos sobre su ejercicio, ni respecto de las inversiones que las personas decidan hacer, así como tampoco sobre el nivel de riesgo que decidan asumir, por cuanto se trata de la órbita de la autonomía de la voluntad privada sobre la cual no podría tener injerencia. Además, para que pueda operar el procedimiento de intervención necesariamente se requiere que se materialicen objetivamente y de manera notoria los supuestos de captación no autorizada de dinero del público.

F) SUPERVISIÓN DE SOCIEDADES OPERADORAS DE LIBRANZA.

Normativa aplicable

La Ley 1527 de 2012, por medio de la cual se consagró un marco general para la libranza o descuento directo y se dictaron otras disposiciones, estableció en su artículo 2° literal c), que la entidad operadora es: “(...) *la persona jurídica o patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil que realiza operaciones de libranza o descuento directo, por estar autorizada legalmente para el manejo del ahorro del público o para el manejo de los aportes o ahorros de sus asociados, o aquella que, sin estarlo, realiza dichas operaciones disponiendo de sus propios recursos o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. En estos casos deberá estar organizada como Instituto de Fomento y Desarrollo (Infis), sociedad comercial, sociedades mutuales, o como cooperativa, y deberá indicar en su objeto social la realización de operaciones de libranza, el origen lícito de sus recursos y cumplir con las demás exigencias legales vigentes para ejercer la actividad comercial. Estas entidades operadoras estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades*” (Subrayado fuera del texto original).

La misma ley consagra: “*Inspección, vigilancia y control. Para efectos de la presente ley, la entidad operadora, de acuerdo con su naturaleza, será objeto de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia Financiera, de Economía Solidaria o de Sociedades, según sea el caso*”¹¹. (Subrayado fuera del texto).

Así las cosas, se concluye de las mencionadas normas, que la vigilancia de las entidades operadoras que ejercen actividades de libranza corresponde, ya sea, a la Superintendencia Financiera, de Economía Solidaria o Sociedades, **según la naturaleza de la entidad operadora, más no frente a la actividad que desarrolla en sí misma considerada (criterio objetivo)**. Esta división de funciones confirma que la supervisión conferida por dicha ley tiene un carácter puramente subjetivo y, por ende, la superintendencia correspondiente podrá ejercer atribuciones sobre el ente como sujeto y no sobre la materia o actividad a la que se dedica¹².

¹¹ Artículo 10 de la Ley 1527 de 2012.

¹² Cfr. Jurisprudencias del Consejo de Estado y Corte Constitucional en el acápite referente a la supervisión subjetiva y objetiva.



De otra parte, es importante señalar que **la Ley 1527 de 2012, no asignó funciones de supervisión sobre las sociedades comercializadoras de libranzas, sino tan sólo de las operadoras de libranza. Así, sólo estarán sometidas a vigilancia de la Superintendencia las sociedades comercializadoras de libranza que se encuentren en los casos previstos en la Ley o en decretos reglamentarios para estar vigiladas¹³.**

Adicionalmente a las facultades señaladas en relación con las sociedades operadoras de libranza, es pertinente explicar las que tiene la Entidad sobre las sociedades comerciales que realizan actividad de factoring (compraventa de cartera), respecto de las cuales se ejerce supervisión subjetiva por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Al respecto, el artículo 11 de la Ley 35 de 1993, dispuso que la inspección, vigilancia y control de las sociedades de compra de cartera, denominadas de factoring, se sujetara a las disposiciones generales sobre la vigilancia y control de las sociedades comerciales.

El Decreto 2669 del 2012, "Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5º del Decreto 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones", dispuso que el mismo se aplicaría a aquellas sociedades que tuvieran como objeto exclusivo la actividad de factoring y, en consecuencia, indicó que:

"Artículo 7. Modificación del artículo 5 del Decreto 4350 de 2006. Adicionase al artículo 5 del Decreto 4350 de 2006 el siguiente literal: "Artículo 5. Estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en los términos que lo indican las normas legales pertinentes, respecto de cada una de ellas: (...)

f) Los factores constituidos como sociedades comerciales que tengan por objeto social exclusivo la actividad de factoring y que además, demuestren haber realizado operaciones de factoring en el año inmediatamente anterior, por valor igualo superior a treinta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (30.000 s.m.l.m.v.) al corte del ejercicio.

Parágrafo. El objeto social exclusivo de actividad de factoring deberá acreditarse mediante el certificado de existencia y representación legal que expida la correspondiente cámara de comercio".

Con posterioridad, el Decreto 1219 de 2014, "Por el cual se reglamenta el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 y se modifican los Decretos 4350 de 2006 y 2669 de 2012", en su artículo 1, dispuso:

¹³ Artículo 2º, definiciones, literal c): "Entidad operadora. es la persona jurídica o patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil que realiza operaciones de libranza o descuento directo, por estar autorizada legalmente para el manejo del ahorro del público o para el manejo de los aportes o ahorros de sus asociados, o aquella que, sin estarlo, realiza dichas operaciones disponiendo de sus propios recursos o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. En estos casos deberá estar organizada como Instituto de Fomento y Desarrollo (Infis), sociedad comercial, sociedades mutuales, o como cooperativa, y deberá indicar en su objeto social la realización de operaciones de libranza, el origen lícito de sus recursos y cumplir con las demás exigencias legales vigentes para ejercer la actividad comercial. Estas entidades operadoras estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades".



“Artículo 1. Adición al artículo 5 del Decreto 4350 de 2006. Adiciónense los literales f) y g) y un párrafo al artículo 5 del Decreto 4350 de 2006, los cuales quedarán así:

f) Los factores constituidos como sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera y que, además, demuestren haber realizado operaciones de factoring en el año calendario inmediatamente anterior, por valor igualo superior a treinta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (30.000 SMLMV) al corte del ejercicio.

g) Los factores constituidos como sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera y que además hayan realizado dentro del año calendario inmediatamente anterior contratos de mandato específicos con terceras personas para la adquisición de facturas, o que tengan contratos de mandato específicos vigentes al corte del ejercicio del año calendario inmediatamente anterior.

En este caso, la vigilancia se mantendrá mientras dichos contratos estén vigentes o se estén ejecutando.

Parágrafo. El objeto social exclusivo de actividad de factoring deberá acreditarse mediante el certificado de existencia y representación legal que expida la correspondiente cámara de comercio”.

Conforme a lo anterior, es del caso precisar que están sometidas a la vigilancia de esta Superintendencia aquellas sociedades que tengan como objeto social exclusivo el factoring en los términos del artículo 1 del Decreto 1219 de 2014; no obstante, es de aclarar que esta vigilancia es meramente subjetiva, toda vez que, se limita a lo relacionado con los aspectos societarios o exclusivamente relacionados con el ente en sí mismo considerado pues, la ley no ha facultado a la Entidad para inmiscuirse en la actividad a la que se dedica el sujeto vigilado.

En virtud de lo dispuesto en el Decreto 1023 de 2012 y en concordancia con el artículo 83 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades estará facultada para verificar el límite de solvencia dispuesto en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, de todas aquellas sociedades cuya actividad sea el factoring o el descuento de cartera, sin que para ello deban tener objeto social exclusivo. **Esa relación de solvencia sólo se aplica a operaciones sobre facturas, de manera que no es aplicable a operaciones con libranzas.**

De lo anterior se desprende que la Superintendencia de Sociedades tiene facultades para ejercer vigilancia subjetiva exclusivamente, sobre las sociedades operadoras de libranza y aquellas que tengan como objeto social exclusivo el factoring, así como para verificar el cumplimiento del límite de solvencia en operaciones únicamente sobre facturas, según términos arriba expuestos.

En este contexto, la SUPERVISIÓN ejercida por la Superintendencia de Sociedades sobre la entonces sociedad operadora de libranza ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS, se encontraba circunscrita a la “verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica”, en los términos señalados por



la Corte Constitucional en la sentencia C-135 de 2009, arriba transcrita. En efecto, las atribuciones están asignadas para que se verificaran aspectos societarios de la entidad y no respecto de la actividad que desarrollaba, consistente en la compraventa y otorgamiento de créditos y la comercialización de cartera a través de factoring. Por tanto, **la Superintendencia de Sociedades no es responsable de la supervisión del objeto social o de la actividad desarrollada por ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS, ya que ello desbordaría sus competencias y no contaría con soporte legal para llevar a cabo tales atribuciones.**

En documento publicado por la Procuraduría General de la Nación, denominado el ABC de las Libranzas en Colombia, frente a la competencia de la Superintendencia de Sociedades, se señaló que:

“(…) Vigila a aquellas entidades que estén constituidas como sociedades comerciales, que no estén bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria, y que otorguen créditos con recursos propios o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. La supervisión que ejerce la Superintendencia de Sociedades sobre las entidades operadoras de libranza a su cargo es de naturaleza subjetiva, es decir que se limita a los aspectos societarios de la entidad operadora y no a la actividad que desarrolla (compraventa y otorgamiento de créditos), salvo en lo relacionado con el cumplimiento de las obligaciones de información (Subrayado fuera de texto)”¹⁴

Principales actuaciones desplegadas por la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades comerciales operadoras de libranza y de compraventa de cartera.

En cumplimiento de las funciones explicadas en precedencia, se considera importante mencionar las actuaciones más relevantes desplegadas por la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades que realizan operaciones de libranza o descuento directo y operaciones de compraventa de cartera, como prueba del debido cumplimiento de las atribuciones legales que le correspondían; a saber:

- i. ASÍ, para acatar las obligaciones derivadas de lo dispuesto en los artículos 1° y 2° del Decreto 1219 de 2014, por medio del cual se adicionó al artículo 5° del Decreto 4350 de 2006 (actualmente incorporado en el Decreto 1074 de 2015); el 2 de febrero de 2015, se efectuó un requerimiento de información a cuarenta y ocho (48) sociedades dedicadas a la compra y venta de títulos valores, con el objetivo de identificar las sociedades sujetas a vigilancia de esta Superintendencia respecto a la actividad de factoring, dada la creación del Registro Nacional de Factores (RUNF). Como resultado del análisis se identificaron cinco (5) sociedades que cumplían los criterios establecidos en los literales f) y g) del artículo 5 del Decreto 4350 de 2006, hoy recogido en el Decreto 1074 de 2015, tales como objeto social exclusivo, monto de operaciones y contratos de mandatos específicos con terceras personas.

¹⁴ Disponible para consulta en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/ABC-Libranzas-2.pdf>



- ii. De igual manera, de acuerdo a lo dispuesto en el literal c) del artículo 2 de la Ley 1527 de 2012, el 6 de febrero de 2015, se remitió un oficio masivo a cincuenta (50) sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, que adelantan la actividad de comercialización o administración de créditos libranza, mediante el cual se les informó sobre su estado de vigilancia ante esta Entidad, junto con los deberes y obligaciones que ello conlleva respecto a la actividad de libranzas, al igual que los aspectos societarios que deben tenerse en cuenta.
- iii. Posteriormente, el 22 de mayo de 2015, se remitió el mismo oficio a trescientas treinta y dos (332) sociedades adicionales operadoras de libranzas, en el cual también se les informó sobre su estado de vigilancia y sus obligaciones y deberes.
- Igualmente, se envió información financiera de veintiocho (28) sociedades comerciales que actúan como Operadores o como Entidades Cesionarias del Crédito de Libranza o Factores en los términos del parágrafo 1° del artículo 3 de la Ley 1527 de 2012 a la Superintendencia Financiera de Colombia (oficio No. 300-092436 del 24 de mayo de 2016).
- iv. Se impartieron órdenes de desmontar la operación hasta cumplir con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 a dos (2) sociedades, en julio de 2016, debido a los hallazgos realizados por esta Superintendencia.
- v. Entre el 19 y el 21 de julio de 2016 se generaron cuatrocientos cinco (405) oficios a las sociedades operadoras de libranza y sociedades de *factoring*, en los cuales se solicitó información correspondiente al valor de la cartera de libranzas comprada y vendida con corte al 31 de mayo de 2016, en la cual debían especificar si la misma fue transferida con o sin responsabilidad.
- vi. Se expidió la Circular Externa 100-000007 del 24 de agosto de 2016 dirigida a las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, que adelanten la actividad de comercialización o administración de créditos libranza, por medio de la cual se solicitó información sobre la actividad que desarrollan de conformidad con las nuevas funciones asignadas a esta Superintendencia en el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.54.3 y en el artículo 2.2.2.54.6 Decreto 1074 de 2016.
- vii. Se remitió información a la Superintendencia de Economía Solidaria sobre entidades operadoras de libranza, cuya vigilancia le correspondía (oficios 306-151940 del 5 de agosto de 2016, 306-158361 del 22 de agosto de 2016, 300-159507 del 24 de agosto de 2016 y 300-187735 del 27 de septiembre de 2016, entre otros).
- viii. Se informó a la Gobernación del Atlántico sobre los hallazgos realizados en diferentes diligencias de tomas de información a sociedades operadoras de libranzas en relación con la Corporación Aliada para el Desarrollo Integral de los Trabajadores al Servicio del Estado – CORPOSER, identificada con NIT 900.778.323, con el fin de que dicha entidad ejerciera las facultades de inspección, vigilancia y control de acuerdo con su competencia (oficio 300-158580 del 22 de agosto de 2016).



- ix. Así, también, se remitió información a la Gobernación de Córdoba sobre los hallazgos obtenidos con relación a la Corporación de Inversiones de Córdoba COINVERCOR, identificada con NIT 900.297.634 (oficio 300-177115del 15 de septiembre de 2016), para los mismos fines que los mencionados en el numeral anterior.
- x. Se llevaron a cabo diligencias de toma de información a sesenta y nueve (69) sociedades.

Conclusión: Se desarrollaron las funciones atribuidas a la Superintendencia de Sociedades en la forma y términos dispuestos por la ley y ordenado por el artículo 121 Constitucional.

G) FUNCIONES DE INTERVENCIÓN POR CAPTACIÓN ILEGAL DE DINERO

DECRETO LEY 4334 DE 2008

La emergencia social de 2008 tuvo su origen en la ocurrencia de hechos sobrevinientes que consistieron en la proliferación desbordada de diversas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que dificultaron la intervención de las autoridades.

Los mecanismos ordinarios de que disponían las autoridades resultaron insuficientes, debido a que el ejercicio no autorizado de la actividad financiera se encontraba oculto bajo fachadas jurídicas aparentemente legales.

Se expidió entonces el Decreto Legislativo 4334 de 2008, que facultó al Gobierno Nacional para intervenir, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, los negocios, operaciones, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollen o participen en la actividad financiera sin la debida autorización estatal.

Como se señaló en precedencia, la intervención es el conjunto de medidas tendentes, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades (artículo 2º del Decreto Ley 4334 de 2008).

Se definieron como sujetos de intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente a ellas (artículo 5º del Decreto Ley 4334 de 2008).



La Corte Constitucional en Sentencia C-145 de 2009, declaró exequible condicionalmente la expresión "o indirectamente", en el entendido de que no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales.

Tampoco son sujetos de intervención quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios, el de haber entregado sus recursos, es decir los inversionistas o ahorradores que, a la postre, termina siendo los afectados.

Se establecieron como supuestos de la intervención la existencia de hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes en donde se presente la ausencia de contraprestación en bienes o servicios presentes o futuros que justifiquen la captación o, aun existiendo tal contraprestación, no cuente con explicación financiera razonable.

Las medidas de intervención administrativa fueron descritas de la siguiente manera en el 30 artículo 7º del Decreto 4334 de 2008.

"(...)

a) La toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas;

"b) La revocatoria y reconocimiento de ineficacia de actos y negocios jurídicos, celebrados con antelación a la toma de posesión;

"c) La devolución de bienes de terceros, no vinculados a la actividad no autorizada,

"d) En caso de que a juicio de la Superintendencia se presente una actividad con la cual se incurra en alguno de los supuestos descritos en el presente decreto, por parte de una persona natural o jurídica y ésta manifieste su intención de devolver voluntariamente los recursos recibidos de terceros, esta Entidad podrá autorizar el correspondiente plan de desmonte. En el evento que dicho plan se incumpla se dispondrá la adopción de cualquiera de las medidas previstas en este decreto, sin perjuicio de las actuaciones administrativas y penales a que hubiere lugar;

"e) La suspensión inmediata de las actividades en cuestión, bajo apremio de multas sucesivas, hasta de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta medida se publicará en un diario de amplia circulación nacional indicando que se trata de una actividad no autorizada;

"f) La disolución y liquidación judicial de la persona jurídica o de cualquier contrato u otra forma de asociación que no genere personificación jurídica, ante la Superintendencia de Sociedades, independientemente a que esté incurrida en una situación de cesación de pagos.

"g) La liquidación judicial de la actividad no autorizada de la persona natural sin consideración a su calidad de comerciante (...)"

Expedidas las medidas de emergencia, de naturaleza reactiva y represiva, la Superintendencia procedió a su aplicación, gestión que se tradujo en la intervención de las personas naturales y jurídicas que para la época venían ejerciendo la actividad financiera



irregular, escondida bajo fachadas jurídicas aparentemente legales como venta de tarjetas prepago, venta de bienes y servicios.

El impacto de las medidas fue contundente y gracias a su implementación se restableció el orden público económico en todo el territorio nacional.

No obstante, la demostración de la efectividad de este nuevo poder estatal, el fenómeno de la captación masiva de recursos del público sin autorización, lamentablemente se ha venido reproduciendo a lo largo de estos diez años posteriores a la emergencia, en diferentes escenarios del mercado nacional, con diversos y novedosos modelos de operación.

Es cierto que ya no es un fenómeno sobreviniente y que ahora el Estado cuenta con mecanismos jurídicos suficientes y capaces de hacer frente a los nuevos desafíos en materia de captación irregular, pero no debe olvidarse que el Régimen de Intervención por captación, no puede ser aplicado de manera caprichosa por parte de la Superintendencia, dado que no se trata de una atribución irracional o arbitraria sobre los sujetos y operaciones económicas.

La activación de las medidas que se deben adoptar cuando se está en presencia de una intervención por captación, está condicionada por severas restricciones que deben ser puntualmente atendidas, con el propósito de no incurrir en acciones indebidas que causen perjuicios injustificados a los administrados, pues se trata de mecanismos muy drásticos que pueden llegar a despojar a los sujetos intervenidos de los bienes que conforman su patrimonio, con el objeto de devolver a los inversionistas defraudados los dineros captados irregularmente.

Como se explicó en el apartado relativo a la naturaleza de la supervisión ejercida por la Superintendencia de Sociedades, ésta es de naturaleza subjetiva. Ahora bien, la actividad financiera es de interés público y su inspección, vigilancia y control recae en entidades (Superintendencia Financiera o Superintendencia de la Economía Solidaria) que tienen a su cargo el cumplimiento de la regulación prudencial, con el fin de asegurar la estabilidad financiera. En cambio, las normas expedidas al amparo de la emergencia económica y social decretada en 2008 tuvieron un carácter reactivo y represivo y no preventivo, como ya se ha indicado.

Para que la Superintendencia pueda ejercer sus potestades de intervención por captación es requisito *sine qua non* que se **materialicen objetivamente y de manera notoria** los presupuestos de la captación no autorizada de recursos del público.

Los presupuestos de la intervención fueron descritos expresamente en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en los siguientes términos:

“SUPUESTOS. La intervención se llevará a cabo cuando existan hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable.”



Se desprende de la disposición transcrita que son supuestos de la intervención los siguientes:

- 1º. La ocurrencia de hechos objetivos o notorios que indiquen captación masiva de recursos del público, sin autorización estatal, encubierta en operaciones aparentemente legales.
- 2º. La ausencia de contraprestación en bienes o servicios presentes o futuros que justifiquen la inversión o, aun existiendo tal contraprestación, que no cuente con explicación financiera razonable.

Mientras no se materialicen objetivamente estos supuestos, la Superintendencia de Sociedades carece de competencia temporal para intervenir en el caso concreto.

Es en este escenario que debe tenerse muy presente que pueden darse situaciones de nutridas quejas y reclamaciones por presunta captación masiva no autorizada de recursos del público, como en efecto ha ocurrido en diferentes ocasiones, pero es sólo cuando se materializan objetivamente los supuestos de la actividad irregular, que la Superintendencia tiene vía libre para actuar con toda contundencia.

Existe la posibilidad de que haya sociedades mercantiles vigiladas por esta Superintendencia, que desarrollan actividades comerciales autorizadas por la ley, frente a las cuales se ejercen ordinariamente las funciones de supervisión previstas en la Ley 222 de 1995 y, consecuentemente, reportan información financiera, son objeto de visitas e investigaciones administrativas y, aunque son auditadas por un revisor fiscal, no presentan señales claras (objetivas y notorias) de alerta o de actividad irregular.

Sin embargo, puede ocurrir que existan sociedades vigiladas, que, bajo el amparo de una actividad aparentemente lícita, engañen a quienes tengan relaciones comerciales con ellas (así como al ente de supervisión), ya que, de manera subrepticia y oculta, desarrollan una sofisticada actividad irregular de captación de recursos del público sin autorización.

En estos casos, con el transcurso del tiempo, la operación se deteriora y solo cuando se hace evidente, por diferentes vías, la noticia objetiva y notoria de la captación, la Superintendencia puede hacer uso del procedimiento de la intervención por captación ilegal.

En conclusión:

Cuando se presentan hechos ocultos, encubiertos o escondidos en fachadas jurídicas legales, la operación de captación masiva de recursos del público sin autorización estatal, aún no se habrían configurado los supuestos de la intervención. Estos sólo se consolidan cuando sean revelados y descubiertos, se materialicen y evidencien de manera objetiva o notoria como lo exige el artículo 6º del Decreto Ley 4334 de 2008 antes citado.



JURISPRUDENCIA SOBRE CAPTACIÓN MASIVA E ILEGAL DE DINERO DEL PÚBLICO Y FUNCIONES DE LAS SUPERINTENDENCIAS

A continuación, se efectúa una relación de los pronunciamientos hechos en algunos de los procesos adelantados debido a la captación masiva e ilegal de dinero del público en los cuales se pretendió infructuosamente endilgar responsabilidad a las entidades de supervisión, por el acaecimiento de estos fenómenos.

En toda esa jurisprudencia que a continuación se relaciona, se halla un hilo conductor consistente en señalar que la entrega de dinero a una determinada entidad con el fin de ganar una rentabilidad exagerada en un breve lapso, lo cual, de acuerdo con las reglas de experiencia no corresponde a una actuación o actividad legal, está fundada en la culpa de la víctima y, en segundo término, en el hecho de un tercero, pero en forma alguna implica una omisión o una actuación tardía del Estado en función de sus atribuciones legales, **por cuanto la causa que originó el daño no se debió a la falta de intervención estatal o a su eventual retraso, sino que el hecho generador ocurrió con anterioridad por causa o con ocasión de la confluencia entre la aquiescencia inconsulta del afectado y el fraude del sujeto que a la postre resultó ser el intervenido.**

A) Expediente 2010 00266 00. Demandante José Ramón Vera Paredes, Demandada Nación Presidencia de la Republica y otros, Juzgado Quinto (5°) Administrativo de Descongestión de Cali

“(…) El despacho se releva de hacer pronunciamiento respecto a responsabilidad alguna en cabeza de las entidades demandadas, pues resultó evidente la culpa de la víctima en el resultado dañino por el cual demandaba.

Consideró el juez que el hecho que el demandante hubiera decidido de manera libre, espontánea y voluntaria depositar sus dineros en el establecimiento demandado, resultaba un hecho a todas luces irresistible para las entidades demandadas, pues al Estado se le hacía imposible restringir la libertad de las personas de disponer de sus bienes como mejor les parezca.

Por otra parte, resultaba en extremo difícil para las entidades demandadas enterarse que la sociedad demandada desplegaba actividades de captación irregular de recursos del público, atendiendo precisamente a la dificultad que representaba la normatividad vigente para el momento de los hechos, cuando se trataba de determinar qué persona o sociedad desplegaba la captación masiva y habitual de recursos del público.

Por último, sostiene que las entidades no tuvieron injerencia alguna en la decisión libre del demandante en depositar su dinero en una captadora, pues de acuerdo con circunstancias subjetivas del propio actor (comerciante de 39 años), el hecho de la pérdida de su dinero era previsible y evitable. (...)”. (El resaltado es fuera del texto).

B) Expediente 2011 00045 00 Demandante Manfredy Daza Gaitán, Demandada Nación Superintendencia Financiera de Colombia- Juzgado Adjunto al Tercero (3°) Administrativo de Armenia.



El Juzgado determinó que la Superintendencia Financiera de Colombia (única entidad demandada) atendió sus obligaciones legales, haciendo uso de las herramientas legales y demás medios con que contaba en el caso particular, sin que pueda imputársele el abandono o la omisión en el cumplimiento de estas.

Aunado a lo anterior, **logró concluirse que la causa del daño irrogado al demandante, no fue otro que su propio accionar, pues este en busca de ganancias exageradas participó de un negocio del cual conocía todos sus detalles y frente al cual había sido advertido en varias ocasiones por las autoridades competentes**, no obstante, prestó su aval para el perfeccionamiento del mismo.

C) Expediente 2012 00078 00, Demandante Silvia Amparo Guevara Castañeda, Demandada Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros, Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Descongestión.

El juez de segunda instancia consideró que logró demostrarse que la Superintendencia Financiera (única demandada) había actuado de acuerdo con las facultades otorgadas por la ley, realizando visitas de inspección, las cuales hicieron parte de una actuación administrativa como un elemento probatorio más, entre muchos otros, a los que acudió.

De igual forma advirtió que el perjuicio cuya indemnización se pretendía, no derivaba de las acciones u omisiones en las que pudo haber incurrido la administración, sino de la conducta imprudente, negligente y azarosa de quienes esperando una inverosímil ganancia, hicieron cuantiosas inversiones en entidades en la frontera con la ley.

D) Expediente 2009 00166 00, demandante Alexandra Restrepo Zuluaga, demandada Nación Presidencia de la Republica y otros, Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Sostuvo la Corporación que *en el caso concreto no se había demostrado el daño. Sin embargo, procedió a realizar un análisis en el caso hipotético de haberse demostrado aquél, afirmando que respecto de las demandadas Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Fiscalía General de la Nación y Municipio de Cali se configuraba la falta de legitimación en la causa por pasiva.*

Con relación a la Superintendencia Financiera indicó que actuó conforme al ordenamiento jurídico vigente, que hasta ese momento le permitía (antes de la expedición del Decreto 4333 de 2008), adelantando la respectiva actuación administrativa, la cual tuvo como resultado la expedición de la resolución No. 1778 del 11 de noviembre de 2008, a través de la cual ordenó la suspensión inmediata de la actividad desarrollada por Proyecciones D.R.F.E.

Por lo tanto señaló que, si la demandante perdió alguna suma de dinero, se debió a su propia culpa y al hecho de un tercero, pues aquella de manera libre y voluntaria decidió invertir su dinero en un establecimiento de comercio ilegal, agregó que, de igual forma, la conducta del propietario del establecimiento contribuyó en la



producción del supuesto daño, porque a pesar de contar con la debida autorización, desarrolló las actividades de captación de dinero del público.

El Tribunal consideró que la conducta del propietario del establecimiento resultó imprevisible e irresistible frente a la Superintendencia Financiera en la medida en que era ilegal y en esas condiciones no estaba bajo su inspección y vigilancia.

E) Expediente 2010 00298 00, demandante Leonardo Gutiérrez Bulla y otros, demandada Superintendencia de Sociedades y otras, Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Descongestión.

El juez de segunda instancia consideró que no se encontró probada la falla en el servicio que se le atribuía a la Superintendencia Financiera por omisión o tardía intervención de la sociedad DMG, por cuanto, de una parte, se demostró que la sociedad no hacía parte de las entidades sujetas a la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la cual la misma pudiera llevar un control y, de otra, frente a sus facultades de supervisión por la captación ilegal de dinero sin previa autorización, se demostró que las mismas fueron ejercidas de conformidad con la legislación que para tal efecto expidió el Gobierno Nacional.

De igual forma se constató una ausencia legislativa que permitiera actuar con más celeridad y ello fue fruto de las blindadas formas para el recaudo y del respaldo tecnológico con el que contaban las empresas captadoras ilegales de dinero. Respecto a la Superintendencia de Sociedades indicó que ésta hizo uso de las facultades normativas vigentes para el momento, en el sentido de haber iniciado una investigación administrativa en contra de la sociedad DMG, en cumplimiento de lo normado en la Ley 222 de 1995, lo cual dio lugar a las diligencias y decisiones finalmente adoptadas.

F) Expediente 2014 013700 00, demandante Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, demandada Superintendencia Financiera de Colombia y Superintendencia de Sociedades, Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En la contestación de la demanda, la Superintendencia Financiera manifestó que el demandante no indicó de manera específica, cuál fue la presunta omisión de la entidad demandada, más allá de indicar de manera general las funciones de inspección, vigilancia y control. **Adicionalmente, consideró la demandada que el artículo 90 de la Constitución Política establece que la responsabilidad del Estado se restringe a los daños antijurídicos causados por acción u omisión de entidad pública, por lo cual en el caso bajo estudio se estaba ante el hecho de un tercero.**

En sentencia de primera instancia la Sala concluyó que dentro del proceso de la referencia no se acreditó la supuesta práctica ilegal no autorizada o insegura que habría sustentado la intervención del Estado, si es que a ello hubiere lugar y que con base, de acuerdo a ello, la consecuencia de evidenciar dichas prácticas es la imposición de sanciones administrativas.

En cuanto a la posibilidad que tiene el Estado de intervenir la economía, la Sala advirtió de manera insistente que no existe certeza sobre los efectos positivos de dicha medida, más



allá de los que, con la adopción de las medidas como la toma de posesión y posterior liquidación, se haya logrado. Lo anterior tiene lógica, en tanto que el Estado no puede cada vez que detecta algo **inusual** proceder a adoptar medidas de intervención, pues terminaría afectando el mercado y la libertad económica, a tal punto que la gente se abstendría de invertir.

Agregó que la Superintendencia Financiera, en atención a las funciones que por Ley tiene asignadas, de manera inmediata, una vez conoció la eventual ausencia de pagos, ordenó la toma de posesión. En este punto la Sala reiteró que la intervención económica en cabeza de la Superintendencia Financiera se limita adoptar la medida de toma de posesión y a la eventual consideración de su liquidación o no.

Así, la Sala encontró desvirtuados los cargos contra la entidad demandada respecto de su supuesto proceder omisivo, encontrando, por el contrario, que de acuerdo con lo probado en el expediente y a lo que legalmente se le puede exigir, la entidad, actuó de conformidad con la ley:

*“(..).Ahora bien en cuanto a las funciones de inspección de la Superintendencia Financiera, el Consejo de Estado ha sostenido para casos análogos que “El ente de control no puede responder por el incumplimiento que de su mandato hizo la sociedad vigilada frente a su cliente al no realizar las intervenciones ordenadas, pues advierte la sala, **que la función de supervisión de la superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los accionistas y/o inversionistas contra cualquier pérdida y tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector por parte de las entidades que desarrollas ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado(..)**”.* (El resaltado es fuera del texto).

Por lo anterior, la Sala no encontró acreditados los elementos de la responsabilidad estatal, por lo que se negaron las pretensiones de la demanda, sin perjuicio de señalar que, en el caso concreto, se edificó una causa extraña que impidió imputar el daño alegado a la entidad demandada.

Adicionalmente, se ponen de presente dos sentencias sobre la inexistencia de falla en el servicio en hechos que conllevaron la pérdida de dinero de los demandantes:

G) Expediente 29.944 demandante Fondo de Empleados de Almacenes Magali París Fedemagali y otros, demandada Nación Superintendencia Bancaria Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de marzo de 2015. (C.P: Hernán Andrade Rincón,).

En esta oportunidad la Sección Tercera se pronunció en segunda instancia sobre el medio de control de reparación directa impetrado por varios demandantes contra la Superintendencia Bancaria por falla del servicio a raíz de la quiebra del Banco Cooperativo “Bancoop” que implicó para los demandantes la pérdida de los recursos depositados.

La Sección resolvió revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimar las pretensiones de la demanda. **Entre otras cosas, consideró que las obligaciones**



asignadas a las Superintendencias, tanto aquellas expresamente delegadas por el Presidente de la República como las que son otorgadas por ley, deben considerarse de medio y no de resultado toda vez que las mismas se limitan a asegurar el cumplimiento de las normas y la inspección y vigilancia de los entes sujetos a su supervisión. De igual forma, en referencia al caso bajo estudio, aclaró la Sección que la Superintendencia Bancaria no está obligada a contener o evitar los riesgos propios del mercado bancario.

Expediente 35.534, demandante Fondo Interprofesional Unión Javeriana fijar y otros, demandada Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2016 (C.P: Marta Nubia Velásquez Rico)

En el caso estudiado en esta providencia, los demandantes ejercieron el medio de control de reparación directa contra la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera de Colombia – al considerar que hubo una falla del servicio de inspección y vigilancia dado que esta Entidad no tomó los correctivos necesarios que hubieran evitado la toma de posesión para liquidar de la compañía de financiamiento comercial La Fortaleza S.A.

En la *ratio decidendi*, consideró la Sección Tercera que no se presentó la falla del servicio aludida pues la superintendencia demandada cumplió a cabalidad, de manera completa y sin retardos, sus deberes de inspección, vigilancia y control al realizar todas las gestiones que consideró necesarias y ajustadas a sus facultades para procurar que la entidad vigilada continuara con el normal ejercicio de su objeto social. Precisa la sentencia que la función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes y ahorradores sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las entidades que desarrollan estas actividades. **Se trata entonces de una obligación de medio y no de resultado pues sólo está obligada a revisar la actividad de los entes supervisados y no a evitar los riesgos propios del sistema y de las actividades desarrolladas dentro de este.**

Concluye la sentencia que “(...) *la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor*” (Sentencia del 26 de febrero de 2015, Expediente: 27544).

H) Expediente 2017 00119 01, demandante Jesus Montes Ruedas, demandada Superintendencia Financiera de Colombia y otros, Tribunal Administrativo del Atlántico, sección A, sentencia del 29 de abril de 2019 (M.P. Judith Romero Ibarra).

Manifiesta este Tribunal que “(...) *Ello es así, por cuanto se cuestiona de las entidades demandadas, la conducta pasiva o negligente que guardaron por el hecho de no haber ejercido las funciones de inspección, vigilancia y control sobre la empresa Global Brokers S.A., lo que a juicio de los demandantes conllevó a que se le causara el detrimento patrimonial irrogado.*



La responsabilidad del Estado por el desempeño de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las Superintendencias.

De la revisión de las funciones de las entidades demandadas a fin de determinar si existió omisión en su cumplimiento por parte de alguna de ellas, la Sala encuentra lo siguiente, teniendo de presente lo que comprenden las funciones de inspección, vigilancia y control, en tal sentido ha de decirse que, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto a las potestades de **inspección**, a esta se encuentran sujetas por parte de la Superintendencia de Sociedades, todas las compañías comerciales que no estén sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, lo cual implica que respecto de tales empresas la Superintendencia de Sociedades está facultada para adelantar investigaciones administrativas «encaminadas a obtener, confirmar y analizar información sobre su situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas que se hubieren realizado. Luego entonces la inspección constituye, una grave leve de supervisión del Estado en las sociedades sujetas a este tópico y en ese sentido el Alto Tribunal ha expresado que “es una atribución simplemente potencial, que garantiza que el superintendente pueda ejercer la facultad constitucional que se encuentra en cabeza del presidente de la República, en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución nacional”.

En lo que a la potestad de **vigilancia atañe**, esta constituye la facultad de carácter permanente que permite a la Superintendencia de Sociedades desplegar actividades de mayor alcance que las de mera inspección, como quiera que esta atribución consiste esencialmente en la potestad de velar porque las sociedades sometidas a dicho grado de fiscalización, se ajusten tanto en su formación y funcionamiento como en el desarrollo de su objeto social, la Constitución Política, la ley, al reglamento y a sus propios estatutos.

En cuanto a la atribución de **control**, se trata de una potestad llamada a operar en relación con compañías que se encuentren en una situación crítica, de carácter jurídico, económico o administrativa. Esta facultad, al igual que ocurre con la vigilancia, solo puede ser ejercida sobre sociedades que no se hallen permanentemente vigiladas por otra superintendencia y para que una sociedad resulte sometida a ella será siempre indispensable que el Superintendente de Sociedades así lo determine por medio de acto administrativa de carácter particular, lo que a su vez implica que la cesación del control precisa asimismo que el Superintendente lo determine a través de acto administrativo también.

En cuanto a dichas funciones en cabeza de las Superintendencias, su fundamento y a las responsabilidades que de ella se podrían derivar, el Consejo de Estado ha precisado”. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, 3/10/2012 Radicación número 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).

“(…) Las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las superintendencias, en general y de la Superintendencia de Sociedades, en particular, encuentran fundamento constitucional, en el marco de la Carta Política vigente con anterioridad al año de 1991, en lo que preceptuaba el numeral 15 del artículo 120, por cuya virtud correspondía al Presidente de la República “ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes”, mientras que en el contexto de la Constitución Política actualmente vigente son los ordinales 8 y 19 del artículo 150 de la Constitución, en armonía con lo previsto en los numerales 24 y 25 del artículo 189 *ibídem*, las disposiciones que prevén que corresponde al Congreso de la República expedir las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas que realicen o desarrollen las actividades financiera, bursátil, aseguradora o cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, así como sobre las entidades cooperativas y sociedades mercantiles; tales atribuciones comportan, como lo ha explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado, el ejercicio tanto del poder de policía cuanto de la función de policía.

“(…) Las actividades de inspección, vigilancia y control por parte del Estado respecto de las sociedades comerciales comenzaron a ser realizadas en relación con las sociedades anónimas habida consideración de la característica que a ese tipo societario resulta consustancial: la limitación total de la responsabilidad de los asociados a sus respectivos aportes; dicha particularidad inherente a la sociedad anónima fue concebida como una concesión o privilegio reconocido por el Estado para facilitar y estimular la vinculación de inversionistas a empresas grandes y no siempre promisorias, como ocurrió con las Compañías Holandesas de las Indias Orientales de principios del siglo XVII. Empero, la anotada limitación de la responsabilidad —que permitió la representación del interés de los socios en títulos negociables, de modo que se facilitara tanto su circulación como la vinculación de toda clase de inversionistas— al propio tiempo condujo a granjearle a la sociedad



anónima un ambiente de cautela y de prevención en las legislaciones comerciales, en las cuales empezaron a ser consagrados mecanismos de la más diversa naturaleza encaminados a conjurar los peligros que esa responsabilidad limitada entrañaba, como se expresó abiertamente en la exposición de motivos del Código de Comercio de Napoleón, al señalar que (...)

Adicionalmente, las disposiciones que regulan las sociedades comerciales tienden también a proteger los intereses de los terceros que traben relaciones de negocio con la sociedad, entre los cuales debe destacarse a los acreedores sociales; ello justifica la existencia de normas dictadas para la salvaguarda de la integridad del capital social, entre otras. Y también deben ser considerados y tutelados los intereses de los posibles — futuros— socios o acreedores, los cuales han adquirido una importancia cada vez mayor con la difusión y el desarrollo de las sociedades por acciones. En fin, el campo de los intereses tutelados se ensancha continuamente hasta comprender, incluso, el interés general de la economía del país, dadas las repercusiones que sobre dicha economía puede tener —y, de hecho, tiene— el funcionamiento de las sociedades de comercio.

Ahora bien, las potestades de inspección, vigilancia y control ejercidas por la Administración Pública respecto de diversos ámbitos de la actividad que despliegan los particulares ha sido catalogada como una de las modalidades de la denominada función de policía administrativa o actividad administrativa de coacción, conceptualizada esta por la doctrina como “el conjunto de medidas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”¹⁵ y las superintendencias tienen entonces a su cargo el ejercicio de una modalidad de la policía administrativa, cual es la función de inspección, vigilancia y control de diversos ámbitos de actividad de las personas, en los precisos términos dispuestos por la ley o por la correspondiente delegación o desconcentración de funciones atribuida en principio al Presidente de la República, legalmente autorizadas.”

(...)

Hechas las anteriores precisiones, se impone a esta Corporación, determinar si la conducta de las entidades demandadas puede considerarse “anormalmente deficiente” u omisiva, teniendo en cuenta las circunstancias en que debía prestarse el servicio, a fin de determinar si se probó el segundo elemento de la responsabilidad es decir la imputabilidad.

En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la interposición del presente medio de control, señala la parte demandante que el daño se ocasiono por la omisión de las demandadas en el incumplimiento de sus funciones de vigilancia, inspección y control a la empresa Global Brokers S.A.

En primer lugar, advierte este Tribunal como bien lo sostuvo A quo, que la actividad de la empresa Global Brokers no coincide, con una operación descrita en la ley como de crédito o financiera, por tanto, no era una actividad que debiera ser controlada por la Superintendencia financiera, a partir de la función de prevención u otra, por cuanto en la actividad mercantil estipulada al momento de su constitución, que es la que determine en sí su comportamiento, de conformidad con las disposiciones del Código de comercio y normativa citada, no se encontraba cobijada.

Se tiene que, entre la citada empresa y los actores, existió un contrato en el cual las partes dejaron plasmadas su voluntad, acompañada de la autonomía que les es propia, actividad que es extraña a las competencias de la superintendencia porque dicha sociedad, no desarrollo al menos de manera licita, actuaciones encuadradas dentro de las operaciones activas o pasivas de crédito. Ello por cuanto según el supuesto de hecho que ahora se le endilga a las enjuiciadas, no se produjo como consecuencia de las actividades desarrolladas por la empresa Global Brokers. S.A.; sino que tuvo su origen en un contrato de mandato cuyo objeto era la cesión de un derecho litigioso y que los actores suscribieron con esa empresa, situación que escapa a la facultad de vigilancia de las entidades demandadas.

Es del caso precisar que, la actividad financiera implica per se ciertos riesgos, así lo ha decantado el Consejo de Estado al señalar que¹⁶.

¹⁵ Fernando Garrido Falla

¹⁶ Ibídem



"El sistema financiero lleva inmerso los riesgos económicos propios de la actividad, en consideración a que esta es especulativa, en tanto la rentabilidad o no depende de las múltiples variables que se presentan diariamente que, a su vez, están sujetas a las condiciones del mercado, razón por la cual, se trata de un sistema que encuentra sustento en la confianza.

Algunos de los riesgos propios de la actividad financiera son los siguientes:

• **Riesgo de crédito:** Es la posibilidad de que una entidad incurra en pérdidas y se disminuya el valor de sus activos, a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones por parte de alguno de sus deudores.

• **Riesgo de liquidez:** Es la posible pérdida que puede tener una entidad por el incumplimiento de sus obligaciones cuando estas se tornan exigibles; la entidad no está capacitada para soportar una caída de los fondos, un incremento de activos ni sufragar sus propios gastos operativos.

• **Riesgo de mercado:** Posibles pérdidas asociadas con la disminución del valor de los portafolios de la entidad, la caída del valor de las carteras colectivas o fondos que administra, por el efecto de los cambios en el precio de los instrumentos financieros en los que se mantienen posiciones dentro o fuera del balance.

• **Riesgo operativo:** Es la posibilidad de incurrir en pérdidas por deficiencias o fallas en el recurso humano, los procesos, la tecnología, la infraestructura o por la ocurrencia de acontecimientos externos.

Riesgo de lavado de activos: La posible pérdida de la entidad por ser utilizada, directamente o a través de sus operaciones, para el lavado de activos o la canalización de sus recursos hacia la realización de actividades terroristas, o cuando se presenta el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades.

• **Riesgo de suscripción:** Posibilidad de incurrir en pérdidas como consecuencia de políticas y prácticas inadecuadas en el diseño de productos o en la colocación de los mismos.

• **Riesgo de reservas técnicas:** Es la posibilidad de pérdida por subestimar el cálculo de las reservas técnicas y otras obligaciones contractuales, tales como la participación de utilidades, el pago de beneficios garantizados, entre otras.

• **Riesgo legal:** Posibilidad de pérdida por la imposición de sanciones o multas o por la existencia de una obligación de pagar por daños ocasionados por el incumplimiento de normas o regulaciones.

• **Riesgo estratégico:** La posible pérdida por la imposibilidad de la administración para adaptarse a los cambios de las condiciones de los negocios, el desarrollo de los productos y la implementación de planes de negocios exitosos.

• **Riesgo reputacional:** La posibilidad de pérdida en que incurre una entidad por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa - cierta o falsa - respecto de la entidad y sus prácticas de negocios.

No obstante, la responsabilidad del Estado en tratándose de las funciones a su cargo en materia de inspección, vigilancia y control de las actividades desarrolladas por las sociedades comerciales, se circunscribe a realizar todas las gestiones y a adoptar todas las decisiones que el ordenamiento jurídico posibilita con el fin de encausar el quehacer de las compañías vigiladas al ordenamiento jurídico y a sus propios estatutos, sin que dicha responsabilidad se extienda, per se, a la garantía de las pérdidas sufridas o de las utilidades esperadas por los usuarios o clientes de las empresas en cuestión.

Por otro lado, en el expediente se extrae que, por esto hechos, está siendo adelantada investigación que cursa ante el Juzgado Cuarto Penal De Circuito De Barranquilla Con Funciones De Conocimiento, proceso que fue asumido en principio por la Fiscalía en etapa de inspección, quien asumió competencia para adelantarla, en razón a que las víctimas, dieron a conocer de las conductas a las autoridades penales por considerarla violatorias de la ley penal, y que la Superintendencia luego de la Inspección adelantada a Global Brokers también dio traslado, **siendo así entonces que el daño ocasionado a los demandantes no tiene su causa en el actuar de las demandadas.**



El Consejo de Estado ha dejado claro, en asuntos como el que ahora se debate que la responsabilidad patrimonial del Estado, **solamente puede quedar comprometida si se demuestra en el proceso (i) que el servicio a cargo de la Superintendencia no fue prestado o lo fue de manera tardía, negligente o equivocada y (ii) que esa falla en la prestación del servicio fue lo que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se deprecia, lo cual no acaeció en este caso.**

Deviene de lo expuesto la imposibilidad para esta Corporación de irrogarle el hecho dañino a alguna de las entidades demandadas, habida consideración que **en este caso en particular no pudo establecerse que la parte demandada no obro adecuadamente, es decir, como una administración negligente, por lo que no existe omisión alguna que pueda considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende. Ello en razón a que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, no pudo probarse que la conducta de la administración fuera "anormalmente deficiente", como lo señala la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, luego entonces no existe certeza del nexo causal entre la omisión que se le pretende endilgar a la parte demandada y las lesiones sufridas por el demandante. (...)**"

I) DEL CASO ESPECÍFICO DE LA SOCIEDAD ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS / MODELO DE NEGOCIO DE ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS

Con el fin de entender el modelo de negocio realizado por esta sociedad, es necesario describir, de manera general, en qué consiste la venta de pagarés libranza¹⁷:

Para obtener el pago anticipado de sus cuentas por cobrar y conseguir los recursos necesarios para su operación, las entidades operadoras de libranzas pueden vender la cartera registrada en sus estados financieros a través de figuras como el *factoring* o el descuento.

Esta operación consiste en que una persona adquiere a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio. La transferencia de esos derechos se realiza normalmente por endoso si se trata de títulos valores, o mediante cesión en los demás casos, tal como se ilustra en la siguiente gráfica:



Esta operación se perfecciona mediante un contrato en el cual la entidad operadora de libranza recibe anticipadamente el dinero de su cartera, a cambio de asumir un porcentaje por concepto de descuento. En términos coloquiales, va a recibir en el presente una suma de dinero que, de otra manera, hubiera recibido dividida en cuotas a lo largo de un plazo

¹⁷ Parte de esta explicación fue tomada de la cartilla ABC de las libranzas en Colombia, disponible para consulta en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/ABC-Libranzas-v2.pdf>



determinado. Como contraprestación, la operadora transfiere los títulos al comprador, el cual puede ser una persona natural o jurídica.

Una vez perfeccionada la operación de venta de cartera de libranzas, el comprador pasa a ser el beneficiario de los pagos mensuales que generen los pagarés libranza, los cuales pueden estar en su poder o ser administrados y custodiados por un tercero.

Esta compraventa de cartera puede realizarse con o sin responsabilidad. Cuando la compraventa se realiza “con responsabilidad”, la entidad operadora de libranza asume el riesgo de impago o insolvencia del deudor de cada una de las obligaciones contenidas en los pagarés libranza. Esta responsabilidad corresponde con la calidad de obligado cambiario en vía de regreso en virtud del endoso con responsabilidad que se efectúa sobre el título valor enajenado (artículos 625 y 657 del Código de Comercio), sin perjuicio de las obligaciones que se desprendan sobre el particular del contrato de compraventa.

Por el contrario, cuando se trata de una venta sin responsabilidad, la operadora de libranza no asume ninguna obligación por el posible incumplimiento de los deudores (que corresponde con un endoso sin responsabilidad, en los términos del artículo 657 del Código de Comercio). Por lo tanto, el comprador asume todos los riesgos de la operación.

Es pertinente señalar que cuando el crédito de libranza es pagado en su totalidad por el deudor, bien sea con el pago de las cuotas en el término estipulado o con el pago anticipado (prepago) de las cuotas pendientes durante la vigencia del crédito, el vendedor está en la obligación de cancelar el pagaré otorgado por el comprador como respaldo del pago de sus obligaciones y, en consecuencia, a expedir a su favor paz y salvo respectivo. El deudor podrá solicitar la devolución del pagaré correspondiente.

A su vez, desde la expedición del Decreto 1348 de 2016, la entidad operadora de libranza o vendedor está obligado a trasladar en el término pactado o, a falta de ello, en un mes, las sumas correspondientes al pago total o parcial anticipado del crédito libranza que hayan sido pagadas por el deudor o por un tercero. La norma también le prohíbe reemplazar por otro el crédito libranza parcial o totalmente pagado anticipadamente, ni siquiera a cargo del mismo deudor, a menos que así se haya estipulado expresamente entre las partes. En caso de que el pagaré se encuentre en custodia de su comprador; el vendedor debe solicitarle su devolución para la cancelación respectiva.

En lo que se refiere específicamente al modelo de negocio de ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS, para el desarrollo de su operación como sociedad, esta realizó una serie de contratos con sociedades parte del mismo grupo empresarial, tales como EIAS INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. (NIT 900.437.991) y ALIANZAS EFECTIVAS S.A.S. (NIT 900.535.587), CONSTRUCCIONES Y DESARROLLO EIAS S.A.S. (NIT 900.735.811), CREDIASESORAMOS CRÉDITOS Y ASESORÍAS PROFESIONALES SAS (NIT 900.744.804) y RENOVAR FINANCIERA S.A.S. (NIT 900.704.376) y con otras entidades tal y como se explica a continuación:

Primero. Celebró contratos de compraventa de cartera con las siguientes cooperativas: (i.) Coocredimeded, (ii.) Credimed de Caribe, (iii.) Cooinverdor, (iv.) Coomunco (v.) Coovenal,



(vi.) Invercor, (vi.) Inversiones Alejandro Jiménez, (vii.) Redescoop, (viii.) Servicoop de la Costa, ix) Coomundo Crédito.

Segundo. Además con las siguientes sociedades i) Casaeymacag S.A.S., ii) Mundo Crédito Servicios S.A.S., iii) Alianzas Efectivas S.A.S., iv) Construcciones y Desarrollo EIAS S.A.S., v) Con EIAS S.A.S., vi) Crediasesoramos Créditos y Asesorías Profesionales S.A.S., vii) Crediasesoramos y viii) Renovar Financiera S.A.S.

Tercero. Suscribió un contrato de custodia de los títulos valores con la compañía Manejo Técnico de Información S.A. – MIT S.A.

Cuarto. La Sociedad promovió la contratación de los servicios de un tercero (Grupo Jurídico Peláez & Co) al servicio de los inversionistas, para que adelantara las gestiones de cobro de la cartera ante las originadoras

ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS supuestamente, compraba cartera del sector solidario a las Cooperativas mencionadas y recibía de éstas pagarés como soporte de los préstamos otorgados a sus asociados bajo la modalidad de libranza, a un precio que, en teoría, correspondería al valor nominal de los pagarés comprados, descontando una tasa o factor.

Una vez adquirida la supuesta cartera, **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** la ofrecía en venta con responsabilidad de forma directa o a través de sus corredores o comerciales, a entidades financieras, personas jurídicas y personas naturales, a un precio que resultaría de aplicar un margen de rentabilidad al valor nominal de los pagarés libranzas vendidos.

La utilidad que **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** supuestamente obtenía de sus operaciones, resultaría de la diferencia entre la tasa de descuento utilizada en la compra y la tasa de rentabilidad aplicada en la venta.

No obstante, si bien las operaciones realizadas por **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, estaban amparadas bajo el ropaje de una operación económica legal, la actuación administrativa demostraron que la sociedad recibió de múltiples personas recursos que no correspondieron a una venta real de créditos libranza, bien porque nunca les fueron asignados los créditos comprados o bien porque al venderse el mismo crédito libranza a más de un inversionista las ventas subsiguientes a la primera carecían de objeto.

En efecto, en los casos de las ventas de créditos libranza en que no hubo asignación de operaciones a los clientes, no hubo un bien o servicio transado que justificara los pagos que se pactaron ni los que se alcanzaron a hacer a los inversionistas. Es decir, no existió una justificación financiera razonable de la rentabilidad pagada y prometida al cliente, situación que en los términos del artículo 6° del Decreto 4334 de 2008 implica la configuración de hechos objetivos de captación de recursos del público.

En consecuencia, toda vez que **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** ofreció una rentabilidad que no correspondía a la realidad económica de la operación, no existió



razonabilidad financiera que explicara el modelo de negocio, puesto que en las operaciones de compraventa de cartera originada en créditos otorgados bajo la modalidad de pagarés-libranza se evidenció: (i.) recaudo (valor acumulado de los flujos girados por las pagadurías) inferior al que realmente les fue pagado a los inversionistas, (ii.) pagos al inversionista sin haber recibido recaudo proveniente de la libranza, (iii.) venta de pagarés vencidos y (iv) venta del mismo pagaré a varios inversionistas. Se comprobó que en ejercicio de su actividad la sociedad captó de manera no autorizada dineros del público y, por consiguiente, se configuraron los presupuestos enunciados en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008.

Todo lo anterior significa que cuando el inversionista realizaba la operación de compraventa de créditos otorgados bajo la modalidad de libranza con ELITE S.A.S., era plenamente consciente de que compraba un activo de riesgo, toda vez que entendía que estaba realizando la compra de una deuda a cargo de una persona natural que no conocía, en especial su solvencia moral y patrimonial. Es decir, se trataba realmente de operaciones de crédito de alto riesgo, asumido libre y deliberadamente por el comprador de cartera, que ahora, con esta demanda, pretende desplazar hacia el Estado.

Así las cosas, mal haría la jurisdicción de lo contencioso administrativo en condenar a la Superintendencia de Sociedades en el caso que nos ocupa, ya que terminaría respondiendo el Estado por negocios realizados entre particulares que prometían jugosos rendimientos y un alto nivel de riesgo, máxime cuando, como ya se explicó anteriormente, la actividad propia de comercialización de libranzas no se encuentra dentro del marco de supervisión ejercido por la Superintendencia de Sociedades.

J) ACTUACIONES REALIZADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RESPECTO DE LA SOCIEDAD ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS

La Superintendencia de Sociedades ejerció oportunamente todas sus funciones sobre la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, por lo cual es totalmente falso que el fundamento de la demanda impetrada en su contra sea la omisión en las funciones de inspección, vigilancia y control de mi defendida.

Mediante escrito radicado con el número 2014-01-389627 del 1 de septiembre de 2014, un usuario solicitó: “*Deseo conocer un concepto general sobre la empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S. A. S.*”; la entidad informó, mediante oficio 548-158276 del 23 de septiembre, que:

“Luego de consultar el SISTEMA DE INFORMACIÓN GENERAL DE SOCIEDADES SIGS, se pudo establecer que la Sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S., identificada con NIT. 900.437.991 se encuentra registrada en la base de datos de esta Entidad, y su estado es VIGILADA desde el 01/04/2014, en concordancia con el Artículo 1°, Lit. B, Decreto 4350/2006, su situación es ACTIVA desde el 01/04/2014.”

El día 3 de septiembre de 2014 mediante escrito radicado con el número 2014-01-395936, un usuario solicita información respecto “*si la empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS, está registrada ante la Superintendencia de Sociedades, y si así es, si está*



habilitada para captar dinero del público”, a lo que la entidad, mediante oficio 420-153909 del 17 de septiembre de 2014, informó:

“Respecto de su inquietud de si dicha sociedad está habilitada para captar dinero del público, debe precisarse que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público, según precepto constitucional (artículo 335) son de interés público y sólo pueden ser realizadas previa autorización del Estado. De tal forma, le compete a la Superintendencia Financiera como organismo técnico de carácter administrativo, evitar que personas no autorizadas conforme a la ley ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas (literal d), numeral 1, artículo 325 del EOSF), y supervisar de manera integral las operaciones de las instituciones sometidas a su control con el fin de velar por el cumplimiento de las normas que las regulan, asegurando sí la confianza en el sistema financiero.

Bajo este contexto, se precisa que la intermediación financiera es una actividad propia de las entidades vigiladas por dicha entidad, y se entiende como la captación profesional de recursos del público mediante operaciones pasivas (recepción de dineros), y a su vez la transferencia de dichos recursos mediante la realización de operaciones activas (otorgamiento de créditos), gestión que por su naturaleza requiere previa autorización administrativa.

Existen otras entidades que por ley se encuentran facultadas para captar dinero exclusivamente de sus asociados, tales como las Cooperativas de Ahorro y Crédito y las Cooperativas Multiactivas o Integrales, a través de sus secciones de ahorro y crédito las cuales se encuentran vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria”.

Igualmente se presentaron peticiones radicadas en 2014, con los números 2014-01-424743, 2014-01-429237, 2014-01-433491, 2014-01-527859, en las cuales indagaban por el estado de la sociedad, a lo que la entidad indicó:

“Luego de consultar el SISTEMA DE INFORMACIÓN GENERAL DE SOCIEDADES SIGS, se pudo establecer que la Sociedad ELITE INTERNATIONAL AMÉRICAS S.A.S., identificada con NIT. 900.437.991-5, se encuentra registrada en la base de datos de esta Entidad, y su estado es VIGILANCIA desde el 01/04/2014, en concordancia con el Artículo 1°, Lit B, Dec 4350/2006, su situación es ACTIVA desde el 01/04/2014”.

Al escrito radicado con el número 2014-01-588430 del 22 de diciembre 2014, en el cual un usuario solicitó que *“le confirmen si la compañía Elite Internacional Américas S.A.S NIT 90043 7991-5 presenta alguna anomalía y si este producto está siendo vigilado, regulado y autorizado por la Superintendencia de Sociedades”, esta entidad respondió (oficio 420-001229 del 13 de enero de 2015):*

“(…) de la actividad a que se refiere, es pertinente señalar que la Superintendencia Financiera de Colombia adelantó una diligencia a la compañía en el mes de junio de 2013, ampliada en diciembre del mismo año, y de la cual concluyó que la actividad adelantada por la misma, no configuraba los hechos objetivos o notorios ni los supuestos de captación



masiva y habitual de recursos del público sin la debida autorización de que trata el Decreto 1981 de 1988 en concordancia con el Decreto 4334 de 2008”

Entre enero y mayo de 2015 se recibieron aproximadamente 15 peticiones en las que los usuarios, en términos generales, indagaban por la sociedad ELITE INTERNATIONAL S.A.S. Al respecto, la entidad informó que:

“La Superintendencia Financiera de Colombia adelantó una diligencia a la compañía ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS en el mes de junio de 2013, ampliada en diciembre del mismo año, y de la cual concluyó que la actividad adelantada por la sociedad mencionada, no configuraba los hechos objetivos o notorios ni los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público sin la debida autorización de que trata el Decreto 1981 de 1988 en concordancia con el Decreto 4334 de 2008.”

No obstante, ante las inquietudes de los usuarios y las quejas en concreto relacionadas con presunta captación (radicaciones 2015-01-087081 y 2015-01-113244 del 6 de junio de 2015) la entidad decidió adelantar una diligencia una toma de información a la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, y establece que no se configuraban hechos objetivos o notorios, ni los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público sin la debida autorización de que trata el Decreto 1981 de 1988, en concordancia con el Decreto 4334 de 2008., como ya se había dictaminado por parte de la Superintendencia Financiera en el año 2014.

Adicionalmente, teniendo en cuenta interrogantes presentados por usuarios, atendidos oportunamente, la entidad continuó con la investigación con el fin de establecer la trazabilidad de las operaciones, especialmente en lo relativo a los originadores de obligaciones y morosidad de los deudores, así como la existencia de los títulos valores vendidos a los clientes, con el fin de establecer si la cartera presentada por la sociedad, era real; por lo que se procede a oficiar a algunos operadores entre los que están:

Oficio	Fecha	Operador
301-049572	3 de marzo de 2016	Comercializadora Credicaribe S.A.S.
301-049621	3 de marzo de 2016	Invercor D Y M S.A.S
301-049624	3 de marzo de 2016	Cooperativa Multiactiva Pensionados De Suba
301-049626	3 de marzo de 2016	Mundocrédito Servicios S.A.S
301-049631	3 de marzo de 2016	Corporación Aliada Para El Desarrollo Integral De Los Trabajadores Al Servicio Del Estado
301-049632	3 de marzo de 2016	Cooperativa De Servicios Y Créditos
301-049634	3 de marzo de 2016	CASAEYMACAG S.A.S
301-049635	3 de marzo de 2016	Inversiones Alejandro Jiménez A.J. S.A.S
301-063972	15 de abril de 2016	Cooperativa Mundocrédito – Coomundocredito
301-063976	15 de abril de 2016	Cooperativa Multiactiva Coocrediangulo
301-063978	15 de abril de 2016	Cooperativa De Créditos Medina
301-063979	15 de abril de 2016	Alianzas Efectivas SAS
301-063980	15 de abril de 2016	Crediasesoramos Créditos Y Asesorias Profesionales SAS
301-063981	15 de abril de 2016	Credimed Del Caribe SAS



En el mes de mayo de 2016, se hace una nueva toma de información, la cual arroja como resultado irregularidades en el manejo administrativo, financiero y contable de la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, cuyas conclusiones constan en el informe de vista correspondiente (consecutivos 355-004494 y 355-0074721).

El 27 de mayo de 2016 las investigaciones que venían siendo adelantadas por parte del Grupo de Investigaciones Administrativas fueron asignadas al Grupo de Soborno Transnacional e Investigaciones Especiales de la Superintendente Delegado para Asuntos Económicos y Contables y se ordenó realizar una toma de información a la sociedad Elite International Américas SAS con el fin de establecer su situación administrativa, financiera, jurídica y contable.

En desarrollo de las investigaciones preliminares que se venían realizando por parte de la Superintendencia de Sociedades se adelanta una entrevista con los revisores fiscales, (Radicado 2016-01-305123 del 2 de junio de 2016); vicepresidente de riesgos, representante legal suplente y vicepresidente financiero de la sociedad (Radicado 2016-01-356966 del 28 de junio de 2016).

De igual forma, en reunión sostenida con la administración y, posteriormente, a través de oficios radicados con los números 2016-01-305125 del 2 de junio de 2016 y 2016-01-336748 del 15 de junio de 2016, se solicitó información de carácter financiero, administrativo y jurídico.

Por lo anterior mediante Resolución No 300-002459 del 7 de julio de 2016, la Superintendencia de Sociedades somete a la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** al máximo grado de supervisión, esto es, al grado de control establecido en el artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

En actuación administrativa conjunta entre las Superintendencias de Sociedades y de Economía Solidaria se adelantó una diligencia de Toma de Información a la Cooperativa de Créditos Medina "COOCREDIMED", según consta en el radicado número 2016-01-401600 del 1º de agosto de 2016, (entidad de la cual la sociedad Elite International Américas SAS adquiere pagarés-libranza objeto de su negocio).

Por Resolución 100-002958 del 17 de agosto de 2016 se confirmó lo resuelto en la Resolución 300-002459 del 7 de julio de 2016, es decir el sometimiento a control en los términos del artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

Mediante oficio 203-160655 del 25 de agosto de 2016 la Superintendencia de Sociedades profirió unas ordenes permanentes y temporales para la administración de la sociedad ELITE INTERNATIONAL AMÉRICAS SAS.

El 25 de agosto de 2016 el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control y otras personas a su cargo, sostuvieron una reunión con funcionarios de la Superintendencia de Economía Solidaria, en la cual trataron temas relacionados con Elite International Américas SAS, Coocredimed y otros, según consta en el acta de la fecha con radicado No. 2016-01-431381.



Mediante Auto 400-013672 del 9 de septiembre de 2016 se resolvió admitir a Elite International Américas S.A.S – EIAS SAS, al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 y las normas que la complementan o adicionan.

A través de oficio 203-181513 del 19 de septiembre de 2016 se solicitó a la Superintendencia de Economía Solidaria informar si adelantó o se encuentra adelantando investigaciones en el presente año; así mismo, indicar que tipo de medidas han sido adoptadas, respecto de las cooperativas vinculadas como operadoras de Elite International Américas SAS

Mediante auto 400-0016025 del 18 de octubre de 2016, esta entidad resolvió decretar la terminación del proceso de reorganización de la sociedad Elite International Américas S.A.S. – EIAS S.A. y decretar la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la citada sociedad. Lo anterior con fundamento en una solicitud de la Delegatura para IVC.

A través de memorando 2016-01-577095 del 9 de diciembre de 2016, el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades solicitó al Superintendente Delegado para Insolvencia proceder a adoptar las medidas que correspondieran de conformidad con el Decreto 4334 de 2008, respecto de la sociedad y personas naturales (como socios, miembros de junta directiva – principal o suplente-, representante legales-principal o suplente y contador) vinculados a la misma con anterioridad al inicio del proceso de liquidación judicial; lo anterior toda vez que se recabó información conforme a la cual la sociedad incurrió en operaciones de captación no autorizada de recursos del público.

En auto 400-018449 del 9 de diciembre de 2016, se decretó la liquidación judicial, como medida de intervención de los bienes, haberes, negocios y patrimonio de Elite International Américas S.A.S. Nit. 900.437.991; José Alejandro Navas Vengoechea C.C. 80.420.259; Marino Constantino Salgado Carvajal C.C. 17.627.666; Francisco Odriozola Juan C.E. 436.469; Jorge Enrique Navas Vengoechea C.C. 79.444.835; Claudia Esther Rojas Mocetón C.C. 51.940.117; Luis Guillermo Rodríguez Gutiérrez C.C. 94.061.453; Carlos Alberto Celis Santiago C.C. 19.470.672; Ana Victoria Ibarguen Quijano C.C. 52.818.703; Nidia Lancheros Páez C.C. 39.737.871; Gabriel Arturo Suarez Agudelo C.C. 73.574.699; Gertrud Otto Gómez C.C. 39.682.722; José Felipe Salgado Álvarez C.C. 1.032.432.797; Giovanni Guacaneme López C.C. 79.734.190; Luis Fernando Ramírez Troncoso C.C. 1.130.591.580; Paola Andrea Carrillo C.C. 1.032.438.224; y Luz Miriam Buitrago Abella C.C. 23.621.941, designándose como agente liquidadora a la doctora María Mercedes Perry Ferreira.

Actualmente se encuentra en curso el proceso de liquidación judicial como medida de intervención por captación.

Análisis financiero.

Resolución 300-002459 del 07 de julio de 2016: Por la cual se somete a control una sociedad y se adoptan otras determinaciones





Respecto de las Políticas Contables (NIIF): Concluye el Delegado de Inspección Vigilancia y Control que la información allegada por la sociedad mediante radicados con los números 2016-01-308668 y 2016-01-348863 del 07 y 21 de junio de 2016, la cual incluía las políticas contables NIIF adoptadas por la administración, no cumple con los estándares internacionales de contabilidad para las Pymes, es decir, a lo reglado en la sección 10.2 del Decreto 2420 del 15 de diciembre de 2015, que establece:

(...) Son políticas contables los principios, bases, convenciones, reglas y procedimientos específicos adoptados por una entidad al preparar y presentar estados financieros

Observó el Despacho que la información allegada corresponde a la dinámica de un capítulo de revelaciones de los estados financieros y no a principios, reglas y procedimientos.

Lo anterior por cuanto los mismos no determinan parámetros para la preparación de la información financiera ni las reglas de medición y reconocimiento de los instrumentos financieros, que al final, constituyen el eje principal del negocio.

Aunado a lo anterior, al revisar las actas de asamblea y junta directiva, no se evidenció, que las políticas contables hubiesen sido objeto de discusión y aprobación, conforme a la instrucción dada por la Superintendencia de Sociedades a través de la Circular Externa 115-0000002 del 05 de marzo de 2014.

Respecto del reconocimiento contable de la compra y venta de pagarés-libranza, según los nuevos estándares internacionales de contabilidad.

La sociedad remitió mediante radicados 2016-01-216110 y 2016-01-216963 del 21 de abril de 2016, sus estados financieros certificados y dictaminados, conforme a los artículos 37 y 38 de la Ley 222 de 1995, con corte a 31 de diciembre de 2015.

Se observó que la sociedad registró en las cuentas de orden (Clase 8 y 9) el saldo de las operaciones de la siguiente manera:

DETALLE	2015	2014	VARIACIÓN	%
Flujos Futuros (1)	\$ 667.237.517	\$ 357.914.400	\$ 309.319.117	86.42
P.P. y E totalmente depreciados	\$ 228.100	\$ 27.073	\$ 201.037	742.58
TOTALES	\$667.461.627	\$ 357.941.473	\$ 309.520.154	86.47

1) Corresponden a flujos futuros pendientes por cobrar a los operadores de los cuales tres (3) operadores centralizan el 75%; así mismos flujos por pagar a cada uno de nuestros clientes.

Igualmente, la sociedad señaló en sus estados financieros que las cuentas de orden se definen como aquellos hechos o circunstancias a raíz de los cuales puedan surgir derechos u obligaciones que afecten la estructura financiera de la empresa, tales como,

“[...] litigios a favor o en contra de la Compañía, los bienes dados en garantía por créditos obtenidos, los compromisos contractuales, los flujos futuros pendientes de recibir por los operadores y a la vez pendientes de pagar a los clientes” (negrilla fuera de texto)



Esta Entidad, a través de oficio radicado con el número 2016-01-305125 del 2 de junio de 2016, le solicitó a **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS.**, entre otros, la presentación de “*Estado de Situación Financiera y Estado de Resultados Condensado y Notas explicativas seleccionadas, con corte al 30 de abril de 2016, cumpliendo los parámetros de los párrafos 6, 8, 10 y 15 de la NIC 34 – Decretos 2420 y 2496 de diciembre 14 y 23 de 2015, respectivamente. Debidamente certificados en los términos del artículo 37 de la Ley 222 de 1995*”.

La Sociedad allegó los documentos solicitados pero los mismos no cumplían con lo solicitado puesto que no fueron certificados en los términos del artículo 37 de la Ley 222 de 1995.

De la información antes reseñada se concluyó que la esencia del negocio de **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** era la compraventa de pagarés libranza a Operadores (en posición propia), para posteriormente venderlos (con responsabilidad y tasa de descuento), a terceras personas denominadas “inversionistas”, las cuales, adquieren el derecho a percibir los flujos futuros de capital más intereses.

Así, la Resolución advierte sobre la eventual falta de correspondencia entre la realidad del negocio y los registros contables, puesto que las transacciones de compra y venta de pagarés se registran como cuentas de orden cuando deberían estar reconocidas dentro de los estados financieros como activos y pasivos.

En consecuencia, se concluye que los registros que se vienen realizando en las cuentas de orden no resultan acordes con lo reglado en las Normas Internacionales de Información Financiera, Decreto 2420 de 2015, específicamente por lo preceptuado en la Sección 11 Instrumentos Financieros Básicos. Por lo anterior, considero el Despacho:

“En este orden de ideas, se puede concluir que la información financiera presentada por la administración en los Estados de Situación Financiera al 30 de abril de 2016 no cumple con los estándares de las Normas de Internacionales de Información Financiera, previstos en el Decreto 2420 de diciembre 14 de 2015 - NIIF para Pymes, Sección 11

Las irregularidades antes expuestas justifican el sometimiento a control, pues el mismo permitirá a este Despacho hacer un monitoreo cercano y detallado de la operación de la sociedad en aras de buscar que dichas irregularidades sean superadas.”

Respecto al reconocimiento de los ingresos según los nuevos estándares internacionales de contabilidad.

En consonancia con el testimonio de Jorge Enrique Navas Vengoechea, Vicepresidente financiero de la Sociedad, llevada a cabo el 22 de junio de 2016, se encontró que el procedimiento de registro de los ingresos no se ajusta a la realidad económica de la operación puesto que con la firma del contrato de adhesión entre los inversionistas y EIAS S.A. no se transferían, sustancialmente, la totalidad de las ventajas, beneficios y riesgos sobre el pagaré-libranza.



En este sentido, no cumplía con lo reglado en las Normas Internacionales de Información Financiera compiladas por el Decreto 2420 de diciembre 14 de 2015, capítulo de NIIF para Pymes, Sección 23 Ingreso de actividades ordinarias.

Agrega que no es acertado el procedimiento de reconocimiento de ingresos puesto que, dado que no existe transferencia total de los riesgos, ventajas y beneficios del activo al momento de su venta, dicho traslado operaba a lo largo de la causación de los flujos y se consolidaba mensualmente hasta el momento de vigencia de los pagarés-libranza. Concluye entonces que el procedimiento utilizado permitía el anticipo de ingresos y sobre valoración de utilidades que luego serían capitalizadas.

Respecto a la provisión efectuada el 12 de diciembre de 2012 y el posterior aumento del capital del 31 de enero de 2013

En virtud de lo afirmado por la revisoría fiscal, la cual en radicado 2016-01-291105 del 24 de mayo de 2016 consignó que en el registro contable se originó en una provisión que tenía la sociedad para para posibles contingencias y en la reserva para futuras capitalizaciones, pero no certificó la razonabilidad de la misma, y lo consignado en el acta de asamblea número 9 del 12 de diciembre de 2012 en lo que respecta a la capitalización de la provisión efectuada por COP \$1.000.000.000, se solicitaron registros y soportes de la operación.

De los documentos aportados resalta el Despacho el registro contable efectuado a 30 de junio de 2012 (detallado en el cuadro siguiente), el cual, como nota particular, tan solo resulta haber sido aprobado el 12 de diciembre de 2012, según acta 9 de asamblea.

Comprobante de cuenta	Nombre / detalle	Doc Referencia	Fecha	Débitos	Créditos
26353505	Administrativos	Futuras Capitalizaciones	06/30/2012		1.000.000.000
5299596	Ventas Administrativas	Futuras Capitalizaciones	06/30/2012	1.000.000.000	

Igualmente, se encontró que en reunión extraordinaria de Asamblea de Accionistas número 11, llevada a cabo el 31 de enero de 2013, se aprobó como reforma estatutaria la capitalización de la provisión a la que se hizo referencia. Dicha situación se sintetiza en registro contable “movimiento anual 2013”, de fecha febrero 28 de 2013.

Documento	Fecha	Cuenta	Concepto	Débito	Crédito
219	2013-02-28	26353505	Aumento de capital	1.000.000.000	
219	2013-02-28	31050505	Aumento de capital		1.200.000.000
219	2013-02-28	33151005	Aumento de capital	0	
219	2013-02-28	33151005	Aumento de capital	200.000.000	

De la información antes descrita, concluye la Resolución:



“[...] lo capitalizado no se ciñó a lo establecido en el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993, donde se establece que el capital representa los aportes que se efectúen al ente económico ya en dinero, ora en industria o especie, no así, en provisiones, respecto a las cuales, no resultaría viable su capitalización, según se desprende de la definición del artículo 52 ibídem”

Finalmente llama la atención sobre las siguientes anomalías en la operación: Primero, no existió certeza sobre los recursos capitalizados puesto que no se contó con soportes; segundo, el procedimiento utilizado no se ajusta a la técnica contable y, por último, con los registros realizados se subestimaron utilidades que pudieron llevar a transgredir el régimen fiscal.

Memorando 300-000740 del 09 de septiembre de 2016: Solicitud apertura del proceso de insolvencia en la modalidad de reorganización empresarial – ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS

Mediante Auto del 400-013672 del 9 de septiembre de 2016, se admitió a **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** a proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.

Elusión de la obligación de pago de los títulos valores mediante ofrecimientos efectuados a los clientes

Encontró la entidad que la sociedad adelantó varias actuaciones encaminadas a eludir el pago de las obligaciones contenidas en los pagarés-libranza transferidos mediante endoso con responsabilidad a sus clientes. Lo anterior por cuanto, a pesar de la obligación de pago de los endosantes de un título valor (artículo 632 del Código de Comercio), la sociedad excusó su falta de pago en el incumplimiento de los originadores de las libranzas comercializadas.

Así, en comunicado dirigido a sus clientes el 3 de septiembre de 2016, la Sociedad encabezó señalando que “ÉLITE PAGA EL FLUJO A SUS CLIENTES EN LA MEDIDA COMO ÉSTOS SON RECIBIDOS POR PARTE DE LOS OPERADORES.”. Continúa informando que, desde el 18 de julio de 2016 los operadores habían incumplido con el pago de los flujos mensuales a la compañía bajo el argumento de que tenían un descalce de 45 días. A raíz de esta situación, **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** informa que está haciendo pagos parciales a sus inversionistas “[...] porque los operadores no giraron la totalidad, no lo realizaron en la fecha y hora correspondiente o no están girando todos los días como les corresponde”.

Adicionalmente, según consta en comunicado enviado por **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** a sus inversionistas el 5 de septiembre de 2016, la Sociedad promovió la contratación de los servicios de un tercero (Grupo Jurídico Peláez & Co) por parte de sus inversionistas, para que adelantara las gestiones de cobro de la cartera ante las originadoras.



Evidenció la entidad que dicha contratación no tiene en cuenta la obligación de pago que radica en cabeza de **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** Con la implementación de dichas medidas, Grupo Jurídico Peláez & Co no ejercería acciones cambiarias en contra de **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, obligada cambiaria en forma solidaria, en detrimento de los derechos de los acreedores en contra de uno de los obligados al pago de los pagarés-libranza.

Memorando 300-008469 del 14 de octubre de 2016: Solicitud de apertura del proceso de liquidación judicial de ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS

El Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control solicitó de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 85 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el numeral 3 del artículo 49 de la Ley 1116 de 2006, al Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia que convocara a la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** a un proceso de liquidación judicial por las razones que a continuación se señalan.

Lo anterior teniendo en cuenta que la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, se encontraba en proceso de reorganización empresarial, etapa esta que busca salvaguardar la empresa y darle a la misma la oportunidad de seguir funcionando, para lo cual se firma un acuerdo de reorganización entre los representantes de la empresa y sus acreedores, pero ante el informe presentado por la promotora, el Delegado para Inspección, Vigilancia y Control, le solicita al Delegado de Insolvencia que convoque a la sociedad a liquidación.

Informe de la promotora de la reorganización de la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS

Mediante radicado 2016-01-510016 del 13 de octubre de 2016, la doctora María Mercedes Perry Ferreira, quien para ese entonces ostentaba la calidad de promotora de la Sociedad en reorganización, remitió a la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control un informe de análisis de información financiera de EIAS International Américas S.A.S.

Para la referida Delegatura, dicho informe reflejó varias situaciones que demostraban de manera clara la incapacidad de la continuidad del negocio de la sociedad analizada. Las situaciones referidas son las siguientes.

1. Flujo de fondos Proyectado: Señaló la promotora que la Sociedad no presentó un plan de pagos que permitiera dar frente a los flujos atrasados en los meses de julio, agosto y septiembre de 2016, ni los futuros de los compradores de créditos – libranza. Adicionalmente, informó la promotora que la Sociedad no aportó información detallada con relación a la reestructuración financiera. Así, el informe señaló que el planteamiento relativo al apalancamiento de las operaciones con la venta de derechos litigiosos representados en sentencias es incompleto y carece de definición en relación con del certificado de disponibilidad presupuestal y la fecha de pago de las aludidas ventas.



Resalta el informe que la Sociedad no presentó un

“[...] plan para contrarrestar la contracción del negocio por la pérdida de credibilidad del nombre de la empresa en el sector, que permite evidenciar las acciones para solucionar la competitividad frente a las razones por las cuales es solicitado el proceso de reorganización, sino que únicamente se limita a remitir un flujo de fondos proyectado”.

2. Situación Financiera - Libranzas Asignadas:

Encontró la promotora que el 86.62% del valor total de la cartera por cobrar a operadores corresponde a 4 operadores de los cuales una, Inversiones Alejandro Jiménez AJ S.A.S., está en reorganización y otra, Corposer, presenta flujos vencidos que no fueron entregados a la sociedad. Así, resaltó la promotora que salta a la vista la imposibilidad de realizar pagos a sus acreedores es considerable y está claramente ligado a la imposibilidad de surtir un proceso claro de reorganización.

En concordancia con lo anterior, existían serias dudas por parte de la promotora frente a la posibilidad de cobro de 2.895 millones de pesos, correspondientes a sentencias judiciales por cobrar, sobre las que no se tiene conocimiento de la existencia de apropiaciones presupuestales en cada una de las entidades del Estado a las que pertenecen.

Adicionalmente, encuentra el Despacho que, conforme a la información dada por la promotora, existen serias discrepancias contables que impiden determinar la situación financiera real en que se encuentra la sociedad. Lo anterior por cuanto los registros contables no son consistentes y no hay evidencia de cuánto tiempo llevan vencidos y pendientes de pago.

En ese orden de ideas, planteó la promotora que existían diferencias entre los saldos registrados en la contabilidad y las bases de datos proporcionados por la sociedad. Adujeron los administradores que las diferencias radicaban en las compras de créditos de libranzas realizadas antes del 1º de enero de 2015 que no se incluyeron en los estados financieros de la sociedad debido a la implementación de las políticas establecidas en las NIIF. Esta situación genera incertidumbre en la razonabilidad y consistencia de los estados financieros.

Del mismo modo, reportó la promotora que en la opinión de los estados financieros del 8 de septiembre de 2016 presentada por la revisoría fiscal se establece que la sociedad no reflejaba en los activos y pasivos las compraventas de libranzas realizadas antes del 1 de enero de 2015. De lo anterior concluye que la sociedad no está cumpliendo con sus deberes legales de llevar la contabilidad regular de sus negocios.

Finalmente, señala el informe que existe un déficit de \$65.887 millones para cubrir el pasivo existente a favor de los compradores de cartera, respecto del cual la



sociedad no presentó ningún proyecto o plan de pagos relativo al cumplimiento de dichas obligaciones.

3. Situación financiera – Patrimonio

Señaló el despacho que, la promotora dentro de su informe manifiesta una seria preocupación frente a la capacidad que tendría la sociedad para continuar en el proceso de reorganización, específicamente sobre la capacidad de la compañía para continuar con el negocio y no estar en capacidad de realizar sus activos y liquidar sus pasivos en el giro normal del negocio.

Adicionalmente sostiene que la sociedad no ha presentado un plan de negocio integral que permita atender cada una de las razones por las cuales fue solicitado el proceso de reorganización

Decisiones contenidas en el acta de reunión de Junta Directiva de la Sociedad, del 1º de septiembre de 2016:

En dicha oportunidad, la sociedad aprobó, sin intervención de la promotora, un plan de negocio en el cual se preveía el cierre de las oficinas a nivel nacional y el traslado de los flujos de libranza a sus clientes a prorrata de los valores que paguen las entidades operadoras. Adicionalmente, señala el plan de negocios que en caso de que las originadoras presentaran un plan de pagos **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** debía, a través de su fuerza comercial, presentarla a sus clientes para que decidieran sobre el pago de la cartera de la cual son tenedores legítimos.

Frente a este punto concluyó el Despacho que dicha decisión atenta gravemente contra los derechos de los acreedores, puesto que la repartición proporcional propuesta desconocía abiertamente la naturaleza de la operación celebrada, pues en virtud de la compraventa de cartera celebrada cada tenedor legítimo tiene derecho a recibir el flujo que genera su título y no una parte proporcional que determine trasladar un operador.

Memorando 300-000935 del 09 de diciembre de 2016: Solicitud de toma de las medidas de intervención de que trata el Decreto 4334 de 2008 sobre la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS

Tras continuar con la investigación administrativa se contrastaron las bases de datos de pagarés-libranza vendidos y entregados por **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, con los listados de descuentos requeridos a varias pagadurías (Colpensiones, FOPEP, Fiduprevisora, entre otros) , con lo que se concluyó por parte de la Delegatura que dentro del negocio de la sociedad existían flujos inexistentes y déficit de flujos prometidos a los clientes, situación está constitutiva de una captación de recursos del público no autorizada, conllevando esto a solicitar la intervención de la sociedad.

Así, en la muestra analizada se encontraron 329 libranzas inexistentes pero vendidas a inversionistas, cuyo valor ascendía a un flujo mensual de aproximadamente \$151.556.111 y 1030 libranzas en las cuales la sociedad realizó pagos a los compradores de cartera por



flujos que no correspondían al valor real del pagaré-libranza adquirido, por un valor aproximado de \$452.597.623. Por lo anterior, concluyó la Delegatura que en ese caso la sociedad ofreció pagos de dinero sin que las sumas guardaran relación con el recaudo de los flujos o cuotas.

De la verificación de la existencia de hechos objetivos:

En referencia al cumplimiento del supuesto del artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, concluyó la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control que **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS** recibió masiva y habitualmente dineros de inversionistas que habrían invertido en títulos asignados a su nombre, no obstante, la Sociedad reconoció que no tenía manera de determinar que las compraventas de estos guardaran exacta correspondencia con los flujos prometidos en cada negociación.

Por lo anterior, consideró la Delegatura que dicho manejo de las libranzas desvirtuaba la existencia de una explicación financiera razonable por la compraventa de cartera pues desnaturalizó las operaciones al no identificar con precisión el flujo de dinero que generaba cada bien vendido.

A esta conclusión llegó al Delegatura al encontrar que

“[...] al menos 1359 operaciones en las cuales pagó al comprador, sin explicación financiera razonable, sumas mensuales aproximadas de, por lo menos \$604.453.734, supuestamente correspondientes a los flujos provenientes de descuentos hechos a deudores por concepto de créditos, pues tales recursos no provinieron de recaudos que realizara la entidad pagadora correspondiente, de conformidad con lo informado por éstas, como se analizó en precedencia”.

Igualmente, en el Memorando de Hallazgos presentado por la revisoría fiscal se indicó, con relación a los soportes documentales de pagos denominados “Neteos” que el procedimiento debía cambiarse puesto que no permitía tener certeza sobre la operación individual de las libranzas. Del mismo modo, en informe de recomendaciones del 23 de diciembre de 2015, la revisoría fiscal informó dicha situación a la Junta Directiva y recomendó efectuar un análisis cuantitativo y cualitativo individual por tercero para toda la cartera para poder establecer su recuperabilidad determinar y registrar las provisiones que se consideren necesarias y tramitar los castigos que correspondan, previa documentación del proceso de cobro realizado y de la aprobación por parte de los entes de administración pertinentes.

K) NATURALEZA ESPECIAL DEL PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN PREVISTO EN EL DECRETO 4334 DE 2008 RESPECTO EL PROCESO DE INSOLVENCIA REGULADO EN LA LEY 1116 DE 2006

AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / RAZONES JURÍDICAS: EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL CONCURSO

El proceso de intervención se sirve del proceso de insolvencia, pero persigue finalidades distintas; comparte con la insolvencia dos principios fundamentales: la universalidad e igualdad; en ese sentido, los acreedores tienen iguales derechos frente al patrimonio



prenda de las obligaciones insolutas y las decisiones del Juez tienen validez y eficacia para los presentes, disidentes y ausentes del procedimiento.

En ese sentido, la aplicación de la Ley 1116 de 2006 al proceso de intervención solo es pertinente de acuerdo a la habilitación expresa que hace el Decreto 4334 de 2008¹⁸ y el Decreto 1910 de 2009, pero no es posible admitir que un proceso de intervención se regula íntegramente por la Ley 1116 de 2006.

La alusión a la Ley 1116 de 2006 que hace el artículo 9º (Num 9 del Decreto 4334 de 2008), se concreta en un conjunto de órdenes que se dirigen a diferentes autoridades en la búsqueda de la satisfacción de los derechos de todos los afectados o acreedores reconocidos¹⁹, pero hay diferencias sustanciales, la intervención no busca el mantenimiento de la empresa como entidad generadora de riqueza o empleo o la eficiente realización del patrimonio del deudor; técnicamente no hay un embargo, hay una toma de posesión, no hay un promotor ni liquidador, hay un Agente Interventor o un Agente Liquidador, quienes pueden proferir resoluciones o decisiones por ejemplo sobre, afectados aceptados o rechazados, etc.

El proceso de intervención tiene un procedimiento especial que en términos generales puede sintetizarse en las siguientes etapas:

- a. Auto por medio del cual se ordena la Intervención de los bienes haberes y negocios de personas determinadas o negocios o contratos que no impliquen personificación jurídica, según los cuales se infiera la existencia de hechos objetivos y notorios de captación ilegal de dinero del público.
- b. Decreto de medidas cautelares de los bienes pertenecientes a los intervenidos.
- c. Devolución de dinero a los afectados.
- d. De no haber dinero, presentación del inventario valorado si lo hay,
- e. Audiencia de resolución de objeciones y aprobación del inventario valorado.

¹⁸ Artículo 9º. Efectos de la toma de posesión para devolución. La toma de posesión para devolución conlleva: (...)

9. La suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la persona o entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, para lo cual se enviará comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva. Igualmente advertirá sobre la obligación de dar aplicación a las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006."

¹⁹ Ordenes tendientes a i) inscribir la medida en la Matricula Mercantil; ii) inscribir la medida en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Secretarías de Tránsito; iii) la orden a los juzgados para que informen si los intervenidos son titulares de derechos litigiosos o son parte en procesos de los que pueda derivar algún bien o derecho para que sea remitido al Juez de la intervención y, iv) la consignación del dinero aprehendido, recuperado o incautado en el Banco Agrario a nombre del deudor o la intervenida y a órdenes del Auxiliar de la Justicia.(numeral 14 del artículo 9 del Decreto 4334 de 2008).



- f. En firme el inventario valorado, el agente interventor presentará la rendición de cuentas.
- g. Eventual liquidación judicial como medida de intervención tendiente a liquidar el patrimonio del deudor, adjudicar o monetizar los bienes si la finalidad de la intervención no se cumple con la devolución del dinero tomado en posición.

Es importante tener claro que la finalidad del procedimiento es suspender las operaciones de captación ilegal de dinero del público y la devolución del dinero a los afectados, finalidad que la Superintendencia de Sociedades cumple a cabalidad a la fecha, luego de respetar todas las etapas procesales

CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS:

A pesar de los obstáculos impuestos para el desarrollo de sus funciones, la Superintendencia de Sociedades ejerció sus atribuciones en materia de intervención por captación ilegal, facultades que por lo demás, como se analizó en detalle en el acápite correspondiente, **son de naturaleza subjetiva** y se encuentran limitadas a la suspensión inmediata de actividades y a llevar a cabo los procedimientos para la devolución de los recursos a los afectados; por lo que distan mucho de la supervisión, como componente de la regulación prudencial, que se ejerce respecto de quienes prestan la actividad financiera legalmente.

De otra parte, es procedente manifestar que la entidad que represento, realiza grandes esfuerzos en las investigaciones que realizo al interior de la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, a fin de poder desentramar el negocio y encontrar las pruebas que le permitieron establecer la existencia de una captación ilegal, pruebas estas sin las cuales la entidad no podía intervenir a la sociedad.

De igual manera queda demostrado que las funciones de inspección, vigilancia y control que la Superintendencia de Sociedades ejercía respecto de la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**, se cumplieron a cabalidad y apoyaron a otros entes gubernamentales con sus investigaciones a fin de poder revelar el negocio ilegal que tenía la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS**.

Los documentos advertidos forman parte, a título de prueba, la presente contestación, en sus respectivos enlaces.

DE LA RESPONSABILIDAD QUE SE RECLAMA EN EL CASO CONCRETO RESPECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

Sea lo primero advertir que el fundamento constitucional de la acción impetrada por la demandante, esto es, la reparación directa, se encuentra contemplado el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia en los siguientes términos:



“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.”

Acorde con lo anterior, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo preceptúa que la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, indicando igualmente que, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

De lo anterior se desprende que para que surja la obligación de reparar un daño por la administración, por la vía de la responsabilidad extracontractual del Estado, se requiere que éste haya actuado mediante actos, hechos, operaciones, vías de hecho, o haya incurrido en omisiones, u ocupado temporal o permanente un inmueble por trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Así las cosas, la responsabilidad que se pretende declarar supone de una parte la demostración de la supuesta omisión normativa por parte de la entidad demandada en el ejercicio de sus funciones y de otra, que dicha omisión contemple los elementos que estructuran la responsabilidad consagrada en nuestra legislación.

Ahora bien, la responsabilidad sólo puede ser declarada si concurren los tres (3) elementos que la configuran, exigencia que ha sido reconocida por el Consejo de Estado en varias oportunidades, como en la sentencia del 15 de abril de 1993, en los siguientes términos:

*“(…) La responsabilidad patrimonial del Estado se declarará, siempre que concurren los siguientes elementos: **un hecho dañoso imputable a la administración, un daño** sufrido por el actor, que para estos efectos es quien lo alega, **y un nexo causal** que vincula a éstos; dicha causa es esencial para concluir que el daño es consecuencia directa del hecho atribuido a la administración. (…)”* (Negritas fuera del texto).

Del mismo modo, el Consejo de Estado en sentencia del 13 de septiembre de 1993, manifestó sobre los elementos constitutivos de la falla del servicio:

“(…) a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;

b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

c) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc., y



d) *Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización (...)*”.

Así mismo, en sentencia del 24 de octubre de 1990 la misma Corporación señaló:

*“(…) En casos de falla del servicio, **al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento o por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infringió y la relación de causalidad entre lo segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar las probanzas contrarias, es decir, que no existió la falla o el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó ello se debió a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño (...)**”.* (Negritas nuestras).

Traídos al caso particular que nos ocupa, los presupuestos de responsabilidad de la Superintendencia de Sociedades son a todas luces inexistentes, como quiera que no se advierte la ocurrencia de una falla derivada de la omisión de la entidad en el cumplimiento de sus funciones, y mucho menos puede predicarse la verificación de un daño, y de existir alguno, éste no podría atribuirse a mí representada.

Y es que claramente la Superintendencia de Sociedades en ningún momento se retrotrajo del cumplimiento de sus deberes legales, cosa que se encuentra demostrada en las actuaciones desplegadas por ésta, y, por el contrario, actuó conforme con el ordenamiento legal y las atribuciones que resultaban de su competencia, de manera que no se puede aducir conducta reprochable alguna para señalarle responsabilidad. Es decir, no existe omisión o acción que denote una voluntad desplegada por mi defendida con la intención de inferir daño o que demarque una falta en el cumplimiento de sus funciones.

De otra parte, es procedente en este punto, hacer un análisis de las actuaciones desplegadas por la demandante, respecto de las inversiones realizadas por éstos en la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS, hoy en liquidación judicial como medida de intervención, a fin de poder establecer si actuaron con la debida diligencia respecto de los negocios realizados, o si por el contrario su actuar fue negligente y con ello aunado a las actuaciones perniciosas de ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS fueron la causa que generó el daño que hoy se alega.

De acuerdo con las pruebas aportadas con la demanda, más específicamente con los “*contratos de compraventa de cartera persona natural*” se evidencia que el objeto del negocio era la compra del derecho de dominio y posesión sobre una cartera incorporada en unos pagares libranzas (Cláusula segunda).

Dichos pagarés libranzas, se definieron como “*títulos valores de contenido crediticio, a través de los cuales se instrumenta la cartera objeto material del presente contrato, que es propiedad del vendedor en virtud del endoso en propiedad que de los mismos hiciera su beneficiario inicial*” (clausula primera numeral 1.1)

En ese orden de ideas, la negociación realizada entre la demandante y la sociedad, ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, no se perfeccionó, ya que solo se limitaron a la firma del endoso en el pagaré libranza sin



exigir la entrega de este, tal como se acordó en el contrato de compraventa en su Cláusula Primera, “*compra del derecho de dominio y posesión sobre una cartera incorporada en unos pagares libranzas*”.

Así las cosas, la demandante no sólo ignoró el acuerdo contractual firmado con la ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS, hoy en liquidación judicial como medida de intervención, sino que desconocieron lo establecido en la normatividad legal vigente, en cuanto al giro de los títulos valores, siendo un requisito indispensable para lograr las prestaciones contenidas en el título valor, como la exhibición del mismo; para lo cual requieren tener la posesión de éste, situación que en el presente caso no se dio.

Por lo anterior, queda evidenciado que la demandante, no actuaron con la debida diligencia, prudencia y sensatez que el negocio que estaban realizando requería, transgrediendo las cargas contractuales que le corresponden como la de sagacidad, conocimiento, legalidad y claridad, entre otros deberes secundarios de conducta y, por ello, junto con ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS fueron los causantes del daño que pretenden ahora imputarle a las entidades del Estado.

Se desea enfatizar, entre los mencionados deberes de conducta que fueron incumplidos por la ahora demandante, el de INFORMACIÓN, el cual es de doble vía, porque no sólo exige que quien ofrece el servicio suministre todo lo relativo a la actividad que propone de manera clara, completa y fidedigna, sino también implica que, quien está interesado en el negocio ofrecido, se entere de manera diligente del mismo, de sus riesgos, condiciones y efectos, por cuanto, como ha sido reconocido jurisprudencialmente, “*(...) en materia informativa, como secuela de la buena fe y, en particular, del postulado de la cooperación negocial, el límite o el confín de la carga de informar al otro radica, precisamente en el deber de informarse a sí mismo, en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto, observación que coincide con la opinión expresada por los juristas galos GERARD CAS y DIDIER FERRIER, según la cual existe claramente una relación dialéctica entre la obligación de información, de una parte y, de la otra, el deber de informarse. (...)*”. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de agosto de 2001. El resaltado es fuera del texto).

Igualmente, la doctrina nacional ha reconocido el doble contenido del deber de información al igual que el de informarse, recalcando que “*(...) Aquí conviene recordar las cargas de diligencia y cuidado que las partes deben observar en la etapa del perfeccionamiento del contrato y que el profano no se halla sustraído de su deber de informarse, lo que implica que su debilidad no le atribuye un derecho a la pasividad. (...)*”. (RENGIFO GARCÍA, ERNESTO; “El Deber Precontractual de Información”, en la obra colectiva “Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI; Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2010, página 129. El resaltado es fuera del texto).

En ese orden de ideas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, el hecho que la víctima sea la causante del daño que sufre, exonera de responsabilidad al Estado.

Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado en sentencia dentro del proceso 2010 00294 00 del 23 de marzo de 2017, demandante Mauricio Alfonso Sierra, demandada Nación Fiscalía general de la Nación:



“(…) Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.

(…)

Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción.

(…)

Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque, aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien, con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (…).” (El resaltado es fuera del texto).

EXCEPCIONES

INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se ha establecido que la responsabilidad del Estado por falla en el servicio es cuando la administración actúa mal, tardíamente o no actúa; sin embargo, con el paso del tiempo la jurisprudencia ha ido afianzando los criterios de irregularidad o anormalidad en la actuación como fuente de responsabilidad administrativa por falla en el servicio.

Así las cosas, si el daño se produce por la desidia de la administración en el ejercicio de sus funciones, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

En el presente caso, se observa que la Superintendencia de Sociedades, dio cabal cumplimiento a los deberes legales que, se encontraban dentro de su competencia, actuando de manera diligente y ajustada al ordenamiento jurídico colombiano, tal como ya se manifestó en acápites anteriores.



No existe prueba alguna que demuestre la existencia de una omisión o acción en las atribuciones de la Superintendencia que conllevaran a una falla del servicio; por el contrario, se observa que la entidad a través de sus investigaciones busco evidencias de la existencia de anomalías financieras en la sociedad, para poder actuar conforme a ello, pero esto no se pudo comprobar sino hasta cuando ya se encontraba en liquidación judicial, ya que la sociedad manejaba una doble contabilidad.

Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades no podía tomar acciones más contundentes contra ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS, por cuanto esto sería una extralimitación de sus funciones y un abuso del derecho a la libre empresa.

De otra parte, es procedente manifestar que las facultades legalmente conferidas a la Superintendencia de Sociedades no constituyen en sí, unas obligaciones de resultado, en cuanto a garantizar que sus supervisados se ajustan al marco normativo; dado que el campo de injerencia es sólo subjetivo frente a la entidad como sujeto y no respecto de la actividad que desarrolla en ejercicio de su objeto social.

Ahora bien, tal como está establecido en el Decreto 4334 de 2008, el procedimiento de intervención por captación ilegal tiene una naturaleza esencialmente cautelar, en el entendido que lo que busca es suspender la actividad ilegal de captación, procurando la devolución inmediata a los afectados de los recursos indebidamente captados; es decir, que no se contempla como un proceso preventivo sino sancionatorio.

Es en ese entendido que la entidad que represento, solo puede actuar cuando ineludiblemente se evidencia la actividad ilícita, es decir que se puede probar la existencia de hechos objetivos y notorios que no permitan dudar de la existencia de una captación ilegal de dineros del público; por lo que mal podría endilgarse una falla del servicio a mi defendida por no haber actuado antes en ejercicio del Decreto Ley 4334 de 2008, cuando justamente se estructura de manera ex post a la conducta prohibida, requiriéndose de la configuración de esta última para que puedan tener cabida las medidas consagradas dentro del trámite de intervención.

A continuación, se efectúa una relación de los pronunciamientos hechos en algunos de los procesos adelantados, con ocasión de supuestas omisiones en las que incurrieron entidades estatales en el cumplimiento de funciones de inspección, vigilancia y control.

Dentro de las decisiones que se presentan, el Consejo de Estado consideró que para efectos de determinar si una entidad pública encargada de ejercer funciones de inspección, control y vigilancia en un campo concreto de actividad incurrió o no en una falla del servicio, resulta necesario establecer si actuó o no con miras a garantizar que el ente vigilado cumpliera con el marco normativo que lo regulaba y, en el caso de contar con varias alternativas de intervención, si las adoptadas fueron más oportunas y proporcionales en relación con la finalidad perseguida.

Por lo tanto, encuentra el Alto Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que si al momento de tener noticia de las irregularidades en las que se considera incurre una sociedad sujeta a supervisión, el ente estatal adelanta las actuaciones dirigidas a verificar



tales circunstancias, adoptando medidas tendientes a que la sociedad cumpla con la normativa a la cual se encuentra sujeta, dicho actuar se entiende como oportuno.

Precisa finalmente que la responsabilidad del Estado en tratándose de las funciones a su cargo en materia de inspección, vigilancia y control de las actividades desarrolladas por las sociedades comerciales, se circunscribe a realizar todas las gestiones y a adoptar todas las decisiones que el ordenamiento jurídico posibilita, con el fin de encausar el quehacer de las compañías vigiladas al ordenamiento jurídico y a sus propios estatutos, sin que dicha responsabilidad se extienda, per se, a la garantía de las pérdidas sufridas o de las utilidades esperadas por los usuarios o clientes de las empresas en cuestión.

1. Sentencia del 31 de mayo de 2016, 25000-23-26-000-2004-01391-01(36540) Consejero ponente **DANILO ROJAS BETANCOURTH**

“11.2.3. En esta perspectiva queda claro que las funciones de inspección, vigilancia y control ejercidas por el Estado no están dirigidas a garantizar, a toda costa, el éxito de las actividades de los particulares, o a evitar que sufran pérdidas; sino a salvaguardar intereses que se consideran prioritarios como, en el caso de las actividades financieras, su “transparencia y la protección de los ahorradores para que, en los eventos de crisis, éstos puedan obtener sus recursos, actuaciones con las que se pretende generar confianza en el sistema financiero”. Así, a propósito del ejercicio de esas funciones por parte de la Superintendencia Bancaria, la Sección Tercera de la Corporación ha sostenido:

Esa labor de inspección que ejercía la Superintendencia Bancaria no garantizaba que el patrimonio de los depositantes o accionistas no resultara afectado como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la actividad de intermediación financiera, puesto que tal labor se concretaba a controlar que el ejercicio de dicha actividad se desarrollara conforme a la ley, y en la medida en que así no se hiciera, a adoptar de manera oportuna los correctivos e imponer las sanciones de rigor. (Subrayado fuera de texto)

En síntesis, la actividad financiera que desarrollan los particulares está sometida a la inspección y vigilancia del Estado, en razón del interés general que esa actividad reviste, por su incidencia en la economía. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado por los daños que se derivaran de actuaciones irregulares de quienes ejercen dicha actividad se produce siempre que la entidad estatal incurra en omisión en el cumplimiento de las funciones que le corresponden como autoridad de policía administrativa, pero cuando se demuestre que de haberse dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares.

2. Sentencia del 13 de abril de 2016, radicación 25000-23-26-000-1999-00015-02(35534), Consejera ponente **MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

“Con fundamento en lo anterior, la Sala debe establecer si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Superintendencia Financiera por una falla consistente en la omisión, retardo o ineficiencia en la prestación de los servicios a su cargo, en este caso, relativos a las funciones de inspección, vigilancia y control de entidades financieras.

(...)

Frente a la falla o falta en los deberes de inspección, vigilancia y control a cargo de la demandada, se probó en el plenario que esta llevó a cabo todas las evaluaciones, inspecciones, visitas, requerimientos, informes y medidas adoptadas con anterioridad a la toma de posesión con fines de liquidación de la sociedad vigilada.

(...)



De toda esa actividad se deduce, sin mayores elucubraciones, que la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, no omitió, descuidó o retardó sus deberes de inspección, control y vigilancia, respecto de La Fortaleza S.A., menos aún durante su intervención hasta la toma de posesión de bienes, haberes y negocios con fines de liquidación, pues son claras las gestiones encaminadas a que la entidad vigilada pudiera continuar con el desarrollo de su objeto social, pese a los inconvenientes y problemas de solvencia y cumplimiento de todo tipo de normas de orden financiero.

Ahora, en torno a que con su gestión pudo haberse evitado la toma de posesión y consecuente liquidación, cabe precisar que la función de supervisión de la Superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los accionistas y/o depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, por el contrario, tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado.

Así lo ha resaltado esta Subsección al señalar:

“Sobre este punto, vale la pena resaltar que la obligación a cargo de la Superintendencia no es de resultado, pues según la carga obligacional contenida en el EOSF, la cual se expuso en precedencia, sólo está obligada a revisar la actividad de las establecimientos financieros y a vigilar y controlar dicha actividad, pero no a cogestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero”²⁰

Como pudo verificarse durante la actuación administrativa de intervención, no fue una falla en el servicio a cargo del ente de vigilancia la que condujo a la liquidación de La Fortaleza S.A., sino los constantes incumplimientos por parte de la vigilada frente a los requerimientos de la Superintendencia Bancaria - hoy Superintendencia Financiera-, la que llevó a sociedad comercial a incurrir en las causales de toma de posesión con fines de liquidación consagradas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

3. Sentencia del 16 de julio de 2015, radicación 25000-23-26-000-1999-02636-01(27494), Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCÓN

“La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siéndolo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual”²¹.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”²², así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944); M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón

²¹ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

²² Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.



las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo²³.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad. (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía²⁴.

No ofrece discusión alguna que la persona interesada en reclamar del Estado la reparación de los daños antijurídicos cuya causación imputa o la acción o la omisión de una autoridad pública y que, con tal propósito, ejerce la acción de reparación directa, tiene la carga de acreditar, en el proceso, la concurrencia de los elementos inherentes al régimen de responsabilidad en el cual amparó sus pretensiones, esto es, si se trata de un régimen objetivo de responsabilidad, deberá demostrar, además del daño, el hecho dañoso de que se trate, así como el nexo de causalidad entre aquél y éste; por su parte, si se trata de un régimen de falla del servicio -como se alegó en el asunto sub judice-, además de los pre mencionados elementos, tiene el actor en principio, la carga de demostrar que el servicio no funcionó, funcionó mal o que el funcionamiento fue tardío.

Ahora bien, en cuanto a las funciones de inspección, control y vigilancia desplegadas por el DANCOOP respecto de COCENTRAL, encuentra la Sala que aquéllas fueron cabalmente desarrolladas por tal entidad, toda vez que, como aparece acreditado en el presente caso, la entidad vigilante sólo tuvo conocimiento de las operaciones irregulares de COCENTRAL en marzo de 1992, mes en que se realizaron visitas a dicha cooperativa y, a partir de tal hallazgo, se tomaron las medidas necesarias para evitar la iliquidez absoluta de la vigilada, tomando posesión para administrarla. Sin embargo, al resultar que el déficit era tan alto -\$2.572'000.000-, pasados tres meses se tomó la decisión de liquidarla. (Subrayado fuera de texto)

Sobre este aspecto en particular, advierte la Sala que, en estos casos, en los que se demanda la omisión de los órganos de control en la inspección y vigilancia de las entidades financieras, no todos los daños sufridos por los administrados son indemnizables, en consideración a que la función de supervisión, no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, sino que lo que se pretende con dicha vigilancia es asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado²⁵. (Subrayado fuera de texto)

4. Sentencia del 13 de noviembre de 2014, radicación 15001-23-31-000-2000-00275-01(32770), Consejera Ponente STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

“Del cúmulo de normas que se trajeron a colación, se puede claramente concluir que la función de control, inspección y vigilancia que ejercía DANCOOP sobre las cooperativas se limitaba a la formulación de directrices,

²³ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

²⁴ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

²⁵ Sentencia de 10 de julio de 2013, expediente 26.748, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; 10 de septiembre de 2014, expediente 27.801, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; y de 28 de febrero y 28 de agosto de 2014, Expedientes: 27544 y 30736, respectivamente



realización de visitas, adopción de medidas preventivas, tendientes a que la actividad de las entidades supervisadas fuera siempre transparente y no afectara los intereses de los usuarios, pero no implicaba garantizar que el patrimonio de éstos no resultara afectado al materializarse los riesgos inherentes a la actividad de las cooperativas, sino a que ésta fuera desarrollada conforme al marco legal y, en los eventos en que se incumplieran tales disposiciones, la entidad de control estaba facultada para adoptar oportunamente los correctivos a que hubiere lugar.

En virtud de lo previsto en el artículo 151 de la Ley 79 de 1988, "...las funciones de inspección y vigilancia no implican por ningún motivo facultad de cogestión o intervención en la autonomía jurídica y democrática de las cooperativas", lo que suponía que DANCOOP y la Superintendencia Bancaria solo podían intervenir cuando evidenciara que el objeto social se estaba llevando a cabo en contravía de las normas legales que regulaban su actividad.

En el plenario no obra prueba que dé cuenta de que antes de la solicitud de cesión de activos y pasivos, las accionadas hayan tenido conocimiento de algún tipo de irregularidades del banco cooperativo, que hubieran ameritado la adopción de medidas correctivas ni que lleven a concluir que la intervención de la entidad no fue oportuna. (Subrayado fuera de texto)

5. Sentencia de 20 de febrero de 2014, 15001-23-31-000-1999-02416-01(31000), Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero.

"En el caso concreto, el municipio demandante argumentó que DANCOOP no ejerció las funciones de inspección y vigilancia para evitar que CAJACOOOP fuera intervenida y, de haberlo hecho, se habría evitado la retención temporal de los dineros que tenía en las cuentas de ahorro y en los certificados de depósito a término.

En virtud de lo previsto en el artículo 151 de la Ley 79 de 1988, "...las funciones de inspección y vigilancia no implican por ningún motivo facultad de cogestión o intervención en la autonomía jurídica y democrática de las cooperativas", lo que suponía que DANCOOP solo podía intervenir cuando evidenciara que el objeto social se estaba llevando a cabo en contravía de las normas legales que regulaban su actividad.

Sin embargo, en el plenario no obra prueba que dé cuenta de que antes de la toma de posesión ese Departamento hubiera tenido conocimiento de algún tipo de irregularidades de la cooperativa que hubieran ameritado la adopción de medidas correctivas ni que lleven a concluir que la intervención de la entidad no fue oportuna. Por el contrario, de conformidad con las consideraciones esgrimidas en la Resolución n.º 1889 de 19 de noviembre de 1997, la cual goza de presunción de legalidad, fue solo cuando CAJACOOOP presentó a DANCOOP los balances y estados financieros a septiembre de 1997, que se evidenció un problema de iliquidez y un patrimonio negativo, de lo que se derivaba un riesgo de afectación patrimonial y de vulneración al ahorro de los asociados, por lo que consideró necesario tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de la misma. Posteriormente, la Superintendencia Solidaria, mediante Resolución n.º 0780 de 7 de mayo de 2000, ordenó la disolución y liquidación de la cooperativa, al encontrar que no poseía las condiciones indispensables para desarrollar adecuadamente su objeto social.

En síntesis, no hay lugar a concluir que DANCOOP incumplió las funciones de inspección y vigilancia sobre CAJACOOOP y, por el contrario, una vez se percató de la difícil situación financiera por la que atravesaba, procedió a tomar posesión de sus negocios, bienes y haberes. Por lo anterior, se confirmará la sentencia impugnada".

INIMPUTABILIDAD DEL DAÑO A LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Jurisprudencialmente se ha establecido que el daño antijurídico es el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo por parte del Estado.

Este concepto del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal, armoniza con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, en el entendido



que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración.

Ahora bien, en el presente caso observamos que la Superintendencia de Sociedades, tal como se manifestó en acápites anteriores, en los casos de captación indebida de dineros del público, tiene facultades solo hasta cuando los hechos ya están consumados, ya que el procedimiento es cautelar y no preventivo.

Así las cosas, las actuaciones que dieron origen a la captación ilegal de dineros del público, en primer lugar son ajenas a la Superintendencia de Sociedades y el segundo lugar escapan a la esfera del control jurídico que esta tiene sobre las sociedades; por lo que el supuesto daño que se dice causado a la demandante, no es consecuencia directa de las acciones de mi defendida, ora por acción ora por omisión, sino de los actos de terceras personas a los que la demandante le entregó su confianza libre y espontáneamente, asumiendo los riesgos de invertir en el negocio que se le estaba ofreciendo por parte de ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS; situación está que desvirtúa cualquier responsabilidad de la Superintendencia de Sociedades, en el entendido que esta no tuvo ni podía tener ninguna injerencia en el actuar de la demandante y de la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS.

Los perjuicios reclamados, si son ciertos, no fueron ocasionados por esta Entidad, son atribuibles a los administradores de la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS, ya que mediante operaciones encubiertas ejecutaron operaciones de captación de dineros de manera irregular y no autorizada, siendo aquellos los responsables por los perjuicios reclamados.

No es lógico pretender que el Estado a través de sus entidades, sea condenado a indemnizar los perjuicios que se pretenden, cuando las operaciones realizadas entre (la demandante y ELITE), son de índole contractual entre particulares, constituyéndose entonces el Estado en un seguro para que quienes celebren contratos, que a la postre no resulten favorables, pretendan recobrar los dineros entregados y, además, las indemnizaciones correspondientes.

Es claro que la demandante inversionista realizaba operaciones de compraventa de créditos otorgados bajo la modalidad de libranza con ELITE INTERNACIONAL AMÉRICA SAS, era plenamente consciente de que compraba un activo de riesgo, toda vez que entendía que estaba realizando la compra de una deuda a cargo de una persona natural que no conocía, en especial su solvencia moral y patrimonial.

Es decir, se trataba realmente de operaciones de crédito de alto riesgo, asumido libre y deliberadamente por el comprador de cartera, que ahora, con esta temeraria demanda, pretende desplazar hacia el Estado.

ROMPIMIENTO DEL VÍNCULO CAUSAL

En el presente caso existe una culpa de la demandante por no haber atendido el deber de informarse, cuidado y mínima diligencia frente a las operaciones realizadas con fundamento



en un contrato, es así que la entidad que represento no tiene injerencia en las relaciones privadas que nacen a la vida jurídica en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada.

Poniéndonos en el contexto de la imputación del daño antijurídico del Estado en las operaciones contra la captación ilegal del dinero, debemos recordar que en reciente jurisprudencia, el honorable Consejo de Estado - Sección Tercera reiteró que, en los casos de falla en las funciones de inspección, vigilancia y control, se enmarca en la regla general de imputación subjetiva del daño antijurídico o falla probada del servicio, donde "(...) corresponde a la parte demandante acreditar los conocidos elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la administración pública: actuación u omisión del Estado, daño antijurídico y nexos causal entre aquella y éste (...)"²⁶.

*En este escenario, contrario a lo que sucede en los eventos de la presunción de culpa o de responsabilidad objetiva del Estado (manejo de armas de fuego, concriptos y responsabilidad médica, entre otros), es factible proponer la excepciones de "culpa exclusiva de la víctima" y "culpa de un tercero", pues la consagración constitucional de la responsabilidad del Estado si bien tiene una orientación garantista, no ha llegado a tal punto en que todas las desgracias ocurridas en la sociedad finalmente se atribuyan a la organización política por acción u omisión*²⁷.

Partiendo de la base que en el régimen tradicional de responsabilidad se responde "(...) por extralimitación en las funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas en forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado (...)"²⁸, la Superintendencia de Sociedades ha demostrado y así lo corroborará en el transcurso del proceso que la competencia que le fue asignada por la ley fue utilizada en forma precisa y oportuna ante las alarmas recibidas²⁹. Además, se debe enrostrar el incumplimiento de los deberes por parte del afectado en el caso concreto, pues la jurisprudencia ha hecho un

²⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A Sentencia 2000-02312/29944 de marzo 25 de 2015 Radicación: 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944) C. P.: Dr. Hernán Andrade Rincón. El caso se refiere a la irresponsabilidad del estado por el daño sufrido al Fondo de Empleados de Almacenes Magali París Fedemagali y otros por la liquidación de la entidad financiera BANCOOP.

En esta oportunidad el Alto tribunal revoca la condena proferida en primera instancia, en la medida que se demostró que la SUPERINTENDENCIA BANCARIA desplegó oportunamente toda la competencia establecida en el estatuto orgánico del sistema financiero, sin que las medidas lograran evitar la liquidación de la entidad financiera a la que se ha hecho referencia.

²⁷ El exconsejero de estado Dr. Enrique Gil Botero en su libro Responsabilidad extracontractual del estado destaca que "el daño debe ser directo, personal y cierto"; en lo que se refiere a la primera característica, tenemos que "el daño como unidad fenoménica recoge todo lo que precede a hacerlo real; sin los elementos constitutivos que lo hacen posible existencialmente no se daría en el plano del conocimiento jurídico. Se cambiaría entonces el enfoque metodológico tradicional en el sentido de examinar las causales exagerativas de responsabilidad dentro de la imputación que es un concepto jurídico, por oposición a la causalidad que es un criterio propio de las leyes de la naturaleza" (Ed Temis 2011; Quinta edición; Pág. 40)

²⁸ Responsabilidad del estado y sus regímenes. Dr. Wilson Ruiz Orejuela. Tercera Edición. Enero de 2016. Ecoe Ediciones Ltda. Bogotá.

²⁹ No obstante, debe hacerse la claridad que "el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular (falla en el servicio simple, probada, presunta, daño especial, riesgo excepcional), sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar" Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C Sentencia del 20 de octubre de 2014. Exp. 52001-23-31-000-1998-00352-91 (31250) C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



balance en uno y otro extremo, donde entre más incuria se demuestre en el afectado, más fácil se diluye la responsabilidad por parte del Estado³⁰.

Partiendo de la base de que nadie está obligado a lo imposible, ni siquiera el Estado, la jurisprudencia distingue “(...) entre omisiones laxas y omisiones en sentido estricto, refiriéndose a las primeras a la negligencia u olvido en los deberes de cuidado, que, de *haberse cumplido, pudieron haber evitado un resultado dañoso prevenible. Las segundas, se refieren al incumplimiento de un deber legal previamente establecido en la ley y que el estado está en la obligación de ejecutar, resultado de su incumplimiento, el resultado dañoso (...)*”³¹.

El máximo tribunal del control administrativo en reciente sentencia³², reiteró que la culpa exclusiva de la víctima opera cuando el afectado incumple la ley o el reglamento que le es aplicable en el caso concreto, evento en el que debe asumir las consecuencias de su proceder.

Ahora, se destaca que la culpa debe ser grave, es decir, no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico debe considerarse dentro de la causal “culpa exclusiva de la víctima”, “(...) *sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios (...)*”. (Consejo de Estado, Expediente 2004 00669 01, demandante DEBB y otros, contra Nación Ministerio de Defensa y otros.

El alto tribunal recordó que se configura la casual eximente de responsabilidad del Estado cuando se demuestra que el afectado actuó con culpa grave o dolo, entendida la primera como un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario o en el caso del segundo, procedió con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado³³. El Consejo de Estado indica que la irresistibilidad alude a la “(...) *imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo* □ *pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del*

³⁰ En el 2011 en el escenario más estricto de la responsabilidad en el transporte, el H. Consejo de Estado exoneró de responsabilidad al estado por la muerte de un peatón ebrio, pues pese a que fue arroyado por un vehículo oficial y el empleado público que lo conducía también estaba ebrio, se determinó que “*la conducta de la víctima de no usar el puente peatonal fue determinante en la producción del daño*” (Consejo de estado – Sección Tercera – Subsección “B”. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp 20.441).

³¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2008 Radicación: 66001-23-31-000-1996-03099-01 (14443) C. P.: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

³² 48 Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 68001233100020080063701 (47846), nov. 27/17. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16235



*Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados (...)*³⁴.

La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, "(...) *ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano*". Así, en cada caso el Juez deberá interpretar "*La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida (...)*". (Consejo de Estado, Expediente 1997 13602 01 C.P. Jaime Orlando Santofimio, demandante Ana Delia Jiménez, demandada Empresas Públicas de Bucaramanga).

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo y excepcional³⁵.

Así mismo, la culpa exclusiva de la víctima tiene que ver con que, al realizar operaciones de riesgo, debe acentuar sus precauciones respecto al negocio que realiza. En el caso concreto ello no se demostró, ya que las inversiones se realizaron sin que probara la demandante de manera particular un especial cuidado respecto de la empresa y la actividad que estaba ejecutando en desarrollo de un contrato con aquella, para evitar un desmedro patrimonial, que no puede ahora pretender le sea reparado por el Estado.

Para el análisis del asunto, donde la Superintendencia de Sociedades profirió auto inhibitorio por actividades de captación en primer semestre del año 2014³⁶, es evidente que se verifica la doble causal de "culpa exclusiva de la víctima" y "culpa de un tercero", en la medida que esta actuación no es imputable a la incuria de la administración, sino en el hecho demostrable de que la toma de información se llevó a cabo a partir de la contabilidad maquiada y dolosamente disfrazada.

Véase cómo, si bien no es posible para el revisor fiscal impedir que se cometan irregularidades al interior de una organización, el acceso permanente a los libros de la compañía y sus resultados hace evidente que, cumpliendo a cabalidad con sus funciones, las irregularidades debieron salir a la luz para tomar los correctivos oportunamente, lo cual nunca ocurrió.

Las irregularidades de ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS han sido graves y notorias, pues el sistema de gestión documental también evidencia a pesar de la ausencia de respaldo fiduciario, en abril de 2016 los contratos de venta de cartera seguían anunciando la existencia de un patrimonio autónomo destinado al pago de las obligaciones con los clientes, pero se trataba de una información comercial engañosa, de la cual se dio traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio en esa misma fecha.

³⁴ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Sentencia del 22 de junio de 2011.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16.530.

³⁶ Auto 400-009385 del 1 de julio de 2014.



Las actuaciones de la Superintendencia de Sociedades han sido diligentes y ponderadas, además, activadas las alarmas en el 2014, se tiene por parte de la Entidad un conjunto de reacciones oportunas, las cuales condujeron a la Resolución No. 300-002459 del 7/0/2016 por medio de la cual se sometió a control a la compañía por parte del Superintendente Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control.

En definitiva, no es viable jurídicamente alegar su propio error en su beneficio, ni mucho menos obviar su descuido y negligencia para pretender trasladar su responsabilidad; de ahí que jurisprudencialmente se haya concluido que: "(...) a nadie se le permite aprovecharse de su propio dolo; y que, por tanto, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la mala fe o dolo en que ha incurrido. Con razón se ha dicho que constituye inmoralidad (torpeza) pretender beneficiarse de la mala fe o dolo que alguien ha cometido; los culpables de dolo son indignos de ser escuchados por la justicia. (...)". (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de junio de 1958).

INEXISTENCIA DE DAÑO CON CARACTERÍSTICA DE ANTIJURÍDICO.

De conformidad con el artículo 90 de nuestra Constitución Política, el Estado debe indemnizar por los daños que tengan naturaleza ANTIJURÍDICA, cuya autoría le resulte endilgable.

Es así como reza el aludido artículo:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este".

Existe variada doctrina y jurisprudencia que desarrollan el tema, de las que se colige claramente que únicamente en los casos en que el daño producido por el Estado sea ANTIJURÍDICO debe éste resarcir patrimonialmente al afectado, es decir, no todos los daños resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad (Arts. 1 y 13 C.N. principios constitucionales de solidaridad e igualdad de todos frente a la ley).

No sobra mencionar que, tal como lo contemplan las altas cortes, entre éstas, el Consejo de Estado, el daño antijurídico debe ser CIERTO, DETERMINADO y ANORMAL. Se trae a colación un extracto de jurisprudencia que resulta pertinente:

"(...) El precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución" (...) debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos". Dicho daño tiene como características que



sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida. (...)" (Fallo 20144 de 2011 Consejo de Estado).

En el presente caso, quedó establecido en las razones de defensa, que no existe daño o hecho dañino alguno que deba reparar la Superintendencia de Sociedades y, por lo tanto, el perjuicio que alega el actor no puede ser imputable a la Entidad que represento ni por acción ni por omisión, pues como ha sido expuesto, mi representada dio cabal cumplimiento a las funciones que le fueron asignadas respecto de la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS.

FRENTE A LA INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA FUNCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL

Resulta claro que las facultades de inspección, vigilancia y control que ejerce la entidad sobre los entes comerciales, se circunscriben exclusivamente al ámbito del derecho societario, por lo que, salvo que la ley lo indique, no le es dable inmiscuirse en el ejercicio de la actividad como tal y menos en relación con los actos que aquellas celebren para el desarrollo de su objeto, por lo que es necesario reiterar que, partiendo de la base de que por regla general la supervisión que ejerce la Superintendencia de Sociedades es de carácter subjetivo, y al ser su marco de competencia reglado, es decir que solo puede ejercer aquellas funciones que expresamente le han sido asignadas por ley, salvo disposición en contrario, la Superintendencia no cuenta con facultades para interferir en materia de disposición contractual ni en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada de los entes que vigila, toda vez que el giro ordinario de sus negocios y las relaciones que celebre con terceros únicamente les concierne a los interesados, y no a este ente de control.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR EXISTIR UN CAMINO JUDICIAL PRIVATIVO, EXPEDITO Y EXCEPCIONAL PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS

Es pertinente señalar que, para los eventos cómo el que nos ocupa, se ha previsto un procedimiento privativo, expedito y excepcional que debe efectuarse por quién ha 'invertido' en una compañía que ha captado ilegalmente dineros del 'público'. Ello es conocido por los afectados, de ahí que la demandante se haya hecho parte del proceso de liquidación judicial y en tal sentido ha sido aceptada al mismo, motivo por el cual le han sido devueltos a cada uno las sumas que, relacionan en el escrito de reforma de demanda.

Se trata de actuaciones contractuales realizadas por los afectados, de suerte que para lograr la devolución de lo "invertido" deben acudir a ese procedimiento en el cual se encuentran, en donde quien responde es la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS en liquidación judicial y no la entidad que represento.

PETICIÓN ANTES DE TIEMPO E INTENCIÓN DE DOBLE RECONOCIMIENTO.

Conforme a lo aceptado por los demandantes en los distintos procesos de esta clase que se adelantan, los mismos se hicieron parte en el proceso de liquidación judicial como medida de intervención con unas acreencias reconocidas en los montos que las providencias señalan, procedimiento que por cierto aún se encuentra en trámite y dentro



del cual se han ordenado devoluciones en las sumas que cada demandante indica en el escrito de demanda o reforma de la misma.

Entonces, no resulta viable que, existiendo una vía procesal en curso, que además es la que específicamente ha sido contemplada por el legislador para remediar la captación masiva no autorizada, de la cual ya es parte la demandante y demás, paralelamente pretendan por otra vía lograr la misma finalidad que no es otra que la recuperación de los recursos que, de manera imprudente pero totalmente consciente y voluntaria, decidieron arriesgar y aportar en un negocio cuyos rendimientos los “deslumbró” sin que les hubiera generado suspicacia sobre la razonabilidad financiera de lo supuestamente ofrecido; y, ahora, a pesar de contar con el mecanismo judicial idóneo para conjurar tal situación y desconociendo su propia negligencia, buscan abrir otras vías judiciales que no sólo no resultan procedentes, sino que, a la postre, intentar solventar su propia incuria tratando de obtener, por doble partida, lo que desde un comienzo fue deliberadamente entregado en las ansias de conseguir mayor rentabilidad sin importar el riesgo que todo ello conllevaba.

En aras de la precisión, en este tipo de procesos opera el principio de igualdad, el cual se conoce como *par conditio creditorum*, es decir, los créditos que se reclaman deben ser pagados en igual proporción, plazo y forma exceptuando los órdenes o categorías de pago fijados por ley. En consecuencia, tratándose de créditos de la misma categoría, se debe respetar la igualdad de tratamiento derivada de tal principio, con lo que se evita la discriminación entre acreedores de la misma clase que podría conllevar un perjuicio desmedido para un acreedor a diferencia de otro.

Pero además, y a título meramente ilustrativo se hacen las siguientes precisiones de orden legal:

1. El artículo 1º del Decreto 1910³⁷ de 2009 (la norma se encuentra compilada en el artículo 2.2.2.15.1.1 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015), prevé que *“La Superintendencia de Sociedades, ordenará la toma de posesión para devolver o la liquidación judicial, a los sujetos descritos en el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, medidas que, en relación con los sujetos vinculados, operarán también respecto de la totalidad de sus bienes, los que quedarán afectos a la devolución del total de las reclamaciones aceptadas en el proceso o procesos. Los agentes interventores procurarán colaborar y coordinar sus actuaciones y los conflictos que surjan entre ellos serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades”*.

2. Del estudio de la norma transcrita se desprende que mi defendida frente a las personas que son objeto de intervención puede optar: i) la toma de posesión; y ii) la liquidación judicial, la primera, a efectos de que el agente interventor devuelva en forma inmediata los dineros incautados, a las personas que presentaron las respectivas reclamaciones y que le fueron aceptadas las mismas; la segunda, a través del cual se persigue la enajenación de todos los activos y con el producto pagar las obligaciones a cargo del deudor intervenido con la prelación establecida en el Código Civil.

³⁷ Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto 4334 de 2008, la Ley 1116 de 2006, y el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008 y se dictan otras disposiciones



3. Ahora bien, en uno y otro proceso solamente se paga el principal, es decir, el capital entregado.

En efecto, el literal d) del artículo 10º del Decreto 4334 de 2008, preceptúa que el Agente Interventor, dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término anterior, expedirá una providencia que contendrá las solicitudes de devolución aceptadas y las rechazadas, la cual será publicada en la misma forma de la providencia de apertura. Contra esta decisión procederá el recurso de reposición que deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición de esta providencia. Las devoluciones aceptadas tendrán como base hasta el capital entregado.

Acorde con lo anterior, el literal a) del párrafo primero de la citada disposición, prevé que se atenderán todas las devoluciones aceptadas, dividiendo por el número de solicitantes, hasta concurrencia del activo y hasta el monto de lo aceptado.

Por su parte, el artículo 9º del Decreto 1910, consagra que el proceso de liquidación judicial, como medida de intervención, persigue la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del intervenido, mediante la enajenación o adjudicación de los bienes y su aplicación, en primera medida, a las devoluciones aceptadas insolutas, **hasta concurrencia del valor de las mismas, es decir, los intereses causados desde el vencimiento de la obligación hasta el inicio del proceso en mención se reconocen pero se tienen legalmente postergados para ser pagados luego de la cancelación de los demás créditos, porque así lo dispone expresamente la ley.**

En relación con el cuadro al que refiere la radicación 2020-01-299357 de 26 de junio de 2020, se informa que el “Valor entregado final” corresponde al monto de la inversión de cada afectado, al paso que el “Valor pagado final” obedece al rubro que dicha inversión pagó, previo a la intervención de Elite, por consiguiente, el “Valor Aceptado” resulta de la resta de los dos anteriores valores.

Si bien se puede concadenar esta excepción con aquella titulada petición antes de tiempo, lo cierto es que no le asiste a la señora Carmen para ostentar la capacidad para ser parte activa, y por ende formular las pretensiones perseguidas en esta demanda.

Para terminar, solicito comedidamente se declare cualquiera otra excepción que aparezca probada por el Despacho Judicial.

CONCLUSIÓN

Al no habersele producido daño a la demandante imputable a la Superintendencia de Sociedades, máxime cuando ejerció sus funciones de acuerdo a la forma prevista en la ley, reitero mi petición inicial de negar las pretensiones de la demanda y se conde en costas a la (s) – el (los) demandante (s).

PRUEBAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES PETICIÓN ESPECIAL



El artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 por medio de la cual se regula el Derecho fundamental de Petición contempla que sólo tendrán el carácter de reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, en lo pertinente: "(...) 4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación. 5. **Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.** 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos. 9. Los amparados por el secreto profesional. (...)” (Negrilla más)

Si bien la reserva no aplica a las autoridades jurisdiccionales, es decir, si a las privadas (naturales y jurídicas), en cumplimiento de la ley 1266 de 2008³⁸ se presenta en su integridad los expediente administrativo y judicial que a la fecha de la contestación de la demanda reposa en los archivos de la Superintendencia de Sociedades por que el contenido de los mismos resulta “necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial”³⁹, lo cual involucra tanto los derechos de la parte actora como la entidad que represento.

En virtud de lo anterior, solicito al titular del Despacho, la Secretaría de los Juzgados Administrativos de Bogotá, Sección Tercera, y DEMANDANTE (S) tomar las medidas de seguridad que ordena la ley a los documentos y guardar la discreción sobre la información sensible, privada, semiprivada y reservada de las personas naturales, entidades financieras, cooperativas y otros comerciantes que son sujetos procesales o son objeto de las investigaciones administrativas y la medida de intervención con fines de liquidación que aún se encuentra en curso.

Asimismo se advierte que el mal uso que de esta información se realice, excluye de responsabilidad a la Superintendencia de Sociedades.

Dicho lo anterior, se remiten los siguientes enlaces.

Administrativas

https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f/g/personal/kellysb_supersociedades.gov.co/EtVe2ON6ppFHmzTb5-QfOM0BL2Zy0SSp3kC2EIZteB8WRg?e=YldhzV

Jurisdiccionales

Como quiera que la Superintendencia de Sociedades actúa con funciones jurisdiccionales en los procesos, entre otros, relacionados con la captación ilegal de dinero, en los términos del artículo 11 del Decreto 806/20 allego el siguiente enlace

³⁸ Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones

³⁹ Artículo 6 de la ley 1581 de 2012 “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales



https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f/g/personal/enviosaj_supersociedades_gov_co/EqBS1-CFG5ILhvuqBEr5F-QBWxgAhK83Q4PdWmnRh5bY9w?e=afTWsh

Algunas señaladas en la contestación:

https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f/g/personal/cesarg_supersociedades_gov_co/EilFbwsxwRILnBU3uJ7O8BviJF2Clyhdwv3mCy15HI-A?e=ipJg5t

TESTIMONIAL

PETICIÓN PREVIA: Esta prueba se ha solicitado en otras demandas, por lo que desde ya pido se ordene, de no haberse practicado en esta demanda, **su traslado**, acorde con el artículo 174 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento contencioso administrativo por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo *“las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas”*.

Conforme a lo anterior, la nueva regulación procesal igual que la anterior permite trasladar pruebas de un proceso a otro. Sin embargo, bajo el nuevo estatuto procesal (i) serán aportadas sin mayores exigencias formales, pues ello puede hacerse en copia simple, y (ii) de acreditarse dentro del trámite de origen que la parte contra la que se aduce la prueba trasladada pudo controvertirla, ya que en caso de no haberse surtido su derecho de defensa -prescribe expresamente el nuevo texto legal- la misma deberá garantizarse en el proceso de destino.

Y si no se ha practicado en las otras demandas, de las cuales informaré al juzgado en orden a que se ordene su traslado, respetuosamente solicito se cite a rendir testimonio al doctor:

ANDRÉS ALFONSO PARIAS GARZÓN, Ex funcionario de la Superintendencia de Sociedades, quien fungió para la época de los hechos como DELEGADO DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL de la Superintendencia de Sociedades, para que testifique sobre los hechos que le consten relativos a la demanda y su contestación.

Se puede notificar en la Av. 26 No 51 – 80 oficina 401 de la Superintendencia de Sociedades.

El correo electrónico del testigo y al cual se puede citar para la respectiva audiencia es andresparias@gmail.com

PRUEBAS PARTE DEMANDANTE

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y REMISIÓN DE EXPEDIENTE





- **ME OPONGO** a la prueba solicitada teniendo en cuenta que al proceso se aporta copia del expediente administrativo y jurisdiccional que de la **sociedad Elite Internacional Américas SAS** se encuentra en la entidad.

INFORME JURAMENTADO

ME OPONGO a la prueba solicitada, como quiera que la misma no resulta pertinente, teniendo en cuenta que al proceso se aporta copia del expediente administrativo y jurisdiccional que de la **sociedad Elite Internacional Américas SAS** se encuentra en la entidad, dentro del cual aparecen cada una de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Sociedades alrededor de la mencionada compañía.

Así las cosas, no existirían interrogantes por absolver respecto de las actuaciones desplegadas por la Superintendencia de Sociedades.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Secretaría del Despacho Judicial y en el Grupo de Defensa Judicial de la Superintendencia de Sociedades ubicadas en la ciudad de Bogotá: Avenida El Dorado No 51 – 80.

Asimismo se recibirán en los correos electrónicos:

NelsonQ@supersociedades.gov.co
notificacionesjudiciales@supersociedades.gov.co

ANEXOS

- I. Poder para actuar
- II. Copia de la Resolución No. 100-001107 del 31 de marzo de 2020, contentiva de la delegación de funciones de la Superintendencia de Sociedades, con la cual se asignan competencias al interior de la Entidad, en este caso para el otorgamiento de poderes a quien ejerce el cargo de Coordinador (a) del Grupo de Defensa Judicial de la Entidad (art. 3º numeral 3.2)
- III. Certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Administración de Personal en la que se señala a la persona que actualmente está en ejercicio del Cargo, Dra. Consuelo Vega Merchán.
- IV. Certificación 2020-01-559760 del 22/10/20 donde se señala el enlace y de donde se obtuvo

Del señor Juez;

Cordialmente,



NELSON ALBERTO QUINTERO BARBOSA
FUNCIONARIO

TRD: DEMANDAS