



SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES



Al contestar cite el No. 2019-01-334554

Tipo: Salida Fecha: 12/09/2019 09:52:26 AM
Trámite: 9002 - CONTESTACION DEMANDA
Sociedad: 900437991 - ELITE INTERNATIONAL Exp. 77054
Remitente: 221 - GRUPO DE DEFENSA JUDICIAL
Destino: - Juzgado 60 Administrativo Sección Tercera - Bogota -
Folios: 64 Anexos: NO
Tipo Documental: OFICIO Consecutivo: 221-096843

13357
A
720

Señores
JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTA
SECCIÓN TERCERA
E. S. D.

30

Ref. : REPARACION DIRECTA
Demandante: GLADYS DE LA ESPRIELLA Y OTROS
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y OTROS
Rad. No: 10101334306020180041700

COLEGIO REGISTRADO
2019 SEP 16 10:00 AM
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS
OFICINA DE APOYO

230000

GUSTAVO ERNESTO BERNAL FORERO, identificado con cedula de ciudadanía No 19.256.097 de Bogotá y tarjeta profesional No 70.351 del C.C.P. de la E.S.D. en materia de apoderado de la Superintendencia de Sociedades, encontrándome dentro de la oportunidad legal, procedo a contestar la presente demanda la siguiente manera:

I. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones que atañen a la Superintendencia de Sociedades, por lo que solicito se denieguen en su totalidad, ya que conforme se demostrará, esta entidad realizó las actuaciones que le eran propias y que se hallan regladas frente a la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

A pesar que la Superintendencia Financiera de Colombia en escrito¹ dirigido a esta entidad había concluido que las actividades desarrolladas por la citada sociedad no configuraban hechos objetivos y notorios de captación masiva y habitual de recursos del públicos, la entidad que represento decidió confirmar la información y realizó una primera toma de información en la Compañía en la que únicamente evidenció deterioro económico, es decir, confirmó las conclusiones de Superfinanciera²; no obstante, la entidad realizó dos tomas de información adicionales³, recepciono testimonios, 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 control⁴, grado de supervisión que condujo a una evaluación en que finalmente se procedió a convocar a reorganización y posterior a ello, la liquidación judicial al encontrarse los supuestos para ello. En este estado, se siguió en 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.

II. A LOS HECHOS DE LA SEÑORA GLADYS ELVIRA DE LA ESPRIELLA

AL PRIMERO. - No me costa, sin embargo revisada la demanda y sus anexos se deduce que efectivamente el demandante fue contactado por la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

AL SEGUNDO. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL TERCERO. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

¹ Radicación No. 2014-01-330431 del 17/07/ 2014.

² Toma de información a la citada sociedad de los días 16, 18, 22 y 25 septiembre de 2015.

³ Visita de 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.

⁴ Resolución 300-002459 del 07/07/ 2016.



El futuro es de todos
Gobierno de Colombia



El progreso es de todos
Mincomerio

En la Superintendencia de Sociedades
Trabajamos con Integridad por un país sin corrupción
Entidad No. 1 en el índice de Transparencia de las entidades Públicas, ITEP
www.supersociedades.gov.co/webmaster@supersociedades.gov.co
Colombia
Línea única de atención al ciudadano (57 +1) 2201000





721

AL DÉCIMO PRIMERO. – Es cierto.

11.1. Es cierto.

11.2. Es cierto.

AL DÉCIMO SEGUNDO. – Es cierto.

AL DÉCIMO TERCERO. - No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante.

13.1. No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante, al igual que el hecho no está redactado correctamente.

13.2. No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante, al igual que el hecho no está redactado correctamente.

AL DÉCIMO CUARTO. – Es cierto.

AL DÉCIMO QUINTO. – Es cierto.

AL DÉCIMO SEXTO. – No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL DÉCIMO SÉPTIMO. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL DÉCIMO OCTAVO. – Es parcialmente cierto, ya que, si bien la Superintendencia de Sociedades decreta la liquidación judicial como medida de intervención de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, no es cierto que fuera evidente la captación ilegal; en un principio, 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 la misma 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, se 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.

AL DÉCIMO NOVENO. – No es cierto, tal como se manifestó en hecho anterior, la Superintendencia de Sociedades en la visita realizada en el año 2015, no evidenció los elementos constitutivos de la captación ilegal.

Sin embargo, mantuvo la vigilancia de la sociedad y es por ello que, en el año 2016, es sometida a control, se ordena la apertura de proceso de reorganización y posteriormente liquidación judicial y cuando se evidencia la captación 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 Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, por un capricho; todo lo contrario, luego de una investigación exhaustiva se pudo evidenciar la captación ilegal con lo que quedo facultada legalmente para proceder a la liquidación como medida de intervención, actuación esta que realizo de manera inmediata, ya que la sociedad había sido sometida a control, aceptada en reorganización y por su situación financiera se encontraba en liquidación judicial.

AL VIGÉSIMO. – Es cierto.

AL VIGÉSIMO PRIMERO. - Es cierto.

AL VIGÉSIMO SEGUNDO. - Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no





3
722

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

AL TRIGÉSIMO SEXTO. – Es cierto.

AL TRIGÉSIMO SÉPTIMO. – Es cierto.

AL TRIGÉSIMO OCTAVO. – Al ser una cita de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL TRIGÉSIMO NOVENO. – Al ser una cita de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL CUADRAGÉSIMO. – No es cierto, durante los años 2012, 2013 y 2014 la Superintendencia de Sociedades realizo la vigilancia de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención y para los años 2015 y 2016, se iniciaron las investigaciones administrativas, se solicitó información, se recepcionaron testimonios, se sometió a control y posteriormente a reorganización, liquidación judicial y finalmente liquidación como medida de intervención.

Por lo anterior, lo manifestado por el apoderado de la parte actora carece de fundamentos de hecho.

AL CUADRAGÉSIMO PRIMERO. – Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no realizare ningún pronunciamiento al respecto.

AL CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. – 42.3., 42.4., 42.5., 42.6., 42.7., 42.8., 42.9. y 42.10. No es cierto, en cuanto a la Superintendencia de Sociedades, ya que revisados los expedientes administrativo y judicial, al igual las raditaciones que se han hecho en la entidad, se evidencia que no existieron solicitudes elevadas por la demandante a la Superintendencia de Sociedades solicitando información de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

AL CUADRAGÉSIMO TERCERO. – No es cierto. Tal como se manifestó en el hecho anterior, no existen solicitudes de información radicadas en la Superintendencia de Sociedades por parte de la demandante, por lo cual tampoco hay respuesta a las mismas.

En ese orden de ideas mal puede afirmar el apoderado de la parte actora que con base en las respuestas dadas a sus solicitudes se comprueba que la entidad que represento, avalo las actividades de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

AL CUADRAGÉSIMO CUARTO. – No es cierto, el apoderado está realizando apreciaciones subjetivas, carentes de prueba, ya que como se manifestó en hechos anteriores la Superintendencia de Sociedades realizó supervisión sobre la sociedad desde el año 2012, la que consiste en una fiscalización de carácter permanente por medio de la cual la Superintendencia de Sociedades busca que esas sociedades en su formación y funcionamiento se ajusten a la ley a y los estatutos; la que se realiza en un sin número de sociedades en Colombia y respecto de temas muy puntuales que permiten establecer que la empresa se encuentra ajustada a la normatividad, pero que no nos permite hacer un estudio discriminado de todas las actividades que despliega la sociedad.

Solo hasta el año 2015 que inician las quejas de falta de pago de los inversionistas de Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, ante la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Financiera de Colombia, es que se inician investigaciones administrativas muy meticulosas, enfocada a establecer como es el negocio jurídico que ofrece la empresa y como efectivamente se está ejecutando y es por ello que al encontrar irregularidades pero no relacionadas con la captación ilegal de dineros del público, sino de carácter financiero, contable se somete a control a la sociedad, y finalmente, encontrar las pruebas de la captación y ordenar su liquidación judicial como medida de intervención.

AL CUADRAGÉSIMO QUINTO. – Tal como está redactado este hecho, es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora.





4
723

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

8.4. No es cierto, tal como se manifestó en los dos hechos anteriores, la Superintendencia de Sociedades no emitió concepto favorable alguno respecto de las actividades de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, contrario a ello realizó visitas, solicitó información, adelantó tomas de información y posteriormente sometió a control a la sociedad ya relacionada, actuaciones éstas que corresponden a sus competencias, teniendo en cuenta que la supervisión es SUBJETIVA, como se indicará más adelante.

AL NOVENO. - Es parcialmente cierto; es cierto respecto del objeto de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, en cuanto a que el demandante haya hecho la indagación en la Cámara de Comercio, no me consta.

AL DÉCIMO. - No me consta, sin embargo es procedente manifestar que de acuerdo a los anexos de la demanda, se evidencia que el demandante si invirtió en la empresa Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, de manera libre y voluntaria.

AL DÉCIMO PRIMERO. - Es cierto.

11.1. Es cierto.

11.2. Es cierto.

AL DÉCIMO SEGUNDO. - Es cierto.

AL DÉCIMO TERCERO. - No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante.

13.1. No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante, al igual que el hecho no está redactado correctamente.

13.2. No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante, al igual que el hecho no está redactado correctamente.

AL DÉCIMO CUARTO. - Es cierto.

AL DÉCIMO QUINTO. - Es cierto.

AL DÉCIMO SEXTO. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL DÉCIMO SÉPTIMO. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL DÉCIMO OCTAVO. - Es parcialmente cierto, ya que, si bien la Superintendencia de Sociedades decreta la liquidación judicial como medida de intervención de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, no es cierto que fuera evidente la captación ilegal; en un principio, 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 la misma 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, se 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.

AL DÉCIMO NOVENO. - No es cierto, tal como se manifestó en hecho anterior, la Superintendencia de Sociedades en la visita realizada en el año 2015, no evidenció los elementos constitutivos de la captación ilegal.



5
724

AL TRIGÉSIMO SEGUNDO. – Es cierto.

AL TRIGÉSIMO TERCERO. – Es parcialmente cierto. Revisado el expediente administrativo y el de la liquidación se encuentra que a la fecha el avalúo de todos los bienes de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, no está terminado, por lo que el apoderado de la parte actora no puede afirmar que el valor de los activos de la sociedad ya relacionada sea de QUINIENTOS SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/te (\$506.590.900).

El valor relacionado en el hecho, corresponde únicamente al avalúo de bienes muebles y enseres de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

AL TRIGÉSIMO CUARTO. – Es cierto.

AL TRIGÉSIMO QUINTO. – No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL TRIGÉSIMO SEXTO. – Es cierto.

AL TRIGÉSIMO SÉPTIMO. – Es cierto.

AL TRIGÉSIMO OCTAVO. – Al ser una cita de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL TRIGÉSIMO NOVENO. – Al ser una cita de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL CUADRAGÉSIMO. – No es cierto, durante los años 2012, 2013 y 2014 la Superintendencia de Sociedades realizo la vigilancia de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención y para los años 2015 y 2016, se iniciaron las investigaciones administrativas, se solicitó información, se recibieron testimonios, se sometió a control y posteriormente a reorganización, liquidación judicial y finalmente liquidación como medida de intervención.

Por lo anterior, lo manifestado por el apoderado de la parte actora carece de fundamentos de hecho.

AL CUADRAGÉSIMO PRIMERO. – Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no realizare ningún pronunciamiento al respecto.

AL CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. – 42.3., 42.4., 42.5., 42.6., 42.7., 42.8., 42.9. y 42.10. No es cierto, en cuanto a la Superintendencia de Sociedades, ya que revisados los expedientes administrativo y judicial, al igual las radicales que se han hecho en la entidad, se evidencia que no existieron solicitudes elevadas por la demandante a la Superintendencia de Sociedades solicitando información de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

AL CUADRAGÉSIMO TERCERO. – No es cierto. Tal como se manifestó en el hecho anterior, no existen solicitudes de información radicadas en la Superintendencia de Sociedades por parte de la demandante, por lo cual tampoco hay respuesta a las mismas.

En ese orden de ideas mal puede afirmar el apoderado de la parte actora que con base en las respuestas dadas a sus solicitudes se comprueba que la entidad que represento, avalo las actividades de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

AL CUADRAGÉSIMO CUARTO. – No es cierto, el apoderado está realizando apreciaciones subjetivas, carentes de prueba, ya que como se manifestó en hechos anteriores la Superintendencia de Sociedades realizó supervisión sobre la sociedad desde el año 2012, la que consiste en una fiscalización de carácter permanente por medio de la



Superintendencia de Sociedades respecto de la sociedad ya citada y mucho menos puede afirmar que mi defendida tenía conocimiento de las operaciones fraudulentas de la misma.

8.2. Es cierto, la Superintendencia de Sociedades en el año 2015 realizo una visita a la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención y concluyo de la misma, que las actividades de la sociedad no configuraban una captación masiva y habitual de recursos del público; sin embargo, se requirieron a los originadores de cartera de dicha sociedad, para que presentaran información respecto de las libranzas.

Para el año 2016 se realizó una nueva visita en cual se encontraron irregularidades en el manejo administrativo contable y financiero, por lo que se procedió a solicitar más información, y recibir testimonios, para que posteriormente el 7 de julio de 2016 se procediera por parte de esta superintendencia a someter a la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, al máximo grado de supervisión, esto es a control.

8.3. No es cierto, tal como ya se manifestó en el hecho anterior, para el año 2016, la Superintendencia de Sociedades sometió a control a la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

8.4. No es cierto, tal como se manifestó en los dos hechos anteriores, la Superintendencia de Sociedades no emitió concepto favorable alguno respecto de las actividades de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, contrario a ello realizo visitas, solicito información, adelanto tomas de información y posteriormente sometió a control a la sociedad ya relacionada, actuaciones éstas que corresponden a sus competencias, teniendo en cuenta que la supervisión es SUBJETIVA, como se indicará más adelante.

AL NOVENO. - Es parcialmente cierto; es cierto respecto del objeto de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, en cuanto a que el demandante haya hecho la indagación en la Cámara de Comercio, no me consta.

AL DÉCIMO. - No me consta, sin embargo es procedente manifestar que de acuerdo a los anexos de la demanda, se evidencia que el demandante si invirtió en la empresa Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, de manera libre y voluntaria.

AL DÉCIMO PRIMERO. - Es cierto.

11.1. Es cierto.

11.2. Es cierto.

AL DÉCIMO SEGUNDO. - Es cierto.

AL DÉCIMO TERCERO. - No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante.

13.1. No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante, al igual que el hecho no está redactado correctamente.

13.2. No me consta, revisados los anexos de la demanda, no se observa prueba del giro realizado por el demandante, al igual que el hecho no está redactado correctamente.

AL DÉCIMO CUARTO. - Es cierto.

AL DÉCIMO QUINTO. - Es cierto.

AL DÉCIMO SEXTO. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.



726
7

AL VIGÉSIMO SÉPTIMO. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL VIGÉSIMO OCTAVO. - Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no realizare ningún pronunciamiento al respecto.

AL VIGÉSIMO NOVENO. - No es cierto, la Superintendencia de Sociedades nunca conceptuó sobre si el negocio que ofrecía la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, se encontraba ajustado o no a normatividad colombiana.

30.1. Al ser una transcripción de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL TRIGÉSIMO. - No es un hecho sino una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora.

AL TRIGÉSIMO PRIMERO. - Tal como está redactado no es un hecho sino una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, la cual no se encuentra probada en el proceso.

AL TRIGÉSIMO SEGUNDO. - Es cierto.

AL TRIGÉSIMO TERCERO. - Es parcialmente cierto. Revisado el expediente administrativo y el de la liquidación se encuentra que a la fecha el avalúo de todos los bienes de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, no está terminado, por lo que el apoderado de la parte actora no puede afirmar que el valor de los activos de la sociedad ya relacionada sea de QUINIENTOS SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/te (\$506.590.900).

El valor relacionado en el hecho, corresponde únicamente al avalúo de bienes muebles y enseres de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

AL TRIGÉSIMO CUARTO. - Es cierto.

AL TRIGÉSIMO QUINTO. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL TRIGÉSIMO SEXTO. - Es cierto.

AL TRIGÉSIMO SÉPTIMO. - Es cierto.

AL TRIGÉSIMO OCTAVO. - Al ser una cita de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL TRIGÉSIMO NOVENO. - Al ser una cita de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL CUADRAGÉSIMO. - No es cierto, durante los años 2012, 2013 y 2014 la Superintendencia de Sociedades realizó la vigilancia de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención y para los años 2015 y 2016, se iniciaron las investigaciones administrativas, se solicitó información, se recibieron testimonios, se sometió a control y posteriormente a reorganización, liquidación judicial y finalmente liquidación como medida de intervención.

Por lo anterior, lo manifestado por el apoderado de la parte actora carece de fundamentos de hecho.

AL CUADRAGÉSIMO PRIMERO. - Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no realizare ningún pronunciamiento al respecto.

AL CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. - 42.3., 42.4., 42.5., 42.6., 42.7., 42.8., 42.9. y 42.10.



8
127

AL QUINTO. - No me consta, la negociación realizada por la demandante y Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, por lo que me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL SEXTO. - No me consta, revisados los anexos de la demanda, en los cuales se relacionan los contratos suscritos por el demandante con la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, no se evidencia cual era la rentabilidad ofrecida, por lo cual me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL SÉPTIMO, 7.1., 7.2., 7.3. y 7.4. - No me consta, por cuanto las actuaciones que se relacionan en este hecho, no son de mi defendida.

AL OCTAVO. - No es cierto, revisado el sistema de radicación de la Superintendencia de Sociedades, no se observa que el demandante haya allegado solicitud alguna solicitando información de la sociedad Elite Internacional Américas SAS.

8.13. No es cierto. El demandante no pudo establecer para la época en que realizo 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 afirmar que mi defendida tenía conocimiento de las operaciones fraudulentas de la misma.

8.14. Es cierto, la Superintendencia de Sociedades en el año 2015 realizo una visita a la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención y concluyo de la misma, que las actividades de la sociedad no configuraban una captación masiva y habitual de recursos del público; sin embargo, se requirieron a los originadores de cartera de dicha sociedad, para que presentaran información respecto de las libranzas.

Para el año 2016 se realizó una nueva visita en cual se encontraron irregularidades en el manejo administrativo contable y financiero, por lo que se procedió a solicitar más información, y recibir testimonios, para que posteriormente el 7 de julio de 2016 se procediera por parte de esta superintendencia a someter a la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, al máximo grado de supervisión, esto es a control.

8.15. No es cierto, tal como ya se manifestó en el hecho anterior, para el año 2016, la Superintendencia de Sociedades sometió a control a la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

8.16. No es cierto, tal como se manifestó en los dos hechos anteriores, la Superintendencia de Sociedades no emitió concepto favorable alguno respecto de las actividades de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, contrario a ello realizo visitas, solicito información, adelanto tomas de información y posteriormente sometió a control a la sociedad ya relacionada, actuaciones éstas que corresponden a sus competencias, teniendo en cuenta que la supervisión es SUBJETIVA, como se indicará más adelante.

AL NOVENO. - Es parcialmente cierto; es cierto respecto del objeto de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, en cuanto a que el demandante haya hecho la indagación en la Cámara de Comercio, no me consta.

AL DÉCIMO. - No me consta, sin embargo es procedente manifestar que de acuerdo a los anexos de la demanda, se evidencia que el demandante si invirtió en la empresa Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, de manera libre y voluntaria.

AL DÉCIMO PRIMERO. - Es cierto.

11.1. Es cierto.

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
liquidación judicial y finalmente intervención.

Así las cosas, no es cierto lo afirmado por el apoderado de la parte actora, en cuanto a que la Superintendencia de Sociedades no desplego ninguna acción eficiente.

AL 59. – 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 Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, defraudo a una gran cantidad de personas que creyeron e invirtieron en el negocio jurídico que les presentaron como compra venta de cartera.

AL 60. – Es cierto.

AL 61. - Es cierto. De acuerdo a la información que se tiene del proceso penal que se adelanta en la Fiscalía General de la Nación.

AL 62. - No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL 63. - Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no realizare ningún pronunciamiento al respecto.

AL 64. – No es cierto, la Superintendencia de Sociedades nunca conceptuó sobre si el negocio que ofrecía la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, se encontraba ajustado o no a normatividad colombiana.

AL30.1. Al ser una transcripción de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL 65. – No es un hecho sino una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora.

AL 66. – Tal como está redactado no es un hecho sino una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, la cual no se encuentra probada en el proceso.

AL 67. – Es cierto.

AL 68. – Es parcialmente cierto. Revisado el expediente administrativo y el de la liquidación se encuentra que a la fecha el avalúo de todos los bienes de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, no está terminado, por lo que el apoderado de la parte actora no puede afirmar que el valor de los activos de la sociedad ya relacionada sea de QUINIENTOS SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/te (\$506.590.900).

El valor relacionado en el hecho, corresponde únicamente al avalúo de bienes muebles y enseres de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención.

AL 69. – Es cierto.

AL 70. – No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL 71. – Es cierto.

AL 72. – Es cierto.

AL 73. – Al ser una cita de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL 74. – Al ser una cita de una norma, me atengo a lo que la misma establece.

AL 75. – No es cierto, durante los años 2012, 2013 y 2014 la Superintendencia de Sociedades realizo la vigilancia de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, en liquidación judicial como medida de intervención y para los años 2015 y 2016, se iniciaron

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMERICAS SAS**, permitiendo que se causaran perjuicios en el patrimonio económico de los demandantes; y como consecuencia, se les indemnice por el capital entregado.

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA

a. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

4.1.1. FUNCIONES DE SUPERVISIÓN

Las funciones administrativas de supervisión sobre las sociedades, empresas unipersonales de tipo comerciales y sucursales de sociedades extranjeras, 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 personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles."* la función de: *"(...) ejercer de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles (...)".*

Así, según el artículo 82 de la Ley 222 de 1995, el Presidente de la República ejerce, por conducto de esta entidad, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales. El Capítulo IX, de la Ley citada, define la competencia, atribuciones y funciones generales de la Superintendencia de Sociedades, en materia de supervisión y dispone cuáles son y cuándo se ejercen.

De manera complementaria, el Decreto 1023 de 2012 en su artículo séptimo contempla las funciones generales de la Superintendencia de Sociedades con base en el marco normativo que las ha consagrado, precisando, entre otras, *"(...) 4. Velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos; 5. Someter a control a cualquier sociedad comercial, sucursal de sociedad extranjera o empresa unipersonal no vigilada por otra Superintendencia, y ordenar los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico y administrativo de esa compañía; (...)".*

En ese orden, son tres los tipos de atribuciones asignadas a la Superintendencia de Sociedades, correspondientes a sendos niveles de supervisión, a saber: la inspección, la vigilancia y el control, conforme se define a continuación:

- A) La INSPECCIÓN consiste en la atribución para *"(...) solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, o sobre operaciones específicas de la misma. En desarrollo de esta atribución, la Superintendencia de Sociedades puede practicar investigaciones administrativas a esas sociedades"*. (Ley 222 de 1995, artículo 83).
- B) La VIGILANCIA consiste en la atribución *"(...) para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, que se encuentren incursas en las taxativas causales de vigilancia establecidas en las normas vigentes, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos. (...)"* (artículo 82 de la Ley 222 de 1995). El sometimiento a vigilancia puede ser determinado por el Presidente de la República o bien por el Superintendente de Sociedades cuando del análisis de las informaciones recabadas en ejercicio de las funciones de inspección establezca que una sociedad incurre en alguna de las irregularidades previstas en la ley, entre otras consideraciones establecidas en la mencionada disposición.
- C) El CONTROL, consiste en la atribución *"(...) para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad no vigilada por otra superintendencia, cuando así"*



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. (El subrayado es 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 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*

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".



ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
necesariamente se requiere que se materialicen objetivamente y de manera notoria los supuestos de captación no autorizada de dinero del público.

4.1.2.1. SUPERVISIÓN DE SOCIEDADES OPERADORAS DE LIBRANZA

4.1.2.1.1. 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.

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**¹³. 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 vigiladas.

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.

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.

¹³ Artículo 2°, 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*".

13
732

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

En este contexto, la SUPERVISIÓN ejercida por la Superintendencia de Sociedades sobre la entonces sociedad operadora de libranza ELITE INTERNACIONAL AMERICAN 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 trascrita. 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 AMERICAN 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.

4.1.2.1.2. 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:

- A) 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.
- B) 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.
- C) 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.

¹⁴ Disponible para consulta en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/ABC-Libranzas-v2.pdf>



14
733

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

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 2° 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 5° 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 manera¹⁵:

"(...) 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 incurra en una situación de cesación de pagos.

¹⁵ Artículo 7° del Decreto 4334 de 2008

15
734

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

B) 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 6° del Decreto Ley 4334 de 2008 antes citado.

4.1.3.1.1. 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 en razón de 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.

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 dado inicio a 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, 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 a adoptar la medida de toma de posesión y a la eventual consideración de su liquidación o no.

17
236

**ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
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*"¹⁶.

- l) 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 Republica, 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 derivan, el Consejo de Estado ha precisado¹⁷:

"(...) *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 Republica "ejercer la*

¹⁶ Sentencia del 26 de febrero de 2015, Expediente: 27544.

¹⁷ Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, tres (3) de octubre de dos mil doce (2012 i, Radicación numero: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984).



ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

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 si 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 lícita, 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 que¹⁹:

"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 danos 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.

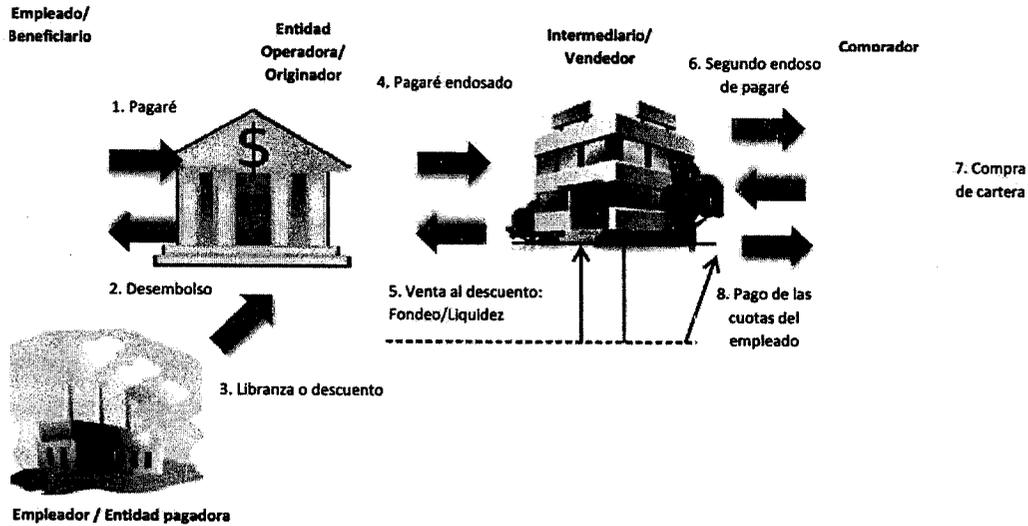
No obstante, la responsabilidad del Estado en tratándose de las funciones a su cargo en materia de inspección, vigilancia y control de las actividades desarrolladas por las sociedades comerciales, se circunscribe a realizar todas las gestiones y a adoptar todas las decisiones que el ordenamiento jurídico posibilita con el fin de encausar el quehacer de las

¹⁹ Ibidem.



ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

19
738



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 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 el 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 INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S. (NIT 900.437.991) y ALIANZAS EFECTIVAS S.A.S.



20
739

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
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 EIAS S.A., 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.

4.2.2. 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 AMERICAS 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 AMERICAS 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 AMERICAS**, 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



2X
740

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

| | | 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 Asesorías 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 número 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 INTERNACIONAL AMERICAS SAS.



28
741

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
(...) *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.

4.2.2.1.2. 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)

Ésta 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



285
742

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

| | | | | | |
|---------|---------------------------|---|------------|---------------|--|
| 5299596 | Ventas Administrativos | Capitalizaciones 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.

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

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.

4.2.2.2.1. 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



24
748

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

4.2.2.3.2. 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**



25
744

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

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.

4.2.3. 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**.

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

5.1. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

Sea lo primero advertir que el fundamento constitucional de la acción impetrada por el 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:



ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

En ese orden de ideas, la negociación realizada entre los demandantes y la sociedad, ELITE INTERNACIONAL AMERICAN SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, no se perfeccionó, ya que los demandantes solo se limitaron a la firma del endoso en el pagaré libranza sin exigir la entrega de mismo, 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, los demandantes no sólo ignoraron el acuerdo contractual firmado con la ELITE INTERNACIONAL AMERICAN SAS, 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 los demandantes, 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 AMERICAN 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 los ahora demandantes, 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 comercial, 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





27
746

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
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 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





28
747

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN
obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para
asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual²².

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"²³, 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 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 contrarrestarlo²⁴.

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 ciudadanía²⁵.

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)

²² 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.

²³ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

²⁴ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

²⁵ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.



29
248

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

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 CAJACOOP presentó a DANCOOP los balances y estados financieros a septiembre de 1997, que se evidenció un problema de illiquidez 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 CAJACOOP 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”.

6.2. 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 les causó a los demandantes, no es consecuencia directa de las acciones de mi defendida, sino de los actos de terceras personas a los que los demandantes les entregaron su confianza y libre y espontáneamente decidieron asumir los riesgos e invertir en el negocio que se les estaba ofreciendo por parte de ELITE INTERNACIONAL AMERICAN 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 los demandantes y de la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMERICAN SAS.

Los perjuicios reclamados, si son ciertos, no fueron ocasionados por esta Entidad, son atribuibles a los administradores de la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMERICAN SAS, ya que mediante operaciones encubiertas ejecutó 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 que se han llevado a cabo, 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 el demandante inversionista realizaba la operación de compraventa de créditos otorgados bajo la modalidad de libranza con ELITE INTERNACIONAL AMERICAN 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.





30

749

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

extremo, donde entre más incuria se demuestre en el afectado, más fácil se diluye la responsabilidad por parte del Estado³¹.

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 (...)*"³².

El máximo tribunal del control administrativo en reciente sentencia³³, 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 demandado³⁴. 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 Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados (...)*"³⁵.

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 Jimenez, demandada Empresas Públicas de Bucaramanga)

³¹ 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 arrojado 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).

³² 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.

³³ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 68001233100020080063701 (47846), nov. 27/17. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16235

³⁵ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Sentencia del 22 de junio de 2011.



31
250

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

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 **ANTI JURIDICO** 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. El resaltado es fuera del texto).

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 AMERICAN SAS**.

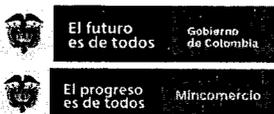
6.5. INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA FUNCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL

Frente al particular, 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 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.

6.6. 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 los demandantes se hayan hecho parte del proceso de liquidación judicial y en tal sentido han sido aceptados al mismo, motivo por el cual le han sido devueltos \$10.146.341,46 a cada uno. 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 AMERICAN SAS** en liquidación judicial y no la entidad que represento.

6.7. PETICIÓN ANTES DE TIEMPO E INTENCIÓN DE DOBLE RECONOCIMIENTO.





32
251

ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION

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 a el titular del Despacho y la Secretaría de los JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTA, SECCION TERCERA 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.

IX. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Secretaría de ese Despacho Judicial y en la Coordinación del Grupo de Defensa Judicial de la Superintendencia de Sociedades, ubicada en el Centro Administrativo Nacional –CAN- de Bogotá D. C. Avenida El Dorado No 51-80.

De igual forma se recibirán en los correos electrónicos notificacionesjudiciales@supersociedades.gov.co y gustavob@supersociedades.gov.co.

X. ANEXOS

Acompaño con este escrito los siguientes documentos:

- 1) Los relacionados en el acápite de pruebas.
- 2) Poder que me fuera conferido para actuar.
- 3) Certificación expedida por el Coordinador de Recursos Humanos, en la cual consta la vinculación de la Dra. Consuelo Merchán Vega como Coordinadora de Oficina de Defensa Judicial de esta Entidad.
- 4) Copia auténtica de la Resolución No. 100-003113 de 2019, contentiva de la delegación de funciones de la Superintendencia de Sociedades.

Cordialmente,

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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



sfc Superintendencia Financiera de Colombia

Radicación: 2018094081-021-000
Fecha: 2019-09-19 15:05 Sec.día 1338
Anexos: Si

Trámite: 132-DEMANDAS
Tipo doc: 324-324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA
Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS
Destinatario: ATM118949-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SECCION TERCERA

RECEBIDA SUPERINTENDENCIA

2019 SEP 20 PM 12 58

OFICINA DE APOYO
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

236003

73

Doctor
ALEJANDRO BONILLA ALDANA---

B928

Juez-
JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SECCION TERCERA
Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2018094081-021-000
Trámite : 132 DEMANDAS
Actividad : 324 324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA
Anexos : Anexos FÁsicos: CD

Referencia: **CONTESTACIÓN DEMANDA**
Medio de Control: **REPARACIÓN DIRECTA**
Radicado No. **2018-00417**
Demandante: **GLÁDYS ÉLVIRA DE LA ESPRIELLA GÓMEZ Y OTROS**
Demandados: **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTROS**

ANDREA DEL PILAR SÁNCHEZ CORTÉS, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C. identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.037.426 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 171.391 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, según poder que obra en el expediente, estando dentro del término legal procedo a dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** de la referencia en los siguientes términos:

1. IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

En los términos del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, comparece, como parte demandada la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que forma parte del sector central de la administración pública del orden nacional, con domicilio en Bogotá representada legalmente por el señor Superintendente Financiero Jorge Castaño Gutiérrez.

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
Conmutador: (571) 5 94 02 00 - 5 94 02 01
www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento es de todos

como se demostrará, en el presente caso se configura el hecho de un tercero y la culpa de quien se reputa víctima;

779

- Por tratarse de eventos en relación con los cuales se encuentran debidamente configuradas diversas causales que eximen de responsabilidad a la **Superintendencia Financiera de Colombia**.

En consecuencia, no habrá lugar a que la autoridad judicial acoja las pretensiones declarativas y de condena formuladas por los demandantes.

4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Con el fin de dar orden al presente escrito y evitando caer en la reiteración, consideramos pertinente señalar que en la contestación de los hechos se hará referencia a todos los demandantes, pues de la lectura de los fundamentos facticos, se puede concluir que su redacción es la misma y el único punto donde existe una variación es en lo atinente al número y valor de los contratos celebrados por cada uno de los accionantes, así como la forma de pago.

4.1. Señalan los **HECHOS 1) al 6)** de la demanda¹ que los accionantes fueron contactados por la fuerza comercial de la empresa ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN (en adelante ELITE S.A.S.) y se les explicó en qué consistía el sistema de inversión en libranzas y el papel de dicha sociedad en la operación, ofreciéndoles una rentabilidad equivalente al interés bancario corriente.

Frente a este grupo de hechos, considerando que se trata de circunstancias referidas a las condiciones pactadas por las partes en el contrato y al desarrollo del negocio en el cual esta Superintendencia no tuvo participación, **NO NOS CONSTAN** los hechos señalados por los demandantes.

4.2. En los **HECHOS 7) y 8)** de la demanda² se indica que los demandantes indagaron sobre la legalidad de la operación ante la SFC y la Superintendencia de Sociedades (en adelante SS) lo que les permitió establecer que estas entidades conocían de la operación de ELITE S.A.S., que habían realizado visitas, que dicha sociedad no era objeto de ninguna medida y que se trataba de una actividad no proscrita por la ley.

En lo que respecta a la SFC, debemos señalar que verificado el Sistema de Gestión Documental SOLIP que contiene los trámites adelantados por esta Entidad, no se encontró petición alguna formulada por parte de los demandantes respecto de los mismos hechos que se narran en la demanda, por lo que las manifestaciones contenidas en este hecho **NO SON CIERTAS**.

Con respecto a las demás afirmaciones, es decir las relacionadas con la SS, debemos indicar que no son de nuestro resorte, por lo tanto, **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas por los accionantes a lo largo del proceso.

4.3. Respecto del **HECHO 9)**³ **NO NOS CONSTA** que los demandantes hayan adelantado algún tipo de indagación ante la Cámara de Comercio con el fin de averiguar el objeto social registrado por ELITE S.A.S., por lo que nos atenemos al contenido del certificado de existencia y representación legal de dicha compañía, aportado como prueba por la parte demandante.

¹ Corresponden a los hechos 1, 2, 4, 5, 6 y 7 relacionados con la señora Catalina Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración.

² Corresponden a los hechos 8 y 9 relacionados con la señora Catalina Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración.

³ Corresponde al hecho 10 relacionado con la señora Catalina Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración.

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.

Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01

www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento
es de todos

Emprendimiento

4.9. En relación con lo señalado en los **HECHOS 20) y 21)**⁹ relativos al proceso de liquidación y el reconocimiento de sus acreencias en el mismo, **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no hizo parte de dicho proceso, por tanto, nos atenemos a lo que se pruebe dentro de la presente acción.

4.10. Respecto a los **HECHOS 22) y 23)**¹⁰ en los que indican que la SFC y la SS conocieron a plenitud el modelo de negocio de ELITE S.A.S. y no desplegaron ninguna acción para evitar que continuara en operación, son meras apreciaciones subjetivas que los demandantes deben probar en el proceso, pues dan a entender una realidad totalmente distorsionada y amañada del asunto, que **NO ES CIERTA**.

Desde ya y con ocasión de lo aducido, debemos indicar que la SFC realizó 2 vistas a la sociedad ELITE S.A.S., sin que para el momento de su desarrollo se evidenciaran hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público, tal y como se explicará más adelante.

Respecto a las manifestaciones relacionadas con la SS, es de precisar que las mismas se refieren a otra autoridad y no son de nuestro resorte, por lo tanto, **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas por los demandantes.

4.11. Frente al **HECHO 24)**¹¹ en el cual afirman que la empresa ELITE S.A.S. defraudó a más de 6000 personas bajo su modalidad de negocio, debemos señalar que **NO NOS CONSTA**, pues dicha afirmación corresponde a una apreciación subjetiva de los accionantes que deberá ser probada dentro de la presente acción. Por lo que nos atenemos a lo que se pruebe.

4.12. En cuanto a los **HECHOS 25) al 27)**¹², los cuales se refieren a la imputación de cargos realizada por la Fiscalía General de la Nación a los directivos de ELITE S.A.S. por captación ilegal y que la base de dichas acusaciones fue la celebración de más de 20 contratos para la compra de libranzas, dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no es parte del citado proceso, por ello nos atenemos a lo que se pruebe en la presente acción.

4.13. Los **HECHOS 28) y 29)**¹³ según los cuales, los demandantes se involucraron en el proceso comercial ofrecido por ELITE S.A.S. por la información brindada por la SFC y la SS, **NO NOS CONSTAN**, sin embargo, podríamos desde ya señalar que no es cierto pues está visto que no hicieron ninguna indagación en lo que respecta a esta Superintendencia, tal como se puso de presente con anterioridad.

4.14. En relación con los **HECHOS 30.1), 38) y 39)**¹⁴, en los cuales se cita el Decreto 3227 de 1982, el artículo 2 del Decreto 4334 de 2008 y se indica que la competencia para suspender operaciones de captación o recaudos no autorizados está en cabeza de la SS de oficio sin perjuicio de las solicitudes que la SFC realice, nos atenemos al tenor literal de dichas normas.

4.15. Los **HECHOS 30) al 35), 40) y 41)**¹⁵, se refieren al número de operaciones celebradas por ELITE S.A.S., el valor de la totalidad de las mismas, las ofertas realizadas al público para la suscripción de dichos contratos y la afirmación según la cual la SFC y la SS no realizaron ninguna medida para detener el

⁹ Corresponde a los hechos 55 y 56 relacionados con la señora Valentina María Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración de los mismos.

¹⁰ Corresponde a los hechos 57 y 58 relacionados con la señora Valentina María Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración de los mismos.

¹¹ Corresponde al hecho 59 relacionado con la señora Valentina María Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración.

¹² Corresponde a los hechos 60, 61 y 62 relacionados con la señora Valentina María Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración de los mismos.

¹³ Corresponde a los hechos 63 y 64 relacionados con la señora Valentina María Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración de los mismos.

¹⁴ Corresponde a los hechos 30.1, 73 y 74 relacionados con la señora Valentina María Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración de los mismos.

¹⁵ Corresponde a los hechos 65, 66, 67, 68, 69, 70, 75 y 76 relacionados con la señora Valentina María Román de la Espriella, toda vez que existe un error en la numeración de los mismos.

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.

Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01

www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento es de todos

Minhacienda

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

de 20 contratos para venta de libranzas en un periodo de tres meses y que dichas autoridades avalaron el desarrollo de las actividades de la mencionada sociedad, **NO SON CIERTOS**, pues como indicamos con anterioridad los accionantes no realizaron ninguna actividad investigativa frente a la SFC para determinar la legalidad de la actividad desarrollada por ELITE S.A.S.

Las afirmaciones realizadas son meras apreciaciones subjetivas que los demandantes deben probar en el proceso, pues dan a entender una realidad totalmente distorsionada y amañada del asunto, que **NO ES CIERTA**.

Desde ya y con ocasión de lo aducido, debemos indicar que la SFC realizó 2 vistas a la sociedad ELITE S.A.S., en los periodos del 13 al 17 de febrero de 2012 y del 4 al 7 de junio de 2013.

La primera de las cuales concluyó que "(...) las actividades de compra y venta de cartera que tiene implementadas la sociedad en virtud del modelo de negocio expuesto en el presente informe NO configuran actividades de captación o recaudo no autorizado de dineros al tenor de lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988".

La segunda culminó indicando que del resultado del estudio de los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2012 no se evidenciaron las circunstancias descritas en los numerales primero y segundo del artículo 1 del Decreto 1981 de 1988 ni hechos notorios, tales como recaudos masivos de dinero, filas en las instalaciones de la sociedad o cualquier otro que permitiera inferir que la sociedad visitada estuviera recibiendo recursos del público.

De lo expuesto se desprende con total claridad que lo afirmado por los demandantes en este hecho, como se dijo atrás no es más que simples juicios de valor por completo ajenos a la realidad de las actuaciones adelantadas por la SFC, como bien puede observarse de las pruebas documentales que se aportan con este escrito.

Así las cosas, me opongo de plano a cualquier imputación de responsabilidad que se predique respecto de la SFC en los términos que a continuación se presentaran.

5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEFENSA.

5.1. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El concepto de responsabilidad va encaminado a garantizar la protección de los habitantes miembros de un Estado, ya sea nacionales o extranjeros, en el entendido que es el Estado el obligado a reparar civilmente a los administrados por los daños que resultan derivados de una conducta que le sea imputable ya sea por acción o bien por omisión, situación ésta que fue expresamente consignada en la Constitución Política de 1991, pues en el artículo 90 de la Carta se prevé dicho principio así:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la 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, aquel deberá repetir contra éste."

Respecto de lo anterior, varios han sido los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los que se ha referido al concepto de responsabilidad tanto contractual como extracontractual del



como omitido, o incumplido, con el objeto de establecer si en efecto, la Administración incurrió en omisión o dilación en el cumplimiento del deber y si ésta fue determinante en la producción del daño.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que la actividad de la Superintendencia Financiera tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero y del mercado de valores por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado²².

"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 los establecimientos financieros y a vigilar y controlar dicha actividad, pero no a co-gestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero.' 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. (Negritas fuera de texto).

5.1.3. Nexo de causalidad.

La relación de causalidad, en términos generales, se puede entender como el vínculo entre un antecedente y una consecuencia, y se contrae al estudio de los diferentes títulos de imputación que permiten establecer si la responsabilidad es o no atribuible a la administración.

Este nexo de causalidad se puede romper cuando opera una causa extraña, esto sucede cuando el daño no es imputable a la autoridad administrativa. Como causas extrañas se conocen el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

Respecto de la culpa exclusiva de la víctima, ha de señalarse que el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente al respecto:

"(...) 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 proviene 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 en el 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 demandando porque

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. 13 de abril de 2016. Radicado 1999-00015 (35354). Velásquez Rico, Marta Nubia.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En este sentido, los demandantes pretenden que el daño que alegan como antijurídico y que se reclama sea identificado como la pérdida de los dineros que aquellos aducen haber entregado a la sociedad ELITE S.A.S., sin embargo, con las pruebas aportadas con la demanda, no es posible establecer que aquellos hayan entregado a dicha sociedad la totalidad del dinero que reclaman.

Esta situación conlleva ineludiblemente a concluir que no existe completa certeza sobre la entrega del dinero, la fecha de la misma, el monto, la suscripción de la totalidad de los contratos, la preexistencia de los recursos, así como las demás circunstancias alegadas en el libelo introductorio y que los accionantes están en la obligación de probar de cara a los perjuicios que reclaman en la demanda interpuesta. Por lo expuesto, es claro que tampoco hay convencimiento respecto del daño fundamento de la acción de la referencia, pues se reitera no lo hay respecto de la pérdida patrimonial que alegan haber sufrido.

Entonces, como quiera que en la demanda los demandantes reclaman una indemnización derivada de la pérdida de los dineros que según afirman "invertieron" en ELITE S.A.S. y que de los medios de prueba aportados por aquellos, no es posible predicar la existencia del daño por la totalidad de la pérdida que refieren, lo procedente será tener por no probadas las pretensiones de la demanda ante la inexistencia de un daño cierto y en consecuencia, habrá de proferirse un fallo desestimatorio de las mismas.

Ahora bien, en el remoto caso de que el Despacho considere que efectivamente existe un daño a los intereses de los accionantes originado en la supuesta entrega de dinero a ELITE S.A.S., resulta importante traer a colación los criterios que ha señalado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo con relación al daño **antijurídico** como fuente de reparación:

*"A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables". lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definición normativa del concepto de daño antijurídico. Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como **"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho" o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.***

Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber:

La primera: no todos los daños que causa el Estado 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. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 20 de la Constitución) sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 10 y 13 de la Carta).

Ahora bien, esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que "superan la normal tolerancia" o que impiden el goce normal y adecuado del derecho. Específicamente en cuanto a la razonabilidad de la limitación del derecho a la propiedad y al límite de la obligación del titular a soportar dicha restricción en el ejercicio de su derecho, para efectos de establecer el deber de los particulares de reparar los daños, la doctrina Argentina ha dicho lo siguiente: (...)



6.2.1. La sociedad ELITE S.A.S. no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia.

Debe llamarse preliminarmente la atención en el hecho de que la citada sociedad no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia, ya que las entidades y actividades respecto de las que se ejercen dichas funciones corresponden a las previstas en el numeral 2 del artículo 325 del EOSF, en el numeral primero del párrafo tercero del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, así como en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 102 de la Ley 795 de 2003.

Entonces, los interesados en desarrollar actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público deben estar bajo vigilancia de esta Superintendencia, para lo cual deben constituirse como lo establece el artículo 53 y siguientes del EOSF, en la forma y términos instruidos en la Parte Primera, Título Primero, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica, en los cuales, entre otras cosas, se establece que dichas entidades deberán obtener previamente el certificado de autorización respectivo el cual será otorgado por esta Superintendencia, circunstancia que en el presente asunto jamás ocurrió.

6.2.2. Actuación diligente y proba de la SFC respecto de la sociedad ELITE S.A.S. a pesar de no ser una entidad vigilada, en aras a establecer una posible situación de captación ilegal de dineros del público. Inexistencia de omisión imputable a este Organismo de Control y Vigilancia.

Aunque la citada sociedad no está ni ha estado sometida a la vigilancia de la SFC, esta autoridad **realizó dos visitas de inspección a ELITE S.A.S.**, las cuales fueron ordenadas a través de los oficios radicados 2012010530-001 del 10 de febrero de 2012 y 2013047650-001 del 31 de mayo de 2013, llevadas a cabo del 13 al 17 de febrero de 2012 y del 4 al 7 de junio de 2013, respectivamente.

La primera, según señalan los antecedentes del informe del 30 de mayo de 2012, se derivó "(...) de información contenida en el correo electrónico del 11 de enero de 2012 remitido por la Superintendente Delegada para Emisores, Portafolios de Inversión y otros Agentes al Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la Actividad Financiera, en el que se relaciona la actividad económica desarrollada por la sociedad Elite International Américas, la cual promociona productos de inversión en activos no correlacionados con el mercado financiero, a efecto de proteger los recursos a las volatilidades comunes del mercado de valores y generar excelentes rentabilidades a un riesgo muy bajo. Una de las alternativas de inversión es la compra de títulos pagares libranza de las FFMM a descuento".

Dicha visita concluyó que "(...) las actividades de compra y venta de cartera que tiene implementadas la sociedad en virtud del modelo de negocio expuesto en el presente informe, NO configuran actividades de captación o recaudo no autorizado de dineros al tenor de lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988".

La segunda visita se motivó en comunicaciones²⁶ recibidas de particulares dirigidos a esta Superintendencia y en las que se señalaba el ofrecimiento de pagarés-libranza con renta fija mensual por parte de ELITE S.A.S.

²⁶

| Numero de radicado inicial | Fecha | Radicado de respuesta final | Fecha |
|----------------------------|------------|-----------------------------|------------|
| 2012038501-000 | 16-05-2012 | 2012038501-002 | 05-06-2012 |
| 2012038133-000 | 15-05-2012 | 2012039955-002 | 05-06-2012 |
| 2012074968-000 | 29-08-2012 | 2012074968-002 | 10-09-2012 |
| 2012078419-000 | 10-09-2012 | 2012078419-001 | 24-09-2012 |



8
780

Conforme a lo expuesto, esta autoridad realizó visitas de inspección sin encontrar hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público, y en atención a que se trataba de una sociedad sometida a vigilancia de un organismo distinto a esta Superintendencia, se remitió la actuación a la autoridad respectiva perdiendo competencia y derivando ello en una indefectible falta de legitimación por pasiva.

Por otro lado, teniendo en cuenta que en las citadas visitas se evidenció que ELITE S.A.S. realizaba operaciones como la compra de los pagarés-libranza con las cooperativas COOINVERCOR y COOCREDIMED, la SFC decidió realizar visita de inspección a las mismas con el fin de establecer si estaban realizando operaciones de captación o recaudo no autorizado de dineros, como se explicará:

- Se realizó visita a COOINVERCOR ordenada en el oficio 2013081463-001 del 17 de septiembre de 2013, la cual consta en informe de inspección No. 113000824201300305, donde se indica que "(...) las actividades desarrolladas por (...) COOINVERCOR (...) a la fecha de la visita objeto del presente informe no configuran 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".
- Cabe señalar que de acuerdo con lo ordenado mediante oficio No. 2013081431-001 del 17 de septiembre de 2013 la SFC también realizó visita a COOCREDIMED, los resultados de dicha actuación se encuentran en el informe número 113000823201300303, en donde consta que "(...) no se configuraron de manera objetiva los supuestos de captación o recaudo no autorizado de dineros del público que alude el Decreto 1981 de 1988 y el Decreto 4334 de 2008." En ese orden, de los hallazgos de dicha visita se dio traslado a la SES con oficio No. 2013081431-016 del 27 de febrero de 2014 para lo de su competencia.

En vista de todo lo expuesto, los informes de las visitas realizadas por la SFC a COOINVERCOR y a COOCREDIMED, fueron puestos en conocimiento de la SS y de la SES por considerar que exponen hechos que podían recaer en el ámbito de su competencia, mediante radicados 2013047650-008 y 009 del 16 de julio de 2014, perdiendo de esta forma competencia.

Lo anterior demuestra que el supuesto comportamiento omisivo que se imputa a la SFC no se presentó, fruto de ello la ardua labor realizada por este ente de control en relación con ELITE S.A.S., en los términos señalados en este acápite.

6.3. NINGUNA AUTORIDAD DEL ESTADO PODRÁ EJERCER FUNCIONES DISTINTAS DE LAS QUE LE ATRIBUYEN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY.

Como ya se señaló, se acude al medio de control de reparación directa, para reclamar, solidariamente de las entidades demandadas una indemnización económica, frente a una presunta responsabilidad extracontractual del Estado, por supuestamente haber incumplido el deber de vigilar, controlar e inspeccionar el funcionamiento de la sociedad ELITE S.A.S., a la cual supuestamente le entregaron sumas de dinero con el fin de comprar títulos valores, lo cual en su sentir les habilita para reclamar perjuicios materiales por la presunta omisión en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008.

Téngase en cuenta que si desde la misma Constitución Política (artículos 6 y 121) se establece que las autoridades públicas, tal es el caso de mi representada, no pueden ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley, la pretendida responsabilidad que se quiere trasladar en forma solidaria a las demandadas, bajo el argumento de un supuesto incumplimiento de las mismas, deberá analizarse, considerando, además, las limitaciones impuestas en el referido mandato constitucional.



posibilidad de endilgar omisión o incumplimiento de función alguna en cabeza de mi prohijada que derive en la posibilidad de estudiar un resarcimiento de los accionantes a su cargo.

7. EXCEPCIONES.

7.1. EXCEPCIONES PREVIAS.

7.1.1. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable en los procesos que se ventilan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por expresa disposición del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorpora en su numeral 8° la excepción titulada "Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto".

Sobre esta excepción el Consejo de Estado precisó que con la misma se pretende garantizar el principio de seguridad jurídica para procurar certeza en las decisiones judiciales que diriman las controversias que se suscitan entre la comunicad y con ello alcanzar su correspondiente eficacia, lo cual redundaría en el cumplimiento de los fines que orientan la actividad judicial de celeridad, eficiencia y economía procesal, teniendo en cuenta que el fin de un proceso es emitir una decisión de fondo, vinculante y que haga tránsito a cosa juzgada sobre un determinado conjunto de hechos puestos a consideración por las partes, por lo tanto surge la necesidad de la singularidad en los litigios, en el sentido que sobre una controversia no pueden adelantarse varios procesos y así la parte accionante debe atenerse a lo resuelto en el más antiguo de ellos.

Así las cosas, se evita que de forma coetánea se tramiten dos o más procesos con idénticas pretensiones, causa petendi y partes, y se imposibilita que se profieran decisiones eventualmente contradictorias. En este sentido, dicha Corporación ha decantado los presupuestos para la configuración de esta excepción, a saber:

"a. Que exista otro proceso en curso: es necesario este supuesto para la configuración de la excepción de pleito pendiente porque en caso de que el otro no esté en curso sino terminado y se presentaran los demás supuestos, no se configuraría dicha excepción sino la de cosa juzgada.

b. Que las pretensiones sean idénticas: las pretensiones de los dos procesos frente a los cuales se pretenda formular la excepción de pleito pendiente deben ser las mismas para que la decisión de una de las pretensiones produzca la cosa juzgada en el otro, porque en caso contrario, es decir en el evento en que las pretensiones no sean las mismas, los efectos de la decisión de uno de esos procesos serían diferentes pues no habría cosa juzgada y por lo tanto no habría lugar a detener el trámite de uno de los procesos.

c. Que las partes sean las mismas: es evidente que para la prosperidad de la excepción de pleito pendiente debe existir identidad en las partes tanto en uno como en otro proceso, porque de lo contrario las partes entre sí no tendrían pendiente pleito y además tampoco se configuraría la cosa juzgada toda vez que la decisión en un proceso conformado por partes diferentes respecto de otro proceso, no incidiría frente a la del último.

d. Que los procesos estén fundamentados en los mismos hechos: si este requisito se estructura en la identidad de causa petendi se refiere de modo que ella 'no es lo que permite al juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse'²⁹.

En desarrollo de lo anterior, existe un presupuesto fundamental para adelantar el estudio de esta excepción, y es que exista un proceso en curso, es decir, que no haya finalizado y que sobre este no haya operado la cosa juzgada. Cumplido este presupuesto, procede analizar los tres restantes: que las

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", auto del 13 de noviembre de 2008. Expediente nro. 25000-23-26-000-1998-01148-01. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ofrecidos por la comercializadora a razón de 21% anual y los intereses bancario corrientes causados y certificados por la superintendencia financiera de Colombia.

- **Que las partes sean las mismas:** al compararse los dos escritos de demanda tenemos que las partes son idénticas, es decir, que tanto en el presente proceso como en el que cursa en el juzgado 63 Administrativo de Bogotá bajo el radicado 2018-00448 tenemos las siguientes partes:

DEMANDANTES:

- ✓ Gladys Elvira de la Espriella Gómez identificada con C.C. No. 30.726.078.
- ✓ Mario Esteban Román de la Espriella identificado con C.C. No. 1.020.717.775.
- ✓ Catalina Román de la Espriella identificada con C.C. No. 52.967.866.
- ✓ Valentina maría Román de la Espriella identificada con C.C. No. 1.020.768.485.

DEMANDADOS:

- ✓ Superintendencia Financiera de Colombia.
 - ✓ Superintendencia de Sociedades.
 - ✓ Elite Internacional Américas S.A.S.
- **Que los procesos estén fundamentados en los mismos hechos:** Una vez revisados los hechos de cada escrito de demanda se evidencia que corresponden a los mismos, en donde los demandantes narran como incurrieron en una presunta pérdida patrimonial al realizar diferentes negocios con Elite Internacional Américas. A manera de ejemplo se transcriben algunos hechos relacionados con la supuesta entrega de dinero y los contratos suscritos, y como se evidenciará en uno y otro expediente existe una total identidad de dichos supuestos fácticos:

| Reparación directa No. 2018-00417 Juzgado 60 Administrativo de Bogotá | Reparación directa No. 2018-00448 Juzgado 63 Administrativo de Bogotá |
|--|--|
| <u>Hechos de la señora Gladys Elvira de la Espriella Gómez:</u> "11. Mi poderdante suscribió (2) dos contratos de compraventa de cartera persona natural con el propósito de adquirir cierto número de pagarés libranzas. Tales contratos fueron los siguientes: 11.1. Contrato de compraventa de cartera persona natural para la adquisición de libranzas No. L20141014-21 de fecha 29 de septiembre de 2014, por la suma de (\$150.016.692). 11.2. Contrato de compraventa de cartera persona natural para la adquisición de libranzas No. L20150107-02 de fecha 26 de enero de 2014, por la suma de (\$35.956.778). 12. En total mi poderdante le giró a la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (185.973.470). 14. Mi poderdante recibió por parte de la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN | <u>Hechos de la señora Gladys Elvira de la Espriella Gómez:</u> "11. Mi poderdante suscribió (2) dos contratos de compraventa de cartera persona natural con el propósito de adquirir cierto número de pagarés libranzas. Tales contratos fueron los siguientes: 11.1. Contrato de compraventa de cartera persona natural para la adquisición de libranzas No. L20141014-21 de fecha 29 de septiembre de 2014, por la suma de (\$150.016.692). 11.2. Contrato de compraventa de cartera persona natural para la adquisición de libranzas No. L20150107-02 de fecha 26 de enero de 2014, por la suma de (\$35.956.778). 12. En total mi poderdante le giró a la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (185.973.470). 14. Mi poderdante recibió por parte de la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN |

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01
www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento
es de todos

Ministerio de
Economía

10
782

11
283

| | |
|---|---|
| <p>135 de fecha 21 de diciembre de 2015, por la suma de (\$120.025.712).</p> <p>13. En total mi poderdante le giró a la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, la suma CIENTO VEINTE MILLONES VEINTICINCO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$120.025.712).</p> <p>14. Mi poderdante recibió por parte de la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN la suma DIEZ MILLONES QUINIETOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$10.582.459) por concepto de las supuestas amortizaciones de las libranzas por él adquiridas.</p> <p>15. Con lo anterior le quedaron adeudando la suma de CIENTO VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESO M/CTE (\$109.443.253) (sic). (...)"</p> | <p>135 de fecha 21 de diciembre de 2015, por la suma de (\$120.025.712).</p> <p>12. En total mi poderdante le giró a la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, la suma CIENTO VEINTE MILLONES VEINTICINCO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$120.025.712).</p> <p>14. Mi poderdante recibió por parte de la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN la suma DIEZ MILLONES QUINIETOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$10.582.459) por concepto de las supuestas amortizaciones de las libranzas por él adquiridas.</p> <p>15. Con lo anterior le quedaron adeudando la suma de CIENTO VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESO M/CTE (\$109.443.253) (sic). (...)"</p> |
| <p><u>Hechos de la señora Valentina María Román de la Espriella:</u></p> <p>"11. Mi poderdante suscribió (1) un contrato de compraventa de cartera persona natural con el propósito de adquirir cierto número de pagarés libranzas. Tal contrato fue el siguiente:</p> <p>11.1. Contrato de compraventa de cartera persona natural para la adquisición de libranzas No. L20141022-13 de fecha 29 de septiembre de 2014, por la suma de (\$149.946.340).</p> <p>12. En total mi poderdante le giró a la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, la suma de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$149.946.340).</p> <p>49. Mi poderdante recibió por parte de la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN la suma TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$36.940.372) por concepto de las supuestas amortizaciones de las libranzas por él adquiridas.</p> <p>50. Con lo anterior le quedaron adeudando la suma de CIENTO TRECE MILLONES CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$113.005.968). (...)"</p> | <p><u>Hechos de la señora Valentina María Román de la Espriella:</u></p> <p>"11. Mi poderdante suscribió (1) un contrato de compraventa de cartera persona natural con el propósito de adquirir cierto número de pagarés libranzas. Tal contrato fue el siguiente:</p> <p>11.1. Contrato de compraventa de cartera persona natural para la adquisición de libranzas No. L20141022-13 de fecha 29 de septiembre de 2014, por la suma de (\$149.946.340).</p> <p>12. En total mi poderdante le giró a la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, la suma de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$149.946.340).</p> <p>49. Mi poderdante recibió por parte de la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN la suma TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$36.940.372) por concepto de las supuestas amortizaciones de las libranzas por él adquiridas.</p> <p>50. Con lo anterior le quedaron adeudando la suma de CIENTO TRECE MILLONES CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$113.005.968). (...)"</p> |

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que para el presente caso es clara la configuración y concurrencia de todos los presupuestos de existencia de un pleito pendiente, lo procedente es dar por terminado el proceso con el objeto de precaver juicios paralelos sobre los mismos hechos e identidad de objeto, que conduzca a eventuales fallos contradictorios.

12
284

7.1.3. Caducidad.

El artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, define el medio de control de reparación directa así:

“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los Agentes del Estado (...).”

De otro lado el artículo 169 *ejusdem* dispone lo siguiente:

“ARTICULO 169. RECHAZO DE LA DEMANDA. *Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:*

1. Cuando hubiere operado la caducidad (...). (Negrillas fuera de texto original)

Adicionalmente el artículo 164 (ibídem) prevé los términos para intentar los diferentes medios de control. Así, el literal i), del numeral 2 del citado artículo, en lo que a la reparación directa se refiere, dispone que la demanda deberá ser presentada *“(...) dentro del término de dos años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”*.

Ahora bien, respecto del conteo del término de caducidad del medio de control de reparación directa para los casos donde se aduce la existencia de un perjuicio originado por la acción u omisión de la SFC, el Consejo de Estado ha señalado:

“8.- Para la determinación del momento a partir del cual debe iniciar el conteo del término de caducidad, es necesario hacer un análisis de la causa petendi, con el objeto de definir, a partir de los hechos y pretensiones de la demanda, el momento en el que ocurre la acción u omisión causante del daño.

9.- En el presente asunto, la demanda consiste en la reparación de los perjuicios causados como consecuencia de la omisión por parte de la Superintendencia Financiera en el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, en la medida en que no adoptó las medidas necesarias y oportunas para evitar que en el manejo de la sociedad Torres Cortés S.A. se presentaran situaciones de orden contable y corporativo, que terminaron en la toma de posesión y posterior liquidación de la sociedad comisionista.

10.- En este sentido la Sala considera que, tal como lo expresó el Tribunal, el término de caducidad debe empezar a contarse a partir del día siguiente a la expedición de la Resolución No. 312 del 19 de febrero de 2013, mediante la cual se dispuso tomar posesión de la sociedad Torres Cortés S.A. para proceder a su liquidación, pues a partir de este momento cesó la omisión que se le imputa a la entidad demandada, y la demandante no acreditó que hubiera tenido conocimiento de la cesación de la omisión en un momento posterior a su ocurrencia.

11.- Esta Sala considera que no le asiste razón al demandante cuando afirma que el término de caducidad debe contarse a partir del día siguiente a la fecha en la que se registró la resolución que ordenó declarar terminada la existencia y representación legal de la sociedad Torres Cortés S.A. y puso fin al proceso de liquidación.

12.- Lo anterior, toda vez que la causa del daño afirmada en la demanda no corresponde a acciones tomadas por la Superintendencia Financiera en este trámite, sino a la omisión en la adopción oportuna de medidas



Así las cosas, como quiera que en el asunto de ciernes se dilucida lo atinente a un presunto incumplimiento de un contrato celebrado entre los demandantes y la sociedad ELITE S.A.S., en el cual el contratista al parecer se obligó a devolver dentro de un término la suma de dinero entregada por los contratantes, negocio jurídico en el que nada tuvo que ver mi representada, se debe concluir que dicha controversia escapa a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y es de exclusivo resorte del derecho privado.

Lo anterior con sustento en el presupuesto normativo de la libertad negocial de los contratantes, según el cual la parte que cumple está facultada para acudir al juez del contrato y requerir al deudor incumplido la ejecución de la prestación que se encuentra a su cargo o bien la resolución del contrato si a ello hubiere lugar, según su libre opción, tal y como lo señala el artículo 870 del Código de Comercio.

Y, precisamente, por tratarse de un tema de origen contractual entre dos particulares es que, como se dijo atrás, los demandantes acudieron al escenario de la liquidación de ELITE S.A.S. para intentar recuperar los recursos que supuestamente le entregaron a dicha sociedad, lo cual pone de presente que, incluso para ellas es evidente que la persona a la cual se le debe exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas es a ELITE S.A.S. y no a esta Superintendencia.

7.1.5. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

En el presente asunto, pese a la extraña redacción de la demanda, pareciera que los demandantes realizaron un señalamiento frente a la SFC, al considerar que la misma fue omisiva respecto de sus funciones al no evidenciar la captación ilegal de dineros del público por parte de ELITE S.A.S., en esta medida se busca que se declare administrativamente responsable a esta Superintendencia por los supuestos daños y perjuicios ocasionados a los señores Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella por parte de ELITE S.A.S.

Sobre el particular, debe llamarse la atención una vez más, del hecho que ELITE S.A.S no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia, no obstante lo anterior, de conformidad con las facultades de supervisión conferidas en el literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF y del literal a) del numeral 4 del artículo 326 del mismo estatuto, en los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 y en el artículo 11.2.1.3.2. del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008 y en el Decreto 1981 de 1988, se efectuaron las visitas de inspección relacionadas con detalle en el numeral 7.2 de este escrito.

Vale la pena destacar que, como se indicó atrás, finalizada la segunda visita a ELITE S.A.S., esto es, la realizada entre el 4 y 7 de junio de 2013 ampliada entre el 13 y 18 de diciembre de 2013, la SFC remitió para los fines de su competencia, de conformidad con lo normado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 4334 de 2008³³, la información recogida en las visitas efectuadas a la sociedad ELITE S.A.S a la SS, el 16 de julio de 2014.

Conforme a lo expuesto, y pese a que ELITE S.A.S. no está ni ha estado sometida a la inspección, vigilancia y control de la SFC, esta autoridad realizó visitas de inspección sin encontrar hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público, y en atención a que se trataba de

³³ ARTICULO 4. COMPETENCIA. -La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera será la autoridad administrativa competente, de manera privativa para adelantar la intervención administrativa a que alude este decreto.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

14
286

Superintendencia y en las que se señalaba el ofrecimiento de pagarés-libranza con renta fija mensual por parte de ELITE S.A.S.

En esta última, se evidenciaron las siguientes situaciones respecto de ELITE S.A.S.:

- La sociedad objeto de la inspección es una empresa dedicada a la negociación de activos financieros, cuyo modelo de negocio era la compra de títulos valores de contenido crediticio representados en pagarés-libranza originados por diferentes Cooperativas y la enajenación de tales títulos, suscritos por funcionarios vinculados a las pagadurías de diversas entidades, como el Ministerio de Defensa, Armada Nacional, Fuerza Aérea, Policía Nacional, Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP), Fondo de Pensiones de la Policía Nacional (CAGEN), Gobernaciones, Alcaldías y Secretarías de Educación.
- Para llevar a cabo esta operación, ELITE S.A.S. y las cooperativas instrumentaron un documento denominado "CONTRATO DE COMPRAVENTA DE CARTERA", cuyo objeto fue la adquisición de cartera contenida en PAGARÉS-LIBRANZA, los cuales eran endosados en propiedad y con responsabilidad, entregados real y materialmente a dicha sociedad.
- Para el desarrollo de su actividad comercial, la sociedad ELITE S.A.S. apalancaba sus operaciones con recursos propios derivados de su capital pagado, utilidades y excedentes acumulados de periodos anteriores, que al 31 de agosto de 2013 equivalían a la suma de \$4.205.878 (miles).
- Las pruebas efectuadas a las negociaciones de compra venta de "pagares-libranza", establecieron una semejanza entre las compras de tales títulos efectuadas a los operadores y la venta y asignación de los mismos a los inversionistas, con retorno de la inversión a través del pago de flujos mensuales que incluye capital e intereses, por montos que correspondían a los flujos de cada pagaré negociado. Tales títulos eran entregados mediante endoso en propiedad a favor de los inversionistas y la custodia de los mismos se llevaba a cabo en una entidad especializada en esta labor, situación que se acreditó con la certificación de asignación y custodia de títulos que expedía MANEJO TÉCNICO DE INFORMACIÓN S.A. -MTI, compañía que daba fe de la propiedad de los pagarés en cabeza de cada inversionista.
- El resultado del estudio de los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2012 no evidenció las circunstancias descritas en los numerales primero y segundo del artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, esto es, el registro de pasivos para con el público que estén conformados por obligaciones con más de 20 personas o por más de 50 obligaciones o la celebración de contratos de mandato indeterminados.
- Tampoco se observaron hechos notorios, tales como recaudos masivos de dinero, filas en las instalaciones de la sociedad o cualquier otro que permitiera inferir que la sociedad visitada estuviera recibiendo recursos del público.

| Numero de radicado inicial | Fecha | Radicado de respuesta final | Fecha |
|----------------------------|-------------|-----------------------------|------------|
| 2012038501-000 | 16-05-12012 | 2012038501-002 | 05-06-2012 |
| 2012038133-000 | 15-05-2012 | 2012039955-002 | 05-06-2012 |
| 2012074968-000 | 29-08-2012 | 2012074968-002 | 10-09-2012 |
| 2012078419-000 | 10-09-2012 | 2012078419-001 | 24-09-2012 |

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
Conmutador: (571) 5 94 02 00 - 5 94 02 01
www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento es de todos

Antioquia

de mi representada de cara a las actuaciones desplegadas por una entidad ajena a su ámbito de inspección, vigilancia y control.

7.2.3. Causales de exoneración de responsabilidad- Inexistencia del nexo de causalidad.

En el evento en que este Despacho llegue a considerar que existe un eventual daño antijurídico, se demostrará que el mismo no es imputable a la SFC, pues existen causales que exoneran su responsabilidad y desvirtúan el nexo de causalidad.

7.2.3.1. Hecho de un tercero.

En el hipotético caso en que los señores Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella a lo largo del presente proceso judicial llegaran a demostrar la existencia de un eventual perjuicio en virtud de la entrega de dineros a ELITE S.A.S. o llegaran a demostrar que las pérdidas que aducen haber sufrido devienen de la existencia y funcionamiento de esa sociedad, ese **NO** es un hecho atribuible a la SFC, sino que obedece a una conducta inescrupulosa de personas ajenas a esta Entidad, esto es, a los representantes legales y/o administradores de la citada sociedad.

Así, de comprobarse que pudo generarse un daño, el mismo habrá de ser objeto de litigio directamente entre las partes contratantes en desarrollo del negocio particular e individual que se aduce fue celebrado, a través de las acciones judiciales que el legislador previamente ha instituido: entre ellas las de competencia de la jurisdicción civil e incluso penal, en caso que la autoridad competente estime que se está en presencia de un hecho punible o bien en el escenario de la liquidación en la que al parecer solicitaron el reconocimiento de sus acreencias, o finalmente, acudiendo a la jurisdicción ordinaria.

Respecto de este último escenario, vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que los demandantes afirman haberse hecho parte en la liquidación ordenada por la SS respecto de la sociedad ELITE S.A.S., lo que conlleva a la indefectible conclusión del reconocimiento de tal sociedad anónima -hoy en liquidación - como la responsable de la eventual merma patrimonial sufrida.

En efecto, es importante reiterar que el presente asunto versa sobre un contrato celebrado entre particulares en el que la SFC no hizo parte, razón por la cual el cumplimiento del mismo no dependía de esta autoridad sino del tercero que se comprometió con la suscripción del mismo, esto es ELITE S.A.S.

Así las cosas, es evidente que en el presente caso nos encontramos con que la responsabilidad radica exclusivamente en cabeza de ELITE S.A.S., de sus socios y personal directivo, pues según manifiestan los demandantes en su escrito, existen ya procesos penales contra aquellos por el delito de captación masiva y habitual de dineros.

Para esta Superintendencia es claro que ELITE S.A.S. instrumentó un ardid con base en una operación legítima, el descuento que se presenta en la negociación de un título valor, para engañar a particulares con falsas promesas de rendimientos elevados cuando se conocía que los flujos recibidos resultaban insuficientes para garantizar el pago de lo prometido.

7.2.3.2. Culpa exclusiva de la víctima.

Sea lo primero señalar que los señores Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella, quienes fungen como demandantes, son personas mayores de edad, que tienen el conocimiento que dan las máximas de la



1. Que se DECLAREN PROBADAS las excepciones previas de **PLEITO PENDIENTE, FALTA DE CLARIDAD DE LOS HECHOS, AUSENCIA DE SEÑALAMIENTOS CLAROS Y EXPRESOS RESPECTO DE LA SFC- INEPTA DEMANDA; FALTA DE COMPETENCIA AL NO SER UN ASUNTO DEL CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA; CADUCIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA.**
2. Se proceda a la **TERMINACIÓN** del proceso.

En forma subsidiaria:

1. Se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones de mérito de **ACTUACIÓN DILIGENTE Y PROBA DE LA SFC RESPECTO DE ELITE S.A.S.; CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD - INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD (HECHO DE UN TERCERO - CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA) Y LIQUIDACIÓN COMO ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONÓMICA COMO LA QUE SE PRETENDE.**
2. Se **NIEGUEN** todas las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en el acápite 6 del presente escrito.

En todo caso:

- i) Se **CONDENE** en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

9. RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LOS DEMANDANTES.

Verificado el escrito de demanda, esta Superintendencia considera necesario oponerse a la solicitud de determinadas pruebas realizada en el escrito de demanda por la parte actora, tales como:

9.1. Remisión de expedientes:

En el acápite titulado "REMISIÓN DE EXPEDIENTES" del escrito de demanda, los accionantes solicitan que se "(...) ordene a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA que allegue el expediente que se produjo con ocasión de las investigaciones que realizaron a la Empresa ELITE INTERNATIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, con anterioridad a junio de 2016 y los resultados de las visitas de los años 2012 – 2013, 2014 – 2015 y 2016 (...)".

Con relación a esta solicitud, es de mencionar que con la presente contestación se adjuntan los informes de las visitas de inspección realizadas por la SFC a las diferentes sociedades y que fueron mencionados en este escrito, por lo que se hace innecesario decretar la remisión solicitada.

9.2. Informe juramentado:

Finalmente, en el numeral 1 del acápite "INFORME JURAMENTADO" del escrito de demanda, los demandantes solicitan "(...) ordenar al representante legal de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o quien haga sus veces, que rinda un informe juramentado en relación con todos y cada uno de los hechos de la demanda".

Al respecto, es importante reiterar que según establece el artículo 168 del CGP "El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles." (Se subraya).



11. Traslado del informe de visita realizada a **COOCREDIMED** a la Superintendencia de Economía Solidaria, lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013081431-016 del 27 de febrero de 2014.
12. Traslado de los informes de visita a la Superintendencia de Sociedades lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013047650-008 del 16 de julio de 2014.
13. Traslado de los informes de visita a la Superintendencia de Economía Solidaria lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013047650-009 del 16 de julio de 2014.

Al respecto, es de indicar que los documentos remitidos como pruebas tienen el cariz de reservados razón por lo cual solicitamos adoptar las medidas tendientes a garantizar la conservación de la misma en los términos del artículo 27 del CPACA.

10.2 Pruebas que se solicitan.

10.2.1. Exhortar a la Fiscalía General de la Nación.

En los términos señalados en el artículo 165 del Código General del Proceso se solicita requerir a la Fiscalía General de la Nación en orden a que se remita al proceso todas las actuaciones que adelanta o adelantó contra los administradores y funcionarios de ELITE S.A.S.

10.2.2. Exhortar al agente liquidador de ELITE S.A.S.

En los términos señalados en el artículo 165 del Código General del Proceso se solicita requerir al agente liquidador de ELITE S.A.S. en orden a que se remita la Resolución en la cual se reconoció a los señores **Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella** como acreedores de ELITE S.A.S. y los valores monetarios que se les han reconocido y pagado a la fecha.

10.2.3. Interrogatorio de parte.

En los términos señalados por los artículos 184 y siguientes del Código General del Proceso (CGP) y demás normas concordantes, comedidamente solicito se fije hora y fecha, para **INTERROGAR** bajo la gravedad de juramento a los demandantes en este proceso, los señores **Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella**, lo cual haré de forma oral o escrita, en relación con los hechos materia del medio de control de reparación directa y quienes serán citados a través de su apoderado judicial en los términos autorizados por el art. 78 del citado CGP.

11. ANEXOS.

Se allegan los documentos relacionados como pruebas documentales en dos (2) e CD.

12. NOTIFICACIONES.

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4-49 segundo piso oficinas del Grupo Contencioso Dos, en Bogotá D.C., y en la casilla de correo electrónico notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2018094081-040-000

Fecha: 2020-09-17 09:36 Sec.día460

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 325-325 CONTESTACION ADICIÓN, SUSTITUCIÓN, O REFORMA DE DEMANDA

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM174729-OFICINA DE APOYO DE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTÁ

Doctor

ALEJANDRO BONILLA ALDANA---

Juez-

JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogota D.C.

Número de Radicación : 2018094081-040-000
Trámite : 132 DEMANDAS
Actividad : 325 325 CONTESTACION ADICIÓN, SUSTITUCIÓN, O REFORMA DE DEMANDA
Anexos :

Referencia: Contestación Reforma de la demanda
Expediente: 110013343060-2018-00417-00
Demandantes: GLADYS ELVIRA DE LA ESPRIELLA Y OTROS
Demandados: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTROS.

ANDREA DEL PILAR SÁNCHEZ CORTÉS, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.037.426 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional de Abogado No. 171.391, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderada judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante SFC)**, según poder que obra en el expediente, estando dentro del término legal procedo a **CONTESTAR LA REFORMA DE LA DEMANDA** de la referencia, en los siguientes términos:

1. IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

En los términos del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, comparece, como parte demandada la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, Entidad que forma parte del sector central de la administración pública del orden nacional,



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C., representada legalmente por el señor Superintendente Financiero, doctor Jorge Castaño Gutiérrez.

En su nombre y representación interviene la suscrita apoderada, en virtud del poder que le fuere conferido por el Coordinador del Grupo Contencioso Dos de la Subdirección de Defensa Jurídica de la Entidad, a quien le fue delegada la función de otorgar poderes a los funcionarios para que ejerzan la representación judicial o extrajudicial de la SFC, al tenor del numeral 4 del artículo 1 de la Resolución 0229 del 14 de febrero de 2017.

2. OPORTUNIDAD.

De conformidad con lo establecido en el artículo 199 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, *“el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación”*.

Ahora bien, mediante auto del 27 de agosto de 2020 ese Despacho resolvió admitir la reforma a la demanda, providencia que fue notificada por estado el día 28 del mismo mes y año.

Así pues, el término concedido en el auto que admitió la reforma a la demanda, esto es, por la mitad del término inicial, es decir, quince (15) días para contestar la reforma de la demanda, comenzaron a correr el treinta y uno (31) de agosto de 2020, así las cosas, el plazo para contestar fenece el veintiuno (21) de septiembre de 2020.

De lo expuesto se advierte entonces, que la Superintendencia Financiera de Colombia está dentro del término previsto en la ley para contestar la reforma a la demanda interpuesta por los accionantes.

3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Con fundamento en las razones que se acreditarán a lo largo del presente escrito y en general en el devenir de este proceso judicial, **ME OPONGO A TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS** por las siguientes razones a saber.

- Por carecer de fundamento respecto de mi prohijada, toda vez que lo expuesto por la parte demandante corresponde única y exclusivamente a la narración de un **incumplimiento contractual**, relación jurídica de la cual la Superintendencia Financiera no fue parte;
- Por tratarse de una demanda cuyos fundamentos fácticos imposibilitan, por completo, hacerle una imputación de responsabilidad a la **SFC**;
- Por no existir nexo de causalidad entre los fundamentos fácticos expuestos, los perjuicios cuya reparación depreca la parte demandante y las funciones de esta Entidad;
- Por tratarse de un perjuicio que, de encontrar algún asidero, en todo caso evidenciaría que la responsabilidad no podría predicarse respecto de la **Superintendencia Financiera, ya que como se demostrará, en el presente caso se configura el hecho de un tercero y la culpa de quien se reputa víctima**;
- Por tratarse de eventos en relación con los cuales se encuentran debidamente configuradas diversas causales que eximen de responsabilidad a la **Superintendencia Financiera de Colombia**.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En consecuencia, no habrá lugar a que la autoridad judicial acoja las pretensiones declarativas y de condena formuladas por los demandantes.

4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA REFORMA A LA DEMANDA.

4.1. Señalan los **HECHOS 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 8** que la accionante fue contactada por la fuerza comercial de la empresa ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN (en adelante ELITE S.A.S.) se le explicó en qué consistía el sistema de inversión en libranzas, la naturaleza de dicha sociedad, el papel de dicha sociedad en la operación, el tipo de títulos ofrecidos, prometiéndole una rentabilidad equivalente al interés bancario corriente certificado por la SFC.

Frente a este grupo de hechos, considerando que se trata de circunstancias referidas a las condiciones pactadas por las partes en el contrato y al desarrollo del negocio en el cual esta Superintendencia no tuvo participación, debemos señalar que **NO NOS CONSTAN**, sin embargo en lo que respecta al valor del interés certificado por la SFC nos atenemos a las cifras que para dichos periodos hayan sido certificadas por esta Entidad, por además constituirse ello en un hecho notorio, a voces del artículo 167 del CGP.

4.2. En los **HECHOS 6, 9 y 10** la demandante indica que indagó sobre la legalidad de la operación ante la SFC y la Superintendencia de Sociedades (**en adelante SS**) lo que le permitió establecer que estas entidades conocían de la operación de ELITE S.A.S., que habían realizado visitas, que dicha sociedad no era objeto de ninguna medida y que se trataba de una actividad no proscrita por la ley.

En lo que respecta a la SFC, debemos señalar que verificado el Sistema de Gestión Documental SOLIP que contiene los trámites adelantados por esta entidad, no se encontró petición alguna formulada por parte de la señora Gladys Elvira de la Espriella Gómez respecto de los mismos hechos que se narran en la demanda, por lo cual la manifestación contenida en este hecho **NO ES CIERTA**.

De otra parte, le informamos al Despacho que en efecto la SFC recibió y ofreció respuesta a las siguientes comunicaciones, que si bien no fueron presentadas por los aquí accionantes, algunas de ellas, se relacionaron como pruebas por la parte demandante en este expediente:

- Se encontró una petición radicada bajo el No. 2016013224-000-000 del 9 de febrero de 2019 en la cual la señora Loly Tatiana Galindo Díaz manifestó a esta Entidad: **“AGRADEZCO ASESORÍA SOBRE SOBRE LA LEGALIDAD Y VALIDEZ DEL CONTRATO QUEADJUNTO (sic), YA QUE PONDRÉ UN CAPITAL EN ESE CONTRATO”**

En relación con esta solicitud este Organismo en oficio No. 2016013224-003 del 15 de marzo de 2016 le manifestó entre otras cuestiones que según las funciones atribuidas a este organismo de control y vigilancia, y que delimitan el ámbito de su competencia, se encuentran descritas en el Decreto 2555 de 2010 y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre otras normas, dentro de las cuales no está contemplada, por regla general, la de efectuar asesorías y revisión de contratos de sociedades que no están bajo nuestro control y vigilancia, como es el caso de Elite International Américas S.A.S., en consecuencia, este organismo de control no cuenta con la competencia y atribución de pronunciarse acerca de lo solicitado en su petición y se le sugirió ver las diferentes alternativas para compra de cartera que ofrecen las entidades financieras objeto de vigilancia por esta Superintendencia y escoger la que más le convenga y se acomode a su real capacidad de pago.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- Comunicación No. 2017032023-000-000 del 14 de marzo de 2017 en la cual el señor Gabriel Alfonso Rodríguez Rodríguez indagó si la SFC había realizado alguna visita o supervisión a ELITE S.A.S. y las fechas de las mismas. Al respecto, mediante oficio No. 2017032023-001 del 27 de marzo de 2017 la SFC le informó al peticionario que dicha sociedad no se encontraba sometida a la inspección, vigilancia y control de este Organismo, por tal razón no estaba autorizada para realizar actividades exclusivas de nuestras vigiladas, entre ellas, captar o recaudar dineros del público en forma masiva. De igual forma se le indicó que la SFC adelantó dos actuaciones administrativas respecto de ELITE S.A.S. una primera visita entre el 13 al 17 de febrero del año 2012 y la segunda visita del 4 al 7 junio de 2013.
- Comunicación No. 2017107357-000-000 del 8 de septiembre de 2017 por medio de la cual la señora Leydi Tatiana Bonza Saavedra solicitó a la SFC copia de toda denuncia en contra de la SFC instaurada entre los años 2013, 2014, 2015 y 2016, copia de las decisiones finales adoptadas con ocasión a esas denuncias e informar la toma de medidas administrativas sobre ese particular. Sobre este asunto la SFC en oficio No. 2017107357-001 del 21 de septiembre de 2017 le informó sobre el objetivo de esta Entidad, sus funciones, entre otras precisiones. Además, le indicó que dicha sociedad no se encontraba sometida a la inspección, vigilancia y control de este Organismo, por tal razón no estaba autorizada para realizar actividades exclusivas de nuestras vigiladas. De igual forma se le explico el proceso de liquidación que cursaba en la Superintendencia de Sociedades respecto de ELITE S.A.S. y la ubicación de su agente liquidador. De otro lado, y en lo que hace referencia a la entrega de las denuncias en contra de ELITE S.A.S., se le indicó que durante el periodo comprendido entre el año 2013 al 2016, se resolvieron varias consultas relacionadas con reclamaciones en contra de dicha sociedad, documentos que por corresponder al ámbito del derecho a la intimidad de los peticionarios tenían un carácter reservado en virtud del artículo 15 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 3 del artículo 337 del EOSF; el número y fecha de visitas adelantadas por la SFC a la sociedad ELITE S.A.S. que arrojaron como resultado que no se configuraban los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de recursos del público poniéndole en conocimiento que las decisiones adoptadas por la SFC se encontraban sujetas a reserva legal, entre otras precisiones al respecto.
- Comunicación No. 2017051215-000 del 25 de abril de 2017 en donde la señora Yessica Julieth Collazos Bermeo solicitó a la SFC informar sobre las fechas de todas las visitas realizadas por esta Entidad a la empresa ELITE S.A.S., así como que tipo de actuaciones se realizaron en dichas visitas. Al respecto la SFC le señaló en oficio No. 2017051215-001 del 4 de mayo de 2017 que dicha sociedad no era una sociedad que contara con autorización de constitución ni funcionamiento de esta Entidad, el número de visitas realizadas a la misma, sus fechas y el respectivo traslado de competencia a la Superintendencia de Sociedades y de la Economía Solidaria, sin embargo, se le aclaró que dichas actuaciones administrativas contenían información de carácter reservado.
- Comunicación No. 2018019217-000 del 14 de febrero de 2018, en la cual la señora Luisa Fernanda Daza Manrique solicitó a la SFC copia de los actos proferidos con ocasión de las visitas realizadas por esta Entidad a ELITE S.A.S., copia de quejas o solicitudes de investigación en contra de dicha sociedad, indicar que funcionarios de la SFC realizaron las visitas, documentación entregada a la SFC con ocasión de las visitas, copia de conceptos proferidos con ocasión a las visitas, copia de todo archivo que obre en la SFC respecto de esa sociedad, actas decisiones o conceptos relacionados con visitas realizadas a la SFC y copia de las conclusiones de la SFC con ocasión de nuestras investigaciones. Sobre esta petición la SFC en oficio No. 2018019217-001 del 27 de febrero de 2018 le informó a la solicitante sobre objetivos y funciones de la SFC, además que dicha sociedad no se encontraba sometida a la



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

inspección, vigilancia y control de este Organismo, por tal razón no estaba autorizada para realizar actividades exclusivas de nuestras vigiladas y en general se le indicó que la información y documentos solicitados estaban amparados por reserva legal, y por tal razón no podían ser entregados.

En este punto resulta relevante señalar que en las respuestas emitida por la SFC a dichas consultas, **de ninguna manera estableció que este Organismo conociera sobre la operación desarrollada por ELITE S.A.S., así como tampoco se indicó a los peticionarios que se tratara de una actividad no proscrita por la ley o que se conceptuara que la misma era legal**; como se vio, lo que sí se le indicó, fue que, la Entidad carecía de competencia para realizar pronunciamiento sobre las actividades desplegadas por aquella sociedad y que la misma no hacía parte de sus vigiladas.

Con respecto a las demás manifestaciones, es decir las relacionadas con otras entidades, debemos indicar que no son de nuestro resorte, por lo tanto, **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas por los actores a lo largo del proceso.

4.3. Respecto de lo señalado en el **HECHO 11** debemos acotar que **NO NOS CONSTA** que los actores hayan adelantado algún tipo de indagación ante la Cámara de Comercio con el fin de averiguar el objeto social registrado por ELITE S.A.S., ateniéndonos al contenido del certificado de existencia y de representación legal de dicha compañía, aportado como prueba por la parte demandante.

4.4. En los **HECHOS 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20** en los que se menciona las visitas realizadas por la SFC a la sociedad ELITE S.A.S., las supuestas conclusiones consignadas en los informes de visita y los traslados de competencia a la Superintendencia de Sociedades, dichas afirmaciones **NO NOS CONSTAN** y por ende nos atenemos al tenor literal de las actuaciones documentadas en el trámite administrativo realizado por la SFC con relación a ELITE S.A.S., y que se aportaron con nuestra contestación de la demanda.

4.5. En relación con el **HECHO 21**, que establece que, con base en las indagaciones realizadas por la demandante, estos decidieron invertir a través de la empresa ELITE S.A.S., se trata de afirmaciones que **NO NOS CONSTAN** y que deberán ser probadas por ella en el expediente.

4.6. Los **HECHOS 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33** que hacen referencia al número de contratos celebrados por la demandante con la referida sociedad, cuantía y fecha de suscripción de los mismos, así como al total de dinero girado a ELITE S.A.S., consignaciones realizadas, pago de amortizaciones, algunas condiciones del supuesto negocio celebrado, las sumas que le fueron pagadas por el liquidador y finalmente el monto del dinero que le quedaron adeudando, debemos señalar que dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no fue parte de la relación comercial presuntamente entablada entre ELITE S.A.S. y la accionante.

De otro lado, vale la pena señalar que con esta reforma de la demanda se aportaron pruebas tales como comunicaciones dirigidas a la SFC y SS con sus respuestas, certificaciones emitidas por la SS, comunicaciones de la Superintendencia para la Economía Solidaria y copia de los informes de inspección emitidos por la SFC, con sus respectivos oficios de traslado; sin embargo, nos atenemos a lo que se pruebe a lo largo del proceso; no obstante, resulta del caso llamar la atención del Despacho, pues, en los antecedentes fácticos que se allegaron no se hace mención alguna de mi representada, lo que permite concluir que el negocio presuntamente celebrado corresponde a un acuerdo de voluntades de carácter netamente privado, suscrito única y exclusivamente por la aquí demandante y la sociedad ELITE S.A.S.

4.7. En los **HECHOS 34 y 35** se señala que la sociedad ELITE S.A.S. dejó de pagar amortizaciones



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

en el mes de junio de 2016, esgrimiendo razones de orden operativo de la cartera y asuntos relacionados con las pagadurías de las cooperativas, en resumen “siniestro de cartera”.

Al respecto se debe indicar que el contenido de estos dos hechos corresponde a apreciaciones subjetivas del actor, que deberán ser probadas en el proceso. En ese orden de ideas **NO NOS CONSTA** lo señalado al respecto por aquella, ya que como se indicó anteriormente mi prohijada no hizo parte del negocio jurídico al que se ha hecho referencia.

4.8. Frente a lo señalado en el **HECHO 36** relacionado con la decisión de la SS de intervenir ELITE S.A.S. el 09 de diciembre de 2016, por desplegar actividades de captación ilegal, debemos precisar que dicha afirmación **NO NOS CONSTA**, en consecuencia, nos atenemos al tenor literal de dicha decisión.

4.9. En el **HECHO 37** la accionante indica que con la decisión anterior, la SS cambió totalmente su concepto en el sentido de que la actividad desplegada por ELITE S.A.S. estaba ajustada a derecho.

Es de precisar que estas manifestaciones son referidas a otra autoridad y no son de nuestro resorte, por lo tanto, **NO NOS CONSTAN**, sin embargo, vale la pena mencionar que las mismas corresponden a las apreciaciones subjetivas de la actora, que deberán ser probadas en el proceso.

4.10. En relación con lo señalado en los **HECHOS 38 y 39** relativos al proceso de liquidación y el reconocimiento de sus acreencias dentro del mismo, debemos señalar que **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no hizo parte de dicho proceso, por tanto, nos atenemos a lo que se pruebe dentro de la presente acción.

4.11. Respecto al contenido de los **HECHOS 40 y 41** en los que se indica que la SFC y la SS conocieron a plenitud el modelo de negocio de ELITE S.A.S. y no desplegaron ninguna acción para evitar que continuara en operación, debemos señalar que se trata de meras apreciaciones subjetivas que la demandante debe probar en el proceso, pues dan a entender una realidad totalmente distorsionada y amañada del asunto, luego **NO SON CIERTOS**.

Desde ya y con ocasión de lo aducido, debemos indicar que la SFC realizó 2 vistas a la sociedad ELITE S.A.S., sin que para ese momento se evidenciaran hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público, tal y como se explicará más adelante.

Respecto de las manifestaciones relacionadas con la SS, es de precisar que estas son referidas a otra autoridad y no son de nuestro resorte, por lo tanto, **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas por los accionantes.

4.12. Frente al **HECHO 42** en el cual afirma que la empresa ELITE S.A.S. defraudó a más de 6000 personas bajo su modalidad de negocio, debemos señalar que **NO NOS CONSTA**, pues dicha afirmación corresponde a una apreciación subjetiva de la accionante que deberá ser probada dentro de la presente acción. Por lo que nos atenemos a lo que se pruebe.

4.13. En cuanto a los **HECHOS 43, 44 y 45**, los cuales se refieren a la imputación de cargos realizada por la Fiscalía General de la Nación a los directivos de ELITE S.A.S. por captación ilegal y que la base de dichas acusaciones fue la celebración de más de 20 contratos para la compra de libranzas, dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no es parte del citado proceso, por ello nos atenemos a lo que se pruebe en la presente acción.

4.14. Los **HECHOS 46 y 47** según los cuales, la demandante se involucró en el proceso comercial



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ofrecido por ELITE S.A.S. por la información brindada por la SFC y la SS, como se refirió anteriormente al contestar hechos anteriores, se trata de afirmaciones que **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas.

4.15. En relación con los **HECHOS 48 y 57**, en los cuales se cita el Decreto 3227 de 1982, el artículo 2 del Decreto 4334 de 2008 y se indica que la competencia para suspender operaciones de captación o recaudos no autorizados está en cabeza de la SS, de oficio sin perjuicio de las solicitudes que la SFC realice, al respecto debe indicarse que no son hechos, sino la cita textual de dos normas, por ende nos atenemos al tenor literal de las mismas.

4.16. En el HECHO 58 se indica que el artículo 2 del Decreto 4334 de 2008, señala que la competencia para suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que realicen captación o recaudo no autorizado, está en cabeza de la Superintendencia de Sociedades de oficio, sin perjuicio de las solicitudes que la SFC realice con ocasión de los hechos que advierta constitutivo de captación masiva e ilegal de dinero.

Al respecto debo indicar que no se trata de un hecho sino de la cita textual y la interpretación que la actora realiza de una norma, en consecuencia nos atenemos al tenor literal de la misma, resaltándose que en efecto la SFC no adoptó medidas respecto de la sociedad ELITE S.A.S., toda vez que de las visitas efectuadas, de las operaciones y de los documentos analizados no se evidenció la configuración de supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizados de recursos del público dentro de la actividad desarrollada por la misma.

4.17. Los **HECHOS 49, 50, 53 y 54**, se refieren al número de operaciones celebradas por ELITE S.A.S., el valor de la totalidad de las mismas, las ofertas realizadas al público para la suscripción de dichos contratos.

Sobre el particular, y ya que lo pretendido por la demandante es referirse a los supuestos de captación, debemos mencionar que tal y cómo se señala a lo largo de este escrito **para las fechas en que la SFC realizó las visitas a ELITE S.A.S. de acuerdo a la documentación estudiada y la normatividad para la fecha vigente, no se encontró evidencia de operaciones de captación ilegal de dinero**, no obstante y ante algunas dudas remitió dicha información a la SS y a la Superintendencia de Economía Solidaria (**en adelante SES**). Por lo anterior las afirmaciones contenidas en los hechos mencionados **NO SON CIERTAS**.

Por otro lado, respecto a las demás consideraciones realizadas por la demandante, relacionadas con la operación de ELITE S.A.S., me atengo a lo establecido en los informes de inspección emitidos con ocasión de las dos visitas realizadas por esta Superintendencia a la sociedad ELITE S.A.S., pues estos consagran las evidencias recaudadas por esta autoridad. Debe reiterarse que dichos informes ya fueron aportados como prueba por la suscrita con la contestación de la demanda.

Igualmente, en lo que hace a las visitas efectuadas por la SS me atengo al tenor literal de los informes y demás actos administrativos y jurisdiccionales que se deriven de las mismas.

4.18. En relación con los **HECHOS 51 y 52** en donde se relaciona información relativa a los valores reconocidos en el proyecto de graduación y calificación de créditos realizado por el agente liquidador de ELITE S.A.S., y el avalúo e inventario de dicha sociedad en donde se estableció el valor de sus activos, debo indicar que se trata de afirmaciones que **NO LE CONSTAN** a mi representada en consecuencia deberán probarse en el proceso, pues se trata de decisiones emitidas por una autoridad ajena a esta Superintendencia y dentro de un proceso en el cual no hacemos parte.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

4.19. Respecto a lo esbozado en los **HECHOS 55 y 56**, en los cuales se citan apartes del Auto No. 400-018449 del 09 de diciembre de 2016 proferido por la SS y se indica lo relacionado con la fijación del aviso que comunicó dicho auto, dicha información **NO NOS CONSTA**, en consecuencia, nos atenemos al tenor literal de dicha decisión.

4.20. Por último, respecto a las manifestaciones efectuadas en los **HECHOS 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65** en los cuales la demandante afirma que las accionadas no ejercieron medidas para detener el actuar de ELITE S.A.S. con ocasión de las visitas realizadas, que con base en el resultado de las investigaciones pudo establecer que las Superintendencias tenían pleno conocimiento de la actividad delictiva realizada por ELITE S.A.S., que la misma suscribía más de 20 contratos para la venta de libranzas en un periodo de tres meses y que dichas autoridades avalaron el desarrollo de las actividades de la mencionada sociedad, las mismas **NO SON CIERTAS**.

Las afirmaciones realizadas son meras apreciaciones subjetivas que la demandante debe probar en el proceso, pues dan a entender una realidad totalmente distorsionada y amañada del asunto.

Con ocasión de lo aducido, debemos reiterar que la SFC realizó 2 vistas a la sociedad ELITE S.A.S., en los periodos del 13 al 17 de febrero de 2012 y del 4 al 7 de junio de 2013.

La primera de las cuales concluyó que *“(...) las actividades de compra y venta de cartera que tiene implementadas la sociedad en virtud del modelo de negocio expuesto en el presente informe NO configuran actividades de captación o recaudo no autorizado de dineros al tenor de lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988”*.

La segunda culminó indicando que del resultado del estudio de los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2012 no se evidenciaron las circunstancias descritas en los numerales primero y segundo del artículo 1 del Decreto 1981 de 1988 ni hechos notorios, tales como recaudos masivos de dinero, filas en las instalaciones de la sociedad o cualquier otro que permitiera inferir que la sociedad visitada estuviera recibiendo recursos del público.

De lo expuesto se desprende con total claridad que lo afirmado por la demandante en estos hechos, como se dijo atrás no es más que simples juicios de valor por completo ajenos a la realidad de las actuaciones adelantadas por la SFC, como bien puede observarse de las pruebas documentales que se aportan con este escrito.

De igual forma, reiteramos que en efecto la SFC recibió y ofreció respuesta a algunas comunicaciones, que si bien no fueron presentadas por la aquí accionante, algunas de ellas, fueron relacionadas como pruebas por la parte demandante y se encuentran debidamente detalladas en el numeral 4.2. de este acápite.

En tal sentido, se resalta que las respuestas ofrecidas por la SFC a las peticiones relacionadas, de ninguna manera establecieron o acreditan que este Organismo avalara las actividades desarrolladas por ELITE S.A.S. así como tampoco es dable afirmar como lo hace la demandante que esta Entidad tuviera pleno conocimiento de que esa sociedad desarrollaba una actividad delictiva y que como consecuencia de ello se abstuviera de desarrollar sus funciones de inspección, vigilancia y control, pues contrario a ello ya se ha dilucidado que la SFC realizó dos visitas a la empresa ELITE S.A.S. la cuales serán debidamente detalladas en los numerales 6.2.2. y 7.1.1.

Así las cosas, me opongo de plano a cualquier imputación de responsabilidad que se predique respecto de la SFC en los términos que a continuación se presentaran.



5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEFENSA

5.1. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El concepto de responsabilidad va encaminado a garantizar la protección de los habitantes miembros de un Estado, ya sea nacionales o extranjeros, en el entendido que es el Estado el obligado a reparar civilmente a los administrados por los daños que resultan derivados de una conducta que le sea imputable ya por acción o bien por omisión, situación ésta que fue expresamente consignada en la Constitución Política de 1991, pues en el artículo 90 de la Carta se prevé dicho principio así:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la 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, aquel deberá repetir contra éste.”

Respecto de lo anterior, varios han sido los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los que se ha referido al concepto de responsabilidad tanto contractual como extracontractual del Estado, señalando que la cláusula general de la responsabilidad es dicho artículo, el cual tiene como fundamento¹ tres elementos que deben concurrir para que se configure dicho deber, estos son: la existencia de un daño antijurídico, la imputabilidad del mismo al Estado quien tendrá el deber de repararlo y el nexo de causalidad. A continuación, procederé a explicar cada uno de ellos:

5.1.1. Daño antijurídico.

La Corte Constitucional, con ocasión a una demanda presentada contra una parte del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, en sentencia C- 333 de 1996, tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la cláusula general de responsabilidad estatal, y en lo que al daño antijurídico se refiere precisó que no existe una definición expresa del mismo, debiéndose entonces recurrir a los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en los que se constata que la noción fue adoptada del texto constitucional español.

Señaló la Corte en dicha oportunidad, que la doctrina española ha entendido el daño antijurídico como *“el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”*, concepto precisado igualmente por el Consejo de Estado en sentencia de 13 de julio de 1993², como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en obligación de soportar”*.

Así las cosas, es claro que el concepto de daño antijurídico obedece a un mecanismo de protección por parte del Estado que se origina como respuesta a los perjuicios que pueden ser ocasionados por las diversas actividades ejercidas por el poder público, lo cual se encuentra armonizado con los principios constitucionales de solidaridad e igualdad, pues el fin último es lograr reparar e indemnizar a una persona que ha sufrido una merma que no está en la obligación de soportar.

5.1.2. Imputación (acción u omisión de las autoridades públicas).

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 9 de mayo de 2012, Expediente: 68001-23-15000-1997-3572-01 Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Corte Constitucional. Sentencia C- 333 del 1° de agosto de 1996. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Para poder endilgar responsabilidad en cabeza del Estado es necesario determinar cuál fue la fuente que originó el daño, es decir establecer la ocurrencia de hechos, operaciones administrativas, actos, omisiones, lo que a su vez permite establecer quién es el responsable y bajo qué régimen y título se harán las eventuales declaraciones y/o condenas.

Ahora bien, dadas las especificidades de este caso, teniendo en cuenta el título con fundamento en el cual la parte actora pretende imputar responsabilidad a mí representada (“omisión”), es menester precisar que la *omisión administrativa*, de acuerdo con el tratadista Libardo Rodríguez está definida como: “*las abstenciones de la administración que producen efectos jurídicos respecto de ella. Es decir, consisten en que la administración se abstiene de actuar cuando debería hacerlo.*”³, lo que nos permite inferir que en el presente asunto estamos ante un régimen de responsabilidad subjetiva bajo el título de falla en el servicio, lo cual como se demostrará a lo largo de este escrito, no se configura en este caso, dado que la SFC actuó y lo hizo de manera diligente y oportuna, de acuerdo con sus funciones y atribuciones legales.

Por eso, **hechos como los que aquí se debaten, se insiste, deberán ser analizados a la luz de los requisitos establecidos para el régimen de responsabilidad subjetiva que se deriva del incumplimiento de una obligación estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la administración, es decir, que el título de imputación corresponde al de la falla en el servicio y conforme la jurisprudencia lo ha previsto el examen de dicha responsabilidad ha de realizarse con base en la disposición legal o reglamentaria que consagra el deber que se alega como omitido, o incumplido,** con el objeto de establecer si en efecto, la Administración incurrió en omisión o dilación en el cumplimiento del deber y si ésta fue determinante en la producción del daño.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que la actividad de la Superintendencia Financiera tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero y del mercado de valores por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado⁴.

“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 los establecimientos financieros y a vigilar y controlar***

³ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. Editorial Temis. Bogotá 2000. Págs. 195 a 198.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. 13 de abril de 2016. Radicado 1999-00015 (35354). Velásquez Rico, Marta Nubia.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

dicha actividad, pero no a coestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero.” 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. (Negrillas fuera de texto).

5.1.3. Nexo de causalidad.

La relación de causalidad, en términos generales, se puede entender como el vínculo entre un antecedente y una consecuencia, y se contrae al estudio de los diferentes títulos de imputación que permiten establecer si la responsabilidad es o no atribuible a la administración.

Este nexo de causalidad se puede romper cuando opera una causa extraña, esto sucede cuando el daño no es imputable a la autoridad administrativa. Como causas extrañas se conocen el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

Respecto de la culpa exclusiva de la víctima, ha de señalarse que el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente al respecto:

“(…) 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 proviene 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 en el 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 demandando 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 fue por su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)”⁵ (Se resalta)

Al tenor de lo anteriormente señalado, es claro que la culpa exclusiva de la víctima es eximente de responsabilidad estatal cuando además de demostrada la causalidad material, se demuestra que la víctima participo y fue la causa eficiente en la producción del daño, actuar que puede catalogarse de culposo al desatender las reglas u obligaciones de prudencia, diligencia y estudio de los negocios que decide ejecutar.

Por otro lado, en lo que al hecho del tercero respecta, se tiene que el mismo exonera de responsabilidad al Estado cuando se demuestra que ese tercero es “*completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura del nexo causal*”⁶.

6. ANÁLISIS PROBATORIO DEL CASO CONCRETO.

A la luz de lo señalado en el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP), por regla general a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Este principio procesal es conocido como ‘*onus probandi, incumbit actori*’, entonces a partir del estudio de dicho principio, es dable afirmar que tanto demandantes como demandada tienen el deber de probar los hechos en que sustentan las pretensiones y excepciones propuestas, y en caso

⁵ Consejo de Estado. 25 de Julio de 2002. Radicado 13744. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. 28 de enero de 2015. Radicado 32912. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

tal que dicha situación no se verifique por parte del Juez, la consecuencia jurídica es la negación de las pretensiones elevadas, como quiera que de faltar la prueba no puede tenerse por cierto el hecho.

Ahora bien, no está de más advertir que una vez son arriadas las pruebas a una controversia judicial, las mismas hacen parte del expediente y no de las partes, y en ese sentido habrán de ser analizadas en su totalidad siempre y cuando las mismas reúnan los requisitos formales que la Ley exige para poder tenerlas como tal.

Vale la pena indicar que el material probatorio que anexa la SFC acredita que la misma actuó de manera diligente y dentro del límite de sus facultades de supervisión establecidas en el literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF y del literal a) del numeral 4 del artículo 326 del mismo estatuto, en los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 y en el artículo 11.2.1.3.2. del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008 y en el Decreto 1981 de 1988, frente a la sociedad ELITE S.A.S., esto se evidencia en los informes de las visitas de inspección realizadas por esta autoridad a la citada sociedad y los traslados realizados a las autoridades competentes, sobre los cuales se ahondará más adelante.

Lo anterior, aunado a la debilidad en el escaso material probatorio aportado por la parte actora, nos permitirá probar que no existió una omisión en las funciones de la SFC y la ausencia de un daño antijurídico; no obstante, si el Despacho llegará a considerar que existió el mismo, el material probatorio nos permitirá acreditar que aquel, lejos de ser antijurídico y por ende resarcible, resulta imputable a la parte demandante y/o a terceros por completo ajenos a la administración pública.

Atendiendo las previsiones señaladas, conviene adelantar las siguientes consideraciones:

6.1. AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO.

Como quiera que la presente acción tiene por objeto la reparación del daño ocasionado como resultado de las supuestas “omisiones” en ejercicio de las funciones de la Superintendencia Financiera de Colombia, es carga de la parte reclamante acreditar la existencia del daño cuyo resarcimiento pretende y la antijuridicidad del mismo, según las previsiones del artículo 90 de la Carta Constitucional.

En este sentido, los demandantes pretenden que el presunto daño que alegan y que identifican como la pérdida de los dineros que aquellos aducen haber entregado a la sociedad ELITE S.A.S., sea resarcido por el Estado, sin embargo, no sustentan sus afirmaciones respecto de la omisión en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SFC de forma certera, con material probatorio idóneo que permita identificar, primero, el perjuicio económico sufrido, puesto que no aportaron al proceso los pagarés o libranzas suscritas o la documentación o prueba pertinente que permitan establecerlo y segundo, que el mismo es originado por la acción o inacción del ente Estatal cuestionado.

Sobre este punto y respecto de los dineros que presuntamente fueron entregados por los demandantes a ELITE S.A.S., resulta conveniente destacar que no se allegó con esta reforma de la demanda copia de contrato alguno o de consignaciones efectuadas por estos a favor de ELITE S.A.S., por tal razón se echa de menos el material que acredite la entrega de las demás sumas de dinero que la demandante relaciona en sus hechos.

Esta situación conlleva ineludiblemente a concluir que no existe certeza sobre la entrega efectiva de la totalidad del dinero, la fecha de la misma, el monto, la suscripción de la totalidad de los contratos, la preexistencia de los recursos, así como las demás circunstancias alegadas en el libelo introductorio y que los accionantes están en la obligación de probar de cara a los perjuicios que reclaman en la



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

demanda interpuesta. Por lo expuesto, es claro que tampoco hay convencimiento respecto del daño fundamento de la acción de la referencia, pues se reitera no lo hay respecto de la pérdida patrimonial que alegan haber sufrido.

Entonces, como quiera que en la demanda la actora reclama una indemnización derivada de la pérdida de los dineros que según afirma "invirtió" en ELITE S.A.S. y que de los medios de prueba aportados por aquella, no es posible predicar la existencia del daño, lo procedente será tener por no probadas las pretensiones de la demanda ante la inexistencia de un daño cierto y en consecuencia, habrá de proferirse un fallo desestimatorio de las mismas.

Ahora bien, en el remoto caso de que el Despacho considere que efectivamente existe un daño a los intereses de los accionantes originado en la supuesta entrega de dinero a ELITE S.A.S., resulta importante traer a colación los criterios que ha señalado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo con relación al daño antijurídico como fuente de reparación:

*"A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables". lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definición normativa del concepto de daño antijurídico. Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como **"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho" o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.***

Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber:

La primera: no todos los daños que causa el Estado 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. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 20 de la Constitución) sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 10 y 13 de la Carta).

Ahora bien, esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que "superan la normal tolerancia" o que impiden el goce normal y adecuado del derecho. Específicamente en cuanto a la razonabilidad de la limitación del derecho a la propiedad y al límite de la obligación del titular a soportar dicha restricción en el ejercicio de su derecho, para efectos de establecer el deber de los particulares de reparar los daños, la doctrina Argentina ha dicho lo siguiente: (...)

*La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resulta antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las **personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos.** No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica. en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). **En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser***



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.⁷(destacado fuera del texto)

Como bien lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que exista un daño antijurídico es necesario que la víctima demuestre que no estaba en el deber o posibilidad de soportarlo, de allí que acertadamente se tenga que, si se llegaran a probar los supuestos daños que se reclaman por los demandantes, los mismos no son de tipo antijurídico pues se debe considerar que los accionantes experimentaron una merma patrimonial **como la que puede tener lugar en cualquier otro negocio de riesgo monetario, la cual se magnificó, desde luego, ante la existencia de los altos rendimientos que dicen les fueron prometidos.**

Así, si se llegará a demostrar que los demandantes efectivamente hicieron entrega de una suma de dinero a ELITE S.A.S., la misma fue una decisión libre y voluntaria de aquellos, debiendo considerarse que quizá lo hicieron obnubilados por la rentabilidad ofrecida en la operación de compra de pagarés libranzas de las cuales eran deudores personas no conocidas por aquellos, lo que de por sí implica una operación riesgosa, aunado a lo anterior no hay prueba en el expediente que acredite que los accionantes por precaución hubiese revisado físicamente los pagarés que aduce haber adquirido o bien en las oficinas de ELITE S.A.S. o bien en la empresa que se aduce tenía la custodia de dichos títulos, es decir, no se cercioró si quiera la existencia real de los mismos, como tampoco se evidencia su diligencia en al menos verificar el comportamiento de la deuda, del pago de dicha cartera, circunstancias que también demuestran la culpa exclusiva a cargo de aquellos que entregaron su dinero sin verificar las condiciones reales del negocio.

Corolario de lo anterior, ante la falta de prueba del daño que pretende sea indemnizado así como su antijuridicidad, y por ende la inexistencia de uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad extracontractual del Estado, lo jurídicamente procedente es negar la totalidad de las pretensiones, pues aunado a tal circunstancia, tal como se verá más adelante, tampoco se configuran los dos elementos restantes que permitirían imputar una eventual responsabilidad a mi prohijada por los hechos alegados por los demandantes.

6.2. INEXISTENCIA DE UNA OMISIÓN IMPUTABLE A LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Una vez superado el aspecto relacionado con la existencia del daño cuya reparación se reclama por vía judicial y como quiera que de los hechos relatados en la demanda se evidencia que las acusaciones en torno de la responsabilidad de mi representada corresponden a la supuesta falla en el servicio por “omisión” tal y como se manifiesta atrás, procede poner de presente la inexistencia de omisión imputable a la SFC, por lo que a continuación se señalaran las actuaciones diligentes, previsivas y asertivas de este ente de control respecto a ELITE S.A.S.

6.2.1. La sociedad ELITE S.A.S. no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia.

Debe llamarse preliminarmente la atención en el hecho de que la citada sociedad no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia, ya que las entidades y actividades respecto de las que se ejercen dichas funciones corresponden a las previstas en el numeral 2 del artículo 325 del EOSF, en el numeral primero del párrafo tercero del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, así como en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 102 de la Ley 795 de 2003.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp: 29.590. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Entonces, los interesados en desarrollar actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público deben estar bajo vigilancia de esta Superintendencia, para lo cual deben constituirse como lo establece el artículo 53 y siguientes del EOSF, en la forma y términos instruidos en la Parte Primera, Título Primero, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica, en los cuales, entre otras cosas, se establece que dichas entidades deberán obtener previamente el certificado de autorización respectivo el cual será otorgado por esta Superintendencia, **circunstancia que en el presente asunto jamás ocurrió.**

6.2.2. Actuación diligente de la SFC respecto de la sociedad ELITE S.A.S. a pesar de no ser una entidad vigilada, con el fin de establecer una posible situación de captación ilegal de dineros del público. Inexistencia de omisión imputable a este Organismo de Control y Vigilancia.

Aunque la citada sociedad no está ni ha estado sometida a la vigilancia de la SFC, esta autoridad **realizó dos visitas de inspección a ELITE S.A.S.**, las cuales fueron ordenadas a través de los oficios radicados 2012010530-001 del 10 de febrero de 2012 y 2013047650-001 del 31 de mayo de 2013, llevadas a cabo del 13 al 17 de febrero de 2012 y del 4 al 7 de junio de 2013, respectivamente, de conformidad con las facultades de supervisión establecidas en el literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF, del literal a) del numeral 4 del artículo 326 del mismo estatuto, en los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 y en el artículo 11.2.1.3.2. del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008 y en el Decreto 1981 de 1988.

La primera, según señalan los antecedentes del informe del 30 de mayo de 2012, se derivó “(...) de información contenida en el correo electrónico del 11 de enero de 2012 remitido por la Superintendente Delegada para Emisores, Portafolios de Inversión y otros Agentes al Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la Actividad Financiera, en el que se relaciona la actividad económica desarrollada por la sociedad Elite Internacional Américas, la cual promociona productos de inversión en activos no correlacionados con el mercado financiero, a efecto de proteger los recursos a las volatilidades comunes del mercado de valores y generar excelentes rentabilidades a un riesgo muy bajo. Una de las alternativas de inversión es la compra de títulos pagares libranza de las FFMM a descuento”.

Dicha visita concluyó que “(...) las actividades de compra y venta de cartera que tiene implementadas la sociedad en virtud del modelo de negocio expuesto en el presente informe, NO configuran actividades de captación o recaudo no autorizado de dineros al tenor de lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988”.

La segunda visita se motivó en comunicaciones⁸ recibidas de particulares dirigidos a esta Superintendencia y en las que se señalaba el ofrecimiento de pagarés-libranza con renta fija mensual por parte de ELITE S.A.S.

8

| Numero de radicado inicial | Fecha | Radicado de respuesta final | Fecha |
|----------------------------|------------|-----------------------------|------------|
| 2012038501-000 | 16-05-2012 | 2012038501-002 | 05-06-2012 |
| 2012038133-000 | 15-05-2012 | 2012039955-002 | 05-06-2012 |
| 2012074968-000 | 29-08-2012 | 2012074968-002 | 10-09-2012 |
| 2012078419-000 | 10-09-2012 | 2012078419-001 | 24-09-2012 |



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En esta última, efectuada entre el 4 y 7 de junio de 2013 ampliada entre el 13 y 18 de diciembre de 2013, se evidenciaron las siguientes situaciones respecto de ELITE S.A.S.:

- La sociedad objeto de la inspección es una empresa dedicada a la negociación de activos financieros, cuyo modelo de negocio era la compra de títulos valores de contenido crediticio representados en pagarés-libranza originados por diferentes Cooperativas y la enajenación de tales títulos, suscritos por funcionarios vinculados a las pagadurías de diversas entidades, como el Ministerio de Defensa, Armada Nacional, Fuerza Aérea, Policía Nacional, Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP), Fondo de Pensiones de la Policía Nacional (CAGEN), Gobernaciones, Alcaldías y Secretarías de Educación.
- Para llevar a cabo esta operación, ELITE S.A.S. y las cooperativas instrumentaron un documento denominado “CONTRATO DE COMPRAVENTA DE CARTERA”, cuyo objeto fue la adquisición de cartera contenida en PAGARÉS-LIBRANZA, los cuales eran endosados en propiedad y con responsabilidad, entregados real y materialmente a dicha sociedad.
- Para el desarrollo de su actividad comercial, la sociedad ELITE S.A.S. apalancaba sus operaciones con recursos propios derivados de su capital pagado, utilidades y excedentes acumulados de periodos anteriores, que al 31 de agosto de 2013 equivalían a la suma de \$4.205.878 (miles).
- Las pruebas efectuadas a las negociaciones de compra venta de “pagares-libranza”, establecieron una semejanza entre las compras de tales títulos efectuadas a los operadores y la venta y asignación de los mismos a los inversionistas, con retorno de la inversión a través del pago de flujos mensuales que incluye capital e intereses, por montos que correspondían a los flujos de cada pagaré negociado. Tales títulos eran entregados mediante endoso en propiedad a favor de los inversionistas y la custodia de los mismos se llevaba a cabo en una entidad especializada en esta labor, situación que se acreditó con la certificación de asignación y custodia de títulos que expedía MANEJO TÉCNICO DE INFORMACIÓN S.A. –MTI, compañía que daba fe de la propiedad de los pagarés en cabeza de cada inversionista.
- El resultado del estudio de los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2012 no evidenció las circunstancias descritas en los numerales primero y segundo del artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, esto es, el registro de pasivos para con el público que estén conformados por obligaciones con más de 20 personas o por más de 50 obligaciones o la celebración de contratos de mandato indeterminados.
- Tampoco se observaron hechos notorios, tales como recaudos masivos de dinero, filas en las instalaciones de la sociedad o cualquier otro que permitiera inferir que la sociedad visitada estuviera recibiendo recursos del público.

Este último informe se puso en conocimiento de la SS por medio del radicado número 2013047650-008 del 16 de julio de 2014, teniendo en cuenta que Elite International Américas S.A.S. entró en vigilancia de la SS el 1 de abril de 2014 de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2.2.2.1.1.1. del Decreto 1074 de 2015⁹, indicando que aquel documento describía hechos que podrían recaer en el ámbito de su competencia.

⁹ Elite International Américas S.A.S. entró en vigilancia de la Supersociedades el 1 de abril de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2do del artículo 2.2.2.1.1.1. del Decreto 1074 de 2015, al superar 30.000 SMLV de ingresos al tenor de lo indicado en los estados financieros del año 2013.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Conforme a lo expuesto, esta autoridad realizó visitas de inspección sin encontrar hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público, y en atención a que se trataba de una sociedad sometida a vigilancia de un organismo distinto a esta Superintendencia, se remitió la actuación a la autoridad respectiva perdiendo competencia y derivando ello en una indefectible falta de legitimación por pasiva.

Por otro lado, teniendo en cuenta que en las citadas visitas se evidenció que ELITE S.A.S. realizaba operaciones como la compra de los pagarés-libranza con las cooperativas COOINVERCOR y COOCREDIMED, la SFC decidió realizar visita de inspección a las mismas con el fin de establecer si estaban realizando operaciones de captación o recaudo no autorizado de dineros, como se explicará:

- Se realizó visita a COOINVERCOR ordenada en el oficio 2013081463-001 del 17 de septiembre de 2013, la cual consta en informe de inspección No. 113000824201300305, donde se indica que *“(...) las actividades desarrolladas por (...) COOINVERCOR (...) a la fecha de la visita objeto del presente informe no configuran 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”*.
- Cabe señalar que de acuerdo con lo ordenado mediante oficio No. 2013081431-001 del 17 de septiembre de 2013 la SFC también realizó visita a COOCREDIMED, los resultados de dicha actuación se encuentran en el informe número 113000823201300303, en donde consta que *“(...) no se configuraron de manera objetiva los supuestos de captación o recaudo no autorizado de dineros del público que alude el Decreto 1981 de 1988 y el Decreto 4334 de 2008.”*. En ese orden, de los hallazgos de dicha visita se dio traslado a la SES con oficio No. 2013081431-016 del 27 de febrero de 2014 para lo de su competencia.

En vista de todo lo expuesto, los informes de las visitas realizadas por la SFC a COOINVERCOR y a COOCREDIMED, fueron puestos en conocimiento de la SS y de la SES por considerar que exponen hechos que podían recaer en el ámbito de su competencia, mediante radicados 2013047650-008 y 009 del 16 de julio de 2014, perdiendo de esta forma competencia.

Lo anterior demuestra que el supuesto comportamiento omisivo que se imputa a la SFC no se presentó, fruto de ello la ardua labor realizada por este ente de control en relación con ELITE S.A.S., en los términos señalados en este acápite.

6.3. NINGUNA AUTORIDAD DEL ESTADO PODRÁ EJERCER FUNCIONES DISTINTAS DE LAS QUE LE ATRIBUYEN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY.

Como ya se señaló, se acude al medio de control de reparación directa, para reclamar, solidariamente de las entidades demandadas una indemnización económica, frente a una presunta responsabilidad extracontractual del Estado, por supuestamente haber incumplido el deber de vigilar, controlar e inspeccionar el funcionamiento de la sociedad ELITE S.A.S., a la cual supuestamente le entregó sumas de dinero con el fin de comprar títulos valores, lo cual en su sentir les habilita para reclamar perjuicios materiales por la presunta omisión en el ejercicio de las funciones previstas en el Decreto 663 de 1993 y el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008.

Téngase en cuenta que si desde la misma Constitución Política (artículos 6 y 121) se establece que las autoridades públicas, tal es el caso de mi representada, no pueden ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley, la pretendida responsabilidad que se quiere trasladar en forma solidaria a las demandadas, bajo el argumento de un supuesto incumplimiento de las mismas, deberá analizarse, considerando, además, las limitaciones impuestas en el referido mandato constitucional.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Así las cosas, si la SFC no ha tenido participación institucional, directa o indirecta, en los actos y hechos de los que pretende derivarse ahora su responsabilidad, no basta para ello acusarla irreflexivamente por omisiones imprecisas y difusas sin identificar su naturaleza y demostrar su ocurrencia, en este orden, resulta del caso recordar, tal como acertadamente lo dijere el Consejo de Estado:

*“Tal concepto implica, como lo ha dicho repetidamente la Sala, que la responsabilidad de la Administración no puede resultar comprometida cada vez que un particular resulta lesionado en su ‘vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades’ para cuya protección están establecidas las autoridades de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución, pues el examen del cumplimiento adecuado de las obligaciones del Estado no puede hacerse con relación a un Estado ideal, sino con referencia concreta a la Administración a la que se impone tal obligación, teniendo en cuenta sus recursos, sus capacidades y sus posibilidades y sin que pueda olvidarse que nadie, tampoco el Estado, puede estar obligado a lo imposible”.*¹⁰ (Se subraya)

Luego, al no estar justificado ni sustentado el daño patrimonial alegado ni la presunta omisión endilgada a mi representada, las pretensiones de la demanda necesariamente deben desestimarse, máxime cuando el eventual daño derivado no fue ni es consecuencia directa de una acción u omisión que pueda endilgársele a la SFC, aspecto que fácilmente se puede dilucidar al realizar una simple lectura del marco legal que regula sus funciones y observando las actuaciones desarrolladas por aquella, veamos:

Resulta pertinente manifestar que la SFC como entidad estatal de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo consagrado en el artículo 121 de la Constitución Política, **sólo tiene competencia en relación con las materias a su cargo** y con sujeción a las funciones atribuidas por la Constitución y la ley, las cuales para el caso de esta Autoridad, se encuentran descritas, en el Decreto 2739 de 1991, Decreto – Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- EOSF), la Ley 964 de 2005, Decreto 2555 de 2010 (modificado, entre otros, por el Decreto 1848 de 2016), y las demás normas que las modifiquen o adicionen.

En efecto, como se ha sostenido a lo largo de este escrito, se tiene que esta Superintendencia es el Organismo técnico encargado de ejercer funciones de control, inspección y vigilancia **sobre las entidades que conforman los sectores financiero, asegurador, bursátil y previsional del país**, teniendo como objetivo supervisar el sistema financiero y el mercado de valores colombiano, de acuerdo con la facultad consagrada y delegada en los artículos 189 numeral 24 y 211 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, la SFC, desde la óptica de sus funciones administrativas, **no le compete intervenir en las relaciones contractuales entabladas entre las entidades vigiladas (y no vigiladas) y los particulares**. Es así como, esta Entidad no puede impartir órdenes referidas a la ejecución y terminación de contratos celebrados entre los particulares y sus entidades vigiladas ni mucho menos las no vigiladas, dado que su función de supervisión no trasciende a la intrusión en la esfera de la autonomía de las partes que se caracteriza por la libertad negocial, pues estaría desbordando el ámbito de su competencia administrativa. **Una interpretación contraria llevaría a pensar que esta autoridad tiene facultades para coadministrar o para dirimir diferencias que puedan surgir en las relaciones contractuales, e incluso para asumir responsabilidades por completo ajenas a su naturaleza, objetivos y funciones.**

Es por ello que la SFC, dado su carácter de entidad pública, solamente puede realizar aquellas funciones para las que ha sido expresamente facultada, conforme al artículo 121 de la Constitución Política, según el cual “*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le*

¹⁰Consejo de Estado. Sentencia de 6 de octubre de 1995, expediente 9535, ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

atribuyen la Constitución y la ley”, luego dentro de ese estricto marco, evidente resulta que no existe la menor posibilidad de endilgar omisión o incumplimiento de función alguna en cabeza de mi prohijada que derive en la posibilidad de estudiar un resarcimiento de los accionantes a su cargo, toda vez esta Entidad en cumplimiento de las funciones establecidas en el literal a), numeral 4, del artículo 326 del EOSF, en los numerales 1,2,6 y 22 del entonces artículo 11.2.1.4.35 hoy modificado por el artículo 21 del Decreto 2399 de 2019 y en el artículo 11.2.1.3.2 del Decreto 2555 de 2010 en el año 2013 practicó dos visitas de inspección a la sociedad ELITE S.A.S., en las que no se encontraron configurados los supuestos o los hechos objetivos o notorios de captación o recaudo no autorizado de dineros del público a que aluden el Decreto 1981 de 1988 (hoy incorporado en el Decreto 1068 de 2015) y el Decreto 4334 de 2008, y con ocasión de las cuales se trasladaron los respectivos informes a la Superintendencia de Sociedades y de la Economía Solidaria, con base en los hallazgos evidenciados y que correspondían ámbito de sus competencias.

7. EXCEPCIONES

Sea lo primero informar al Despacho que las excepciones previas que alegará esta Superintendencia serán presentadas en escrito separado. En ese orden nos referiremos a las excepciones de fondo, así:

7.1. EXCEPCIONES DE FONDO.

En adición a las excepciones previas propuestas en escrito separado, invoco mediante este escrito las excepciones de fondo que se desarrollan a continuación, con el fin de que se declare la imposibilidad de entrar a estudiar las pretensiones objeto de la demanda o se desestimen por razones de fondo.

7.1.1. Actuación diligente de la SFC en relación con ELITE S.A.S. en el presente caso. Inexistencia de supuesta conducta omisiva imputada en la demanda a este ente de control.

7.1.1.1. Esta Entidad realizó una visita de inspección del 13 al 17 de febrero de 2012 a la sociedad ELITE S.A.S., de conformidad con las facultades de supervisión conferidas en el literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF, del literal a) del numeral 4 del artículo 326 del mismo estatuto, en los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 y en el artículo 11.2.1.3.2. del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008 y en el Decreto 1981 de 1988, la cual fue ordenada a través del oficio No. 2012010530-000 del 10 de febrero de 2012.

Dicha visita, fue motivada por *“(...) información contenida en el correo electrónico del 11 de enero de 2012 remitido por la Superintendente Delegada para Emisores, Portafolios de Inversión y otros Agentes al Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la Actividad Financiera, en el que se relaciona la actividad económica desarrollada por la sociedad Elite International Américas, la cual promociona productos de inversión en activos no correlacionados con el mercado financiero, a efecto de proteger los recursos a las volatilidades comunes del mercado de valores y generar excelentes rentabilidades a un riesgo muy bajo. Una de las alternativas de inversión es la compra de títulos pagares libranza de las FFMM a descuento”.*

De la anterior visita se concluyó que: *“(...) las actividades de compra y venta de cartera que tiene implementadas la sociedad en virtud del modelo de negocio expuesto en el presente informe, NO configuran actividades de captación o recaudo no autorizado de dineros al tenor de lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988”.*

7.1.1.2 Posteriormente, en uso de las facultades legales otorgadas a esta Superintendencia frente a personas no vigiladas, contenidas en el literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF, del literal a) del numeral 4 del artículo 326 del mismo estatuto, en los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 y



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

en el artículo 11.2.1.3.2. del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008 y en el Decreto 1981 de 1988, esta Entidad realizó una nueva visita de inspección a la sociedad ELITE S.A.S., ordenada a través del oficio radicado 2013047650-001 del 31 de mayo de 2013, visita que se llevó a cabo entre el 4 y 7 de junio de 2013, ampliada por oficio No. 2013047650-001 entre el 13 y el 18 de diciembre del mismo año.

Esta segunda visita fue motivada por comunicaciones¹¹ recibidas de particulares dirigidos a esta Superintendencia y en las que se señalaba el ofrecimiento de pagarés-libranza con renta fija mensual por parte de ELITE S.A.S.

En esta última, se evidenciaron las siguientes situaciones respecto de ELITE S.A.S.:

- La sociedad objeto de la inspección es una empresa dedicada a la negociación de activos financieros, cuyo modelo de negocio era la compra de títulos valores de contenido crediticio representados en pagarés-libranza originados por diferentes Cooperativas y la enajenación de tales títulos, suscritos por funcionarios vinculados a las pagadurías de diversas entidades, como el Ministerio de Defensa, Armada Nacional, Fuerza Aérea, Policía Nacional, Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP), Fondo de Pensiones de la Policía Nacional (CAGEN), Gobernaciones, Alcaldías y Secretarías de Educación.
- Para llevar a cabo esta operación, ELITE S.A.S. y las cooperativas instrumentaron un documento denominado “CONTRATO DE COMPRAVENTA DE CARTERA”, cuyo objeto fue la adquisición de cartera contenida en PAGARÉS-LIBRANZA, los cuales eran endosados en propiedad y con responsabilidad, entregados real y materialmente a dicha sociedad.
- Para el desarrollo de su actividad comercial, la sociedad ELITE S.A.S. apalancaba sus operaciones con recursos propios derivados de su capital pagado, utilidades y excedentes acumulados de periodos anteriores, que al 31 de agosto de 2013 equivalían a la suma de \$4.205.878 (miles).
- Las pruebas efectuadas a las negociaciones de compra venta de “pagares-libranza”, establecieron una semejanza entre las compras de tales títulos efectuadas a los operadores y la venta y asignación de los mismos a los inversionistas, con retorno de la inversión a través del pago de flujos mensuales que incluye capital e intereses, por montos que correspondían a los flujos de cada pagaré negociado. Tales títulos eran entregados mediante endoso en propiedad a favor de los inversionistas y la custodia de los mismos se llevaba a cabo en una entidad especializada en esta labor, situación que se acreditó con la certificación de asignación y custodia de títulos que expedía MANEJO TÉCNICO DE INFORMACIÓN S.A. –MTI, compañía que daba fe de la propiedad de los pagarés en cabeza de cada inversionista.
- El resultado del estudio de los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2012 no evidenció las circunstancias descritas en los numerales primero y segundo del artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, esto es, el registro de pasivos para con el público que estén conformados

11

| Numero de radicado inicial | Fecha | Radicado de respuesta final | Fecha |
|----------------------------|------------|-----------------------------|------------|
| 2012038501-000 | 16-05-2012 | 2012038501-002 | 05-06-2012 |
| 2012038133-000 | 15-05-2012 | 2012039955-002 | 05-06-2012 |
| 2012074968-000 | 29-08-2012 | 2012074968-002 | 10-09-2012 |
| 2012078419-000 | 10-09-2012 | 2012078419-001 | 24-09-2012 |



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

por obligaciones con más de 20 personas o por más de 50 obligaciones o la celebración de contratos de mandato indeterminados.

- Tampoco se observaron hechos notorios, tales como recaudos masivos de dinero, filas en las instalaciones de la sociedad o cualquier otro que permitiera inferir que la sociedad visitada estuviera recibiendo recursos del público.

Este último informe se puso en conocimiento de la Supersociedades por medio del radicado número 2013047650-008 del 16 de julio de 2014, teniendo en cuenta que Elite International Américas S.A.S. entró en vigilancia de la SS el 1 de abril de 2014 de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2.2.2.1.1.1. del Decreto 1074 de 2015¹², indicando que aquel describía hechos que podrían recaer en el ámbito de su competencia.

Conforme a lo expuesto, esta autoridad realizó visitas de inspección sin encontrar hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público, y en atención a que se trataba de una sociedad sometida a vigilancia de un organismo distinto a esta Superintendencia, se remitió la actuación a la autoridad respectiva perdiendo competencia y derivando ello en una indefectible falta de legitimación por pasiva.

7.1.1.3. Como ya se indicó, con ocasión de las diligencias realizadas en la sociedad ELITE S.A.S., se estableció que dicha sociedad había suscrito contratos de COMPRAVENTA DE CARTERA con las cooperativas COOINVERCOOR y COOCREDIMED, por lo cual esta autoridad realizó visita las mismas pese a no estar sometidas a su inspección y vigilancia, con el fin de recabar información sobre las operaciones de venta de “pagarés-libranza” y establecer si estaban realizando operaciones de captación o recaudo no autorizado de dineros:

- Mediante oficio No. 2013081463-001 del 17 de septiembre de 2013, se dispuso la realización de una visita de carácter especial a la **COOPERATIVA INVERSIONES DE CORDOBA-COOINVERCOR**, cuyas conclusiones se encuentran en el informe de visita No. 113000824201300305, donde se indica que “(...) *las actividades desarrolladas por (...) COOINVERCOR (...) a la fecha de la visita objeto del presente informe no configuran 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*”.
- Se realizó igualmente visita de inspección in situ a la **COOPERATIVA DE CREDITOS MEDINA – COOCREDIMED** ordenada a través de oficio No. 2013081431-001 del 17 de septiembre de 2013, cuyas conclusiones se encuentran en el informe de visita No. 113000823201300303, en donde consta que “(...) *no se configuraron de manera objetiva los supuestos de captación o recaudo no autorizado de dineros del público que alude el Decreto 1981 de 1988 y el Decreto 4334 de 2008*”.

En esta medida, se dio traslado de los hallazgos del informe de inspección a la SES con oficio No. 2013081431-016 del 27 de febrero de 2014, para lo de su competencia.

El contenido de los informes de las visitas realizadas por la SFC a COOINVERCOOR y a COOCREDIMED, fueron puestos en conocimiento de la SS y de la SES por considerar que exponen hechos que podían recaer en el ámbito de su competencia, mediante radicados 2013047650-008 y 009 del 16 de julio de 2014, perdiendo de esta forma competencia sobre dicho asunto.

¹² Elite International Américas S.A.S. entró en vigilancia de la Supersociedades el 1 de abril de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2do del artículo 2.2.2.1.1.1. del Decreto 1074 de 2015, al superar 30.000 SMLV de ingresos al tenor de lo indicado en los estados financieros del año 2013.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Lo anterior demuestra que el supuesto comportamiento omisivo que se imputa a la SFC no se presentó, fruto de ello la ardua labor realizada por este ente de control en relación con ELITE S.A.S., en los términos señalados en este acápite.

Conforme a lo expuesto no cabe menos que concluir que lejos de permanecer inactiva o estática, la SFC cumplió a cabalidad las funciones establecidas en la ley, actuando dentro del específico marco de competencias que la normatividad establece, por lo que en modo alguno puede hablarse de una omisión de mi representada de cara a las actuaciones desplegadas por una entidad ajena a su ámbito de inspección, vigilancia y control.

7.1.2. Causales de exoneración de responsabilidad - Inexistencia del nexo de causalidad.

En el evento en que este Despacho llegue a considerar que existe un eventual daño antijurídico, se demostrará que el mismo no es imputable a la SFC, pues existen causales que exoneran su responsabilidad y desvirtúan el nexo de causalidad.

7.1.2.1. Hecho de un tercero.

En el hipotético caso en que los demandantes a lo largo del presente proceso judicial llegaran a demostrar la existencia de un eventual perjuicio en virtud de la entrega de dineros a ELITE S.A.S. o llegaran a demostrar que las pérdidas que aducen haber sufrido devienen de la existencia y funcionamiento de esa sociedad, ese **NO** es un hecho atribuible a la SFC, sino que obedece a una conducta inescrupulosa de personas ajenas a esta Entidad, esto es, a los representantes legales y/o administradores de la citada sociedad.

De igual forma téngase en cuenta que en los hechos 34 y 35 de la reforma la señora Gladys Elvira de la Espriella Gómez, indicó que la sociedad ELITE S.A.S. a mediados del año 2016 cesó el pago las amortizaciones que mes a mes les eran entregadas, invocando problemas de orden operativo de la cartera, asuntos relacionados con las pagadurías y menesteres internos de las cooperativas originadoras de los pagarés que dice haber sido adquirido por los demandantes, circunstancias en las que no participó la SFC, y que al contrario si denota que la presunta pérdida de sus recursos deviene de situaciones suscitadas por un tercero (Cooperativas originadoras y/o ELITE S.A.S.), adicionalmente, y desde aquel instante los demandantes debieron haberse cuestionado sobre cuáles eran los problemas por los que atravesaban las originadoras y la misma ELITE S.A.S. y haber emprendido de manera inmediata las acciones correspondientes en procura de recuperar su presunta inversión, acciones que no se avizora hubiesen sido emprendidas.

Así, de comprobarse que pudo generarse un daño, el mismo habrá de ser objeto de litigio directamente entre las partes contratantes en desarrollo del negocio particular e individual que se aduce fue celebrado, a través de las acciones judiciales que el legislador previamente ha instituido: entre ellas las de competencia de la jurisdicción civil e incluso penal, en caso que la autoridad competente estime que se está en presencia de un hecho punible o bien en el escenario de la liquidación en la que al parecer solicitaron el reconocimiento de sus acreencias, o finalmente, acudiendo a la jurisdicción ordinaria.

Respecto de este último escenario, vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que los demandantes afirman haberse hecho parte en la liquidación ordenada por la SS respecto de la sociedad ELITE S.A.S. y en efecto haber recibido diferentes sumas de dinero, conlleva a la indefectible conclusión del reconocimiento de tal sociedad anónima -hoy en liquidación - como la responsable de la eventual merma patrimonial sufrida.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En efecto, es importante reiterar que el presente asunto versa sobre contratos celebrados entre particulares en los que la SFC no hizo parte, razón por la cual el cumplimiento del mismo no dependía de esta autoridad sino del tercero que se comprometió con la suscripción del mismo, esto es ELITE S.A.S.

Así las cosas, es evidente que en el presente caso nos encontramos con que la responsabilidad radica exclusivamente en cabeza de ELITE S.A.S., de sus socios y personal directivo, pues según manifiestan los demandantes en su escrito, existen ya procesos penales contra aquellos por el delito de captación masiva y habitual de dineros.

Para esta Superintendencia es claro que ELITE S.A.S. instrumentó un ardid con base en una operación legítima, el descuento que se presenta en la negociación de un título valor, para engañar a particulares con falsas promesas de rendimientos elevados cuando se conocía que los flujos recibidos resultaban insuficientes para garantizar el pago de lo prometido.

7.1.2.2. Culpa exclusiva de la víctima.

Sea lo primero señalar que los demandantes son personas mayores de edad, que tienen el conocimiento que dan las máximas de la experiencia y que tomaron una decisión de negociación que por sus características tenía un riesgo implícito y del cual no se puede pretender fundar responsabilidad administrativa en cuanto a su resultado.

Cabe señalar, con base en las conclusiones contenidas en los informes de visita ya analizados en este escrito, que al parecer lo que ocurrió no fue otra cosa que la celebración de un contrato aleatorio, en los términos descritos en el artículo 1498 del Código Civil, esto es, aquel en el cual existe una contingencia incierta de ganancia o pérdida que se materializó en la compra de cartera, dicha compra generó el alea de una posible rentabilidad atada al recaudo de cartera que se lograra en un período de tiempo determinado. Así las cosas, no se puede pretender fundar responsabilidad del Estado en cuanto a los resultados de un negocio privado, menos aun cuando el resultado del mismo dependía de un alea que los demandantes quisieron asumir libre y voluntariamente.

Resulta importante hacer énfasis en el hecho de que los demandantes, según se infiere del libelo, obraron de manera libre y voluntaria al momento de entregar sus dineros a ELITE S.A.S., bajo el principio de la autonomía privada de la voluntad, y en esa negociación asumieron los riesgos propios del contrato que aducen haber suscrito.

De modo que si los demandantes no debían compartir las utilidades del negocio celebrado con ELITE S.A.S. con la SFC, mal pueden pretender que las supuestas pérdidas si sean atendidas por este ente de control, en lo que constituye un típico caso de privatización de utilidades y socialización de pérdidas.

De otro lado, es importante considerar que el supuesto convenio celebrado entre la parte actora y ELITE S.A.S. se trató de un negocio privado sin intervención alguna de la SFC, en el cual los actores aseveran haber realizado una “inversión” de dinero, tipo de negocios que hace referencia a la colocación de capital en una operación, proyecto o iniciativa empresarial con el fin de recuperarlo con intereses en caso de que el mismo genere ganancias, para la economía y las finanzas las inversiones tienen que ver tanto con el ahorro, como con la ubicación del capital y aspectos vinculados al consumo. Una inversión es típicamente un monto de dinero que se pone a disposición de terceros, de una empresa o de un conjunto de acciones con el fin de que el mismo se incremente producto de las ganancias que genere ese fondo o proyecto empresarial.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Así, toda inversión implica tanto un riesgo como una oportunidad. Un riesgo en la medida en que la devolución del dinero invertido no está garantizada, como tampoco las ganancias. Una oportunidad en tanto el éxito de la inversión puede implicar la multiplicación del dinero colocado.

*“En la inversión privada suelen considerarse tres variables distintas; la primera corresponde al rendimiento esperado, es decir, la rentabilidad que se considera que tendrá en términos positivos o negativos, la segunda obedece al **riesgo aceptado, es decir, la incertidumbre sobre el rendimiento, la posibilidad de que la inversión no se recupere**, y por último el horizonte temporal, o bien el período a corto, mediano o largo plazo durante el que la inversión se sostendrá.”¹³*

Entonces, estaban los demandantes obligados a actuar con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como proceder con la diligencia de un buen hombre de negocios, es decir, su actuación debió ir más allá de la diligencia y prudencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial tenía que orientarse a que la ejecución del contrato se adelantara normalmente, pues se trataba de sus recursos y probablemente los de sus familias, lo que supone una mayor exigencia en la administración de esos asuntos, quienes en el ejercicio de su gestión tenían una gran responsabilidad en el cumplimiento de sus deberes, frente a las decisiones y actuaciones que tomaban, lo que más adelante impactaría en el resultado del negocio realizado.

Esa diligencia los hubiese llevado siquiera a cuestionarse sobre el origen de los pagarés libranza, es decir, por lo menos verificar si existían dichos títulos en las cooperativas originadoras que celebraban negocios con ELITE S.A.S. o en la sociedad contratada para la custodia de los mismos; de igual forma no se acreditó que los demandantes hayan verificado o investigado sobre el efectivo pago de los deudores a las pagadurías de las obligaciones, si se trataba de cartera siniestrada o títulos valores duplicados, también si la información que les brindaban sobre montos y plazos de los pagarés era verídica o simplemente se limitaron a recibir información sin comprobarla y a suscribir documentos sin un soporte válido amparados en la confianza que les brindó ELITE S.A.S., es así como, la posible desidia de los demandantes en los términos en que hemos hecho referencia se configura como causa del presunto perjuicio, que sin fundamento fáctico y jurídico pretende ahora endilgar a las entidades demandadas, entre ellas, a mi prohijada.

En conclusión, nos encontramos ante una culpa exclusiva de la víctima por la realización de una operación aleatoria y de alto riesgo de manera libre y voluntaria.

7.1.3. Liquidación como escenario idóneo para las reclamaciones de índole económica como la que se pretende.

El trámite de la demanda judicial por medio de la interposición del medio de control de reparación directa, no es el mecanismo adecuado para pretender la restitución de los dineros que se dice fueron entregados a ELITE S.A.S., pues con ello se desconocen las instancias legales dispuestas especialmente para tales fines, esto es, el trámite administrativo que con fundamento en el artículo 5° del Decreto 4334 de 2008, fue ordenado por la SS mediante Auto 400-018449 del 09 de diciembre de 2016, a través del cual se decretó la liquidación judicial como medida de intervención, entre otros, de ELITE S.A.S., escenario en el que existe la posibilidad de devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que al pretender los demandantes que a través del medio de control de reparación directa le sea restituida como pretensión el valor de los dineros entregados a

¹³ Definición ABC: <http://www.definicionabc.com/economia/inversiones>.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ELITE S.A.S., conllevaría al cobro de lo no debido e incluso de un enriquecimiento sin causa, por cuanto al restituirse a la parte actora dentro del proceso de liquidación de manera parcial o total el valor de la inversión, se entendería que su daño se habría resarcido y nadie está habilitado por la ley para obtener el pago de una obligación dos veces.

A lo anterior se le suma que, en los hechos de la reforma a la demanda, la accionante Gladys Elvira de la Espriella Gómez afirma que el agente liquidador de la sociedad ELITE SAS les ha pagado diferentes sumas de dinero, situación que permite deducir cual es la vía idónea para la devolución de las sumas de dinero que reclaman a través de esta demanda.

8. PETICIÓN.

Asistido de las razones de hecho y de derecho expuestas en este escrito, respetuosamente solicito a su señoría:

1. Se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones de mérito de **ACTUACIÓN DILIGENTE DE LA SFC RESPECTO DE ELITE S.A.S.; CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD - INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD (HECHO DE UN TERCERO - CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA) Y LIQUIDACIÓN COMO ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONÓMICA COMO LA QUE SE PRETENDE.**
2. Se **NIEGUEN** todas las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en el presente escrito.

En todo caso:

i) Se **CONDENE** en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

9. FRENTE AL ACÁPITE DE COMPETENCIA Y CUANTÍA DE LA DEMANDA.

Entendemos que la estimación razonada de la cuantía realizada por la parte actora en el mencionado acápite del escrito de demanda, tiene por objeto cumplir con el requisito de la demanda previsto en el numeral 6 del artículo 162 del CPACA.

No obstante lo anterior, si eventualmente el Despacho considera dicha estimación como un Juramento Estimatorio, en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso del Proceso, se objeta la estimación de perjuicios que ha presentado bajo juramento la parte demandante, para cuyo efecto se solicita tener como incorporadas como fundamento del presente acápite de objeción, todas las razones y manifestaciones en torno a la INEXISTENCIA DEL DAÑO Y SU ANTIJURIDICIDAD.

Esta objeción encuentra sustento en la ilegitimidad y la improcedencia de la demanda, lo cual encuentra suficiente y sólido respaldo en las argumentaciones y excepciones que se dejan expuestas en defensa de los derechos e intereses de la SFC, de manera que no podrán prosperar o estimarse las pretensiones de la demanda, máxime si se tiene presente que en este caso, como ya se ha señalado, no nos consta y tampoco esta probado que la parte demandante haya sufrido daños y perjuicios causados por esta Entidad.

En consecuencia, esta objeción afecta la totalidad del monto estimado bajo juramento por la Parte Demandante.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En cuanto se desestimen las pretensiones de la parte demandante – tal como lo solicito– deberán decretarse y liquidarse, a favor de mi mandante y a cargo de la Parte Demandante, las sumas correspondientes a costas, incluidas las Agencias en Derecho.

10. RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LOS DEMANDANTES.

Verificado el escrito de reforma demanda, esta Superintendencia considera necesario oponerse a la solicitud de determinadas pruebas realizada en el escrito de demanda por la parte actora, tales como:

10.1. Remisión de expedientes:

En el acápite titulado “REMISIÓN DE EXPEDIENTE” del escrito de reforma demanda, se solicita que se “(...)ordene a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA que alleguen el expediente que se produjo con ocasión de las investigaciones que realizaron a la Empresa ELITE INTERNATIONAL AMÉRICAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, con anterioridad a junio de 2016 y los resultados de las visitas de los años 2012 – 2013, 2014 – 2015 y 2016 (...)”.

Con relación a esta solicitud, es de mencionar que con la contestación de la demanda radicada el día 20 de septiembre de 2019, se adjuntaron los informes de las visitas de inspección realizadas por la SFC a las diferentes sociedades y que fueron mencionados en este escrito, por lo que se hace innecesario decretar la remisión solicitada.

10.2. Informe juramentado:

En el numeral 1 del acápite “INFORME JURAMENTADO” del escrito de reforma de la demanda, el actor solicita “(...) se sirva ordenar al representante legal de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o quien haga sus veces, que rinda un informe juramentado en relación con todos y cada uno de los hechos de la demanda”.

Al respecto, es importante reiterar que según establece el artículo 168 del CGP “El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.” (Se subraya).

En el caso que nos ocupa, el informe sobre todos y cada uno de los hechos de la demanda se ha rendido con la contestación de la demanda y se complementan con la contestación a la reforma de la demanda, pues no solo se aportaron los informes de las visitas de inspección realizadas por esta Superintendencia, sino además se hizo un resumen de dichas actuaciones.

En ese orden, el informe no solo resulta inútil para el proceso, en la medida en la que se limitaría a reiterar el contenido de los mencionados informes, además de generar una carga y un desgaste tanto para la administración pública como para la administración de justicia.

Por lo expuesto, me opongo a que se decrete la solicitud de dicho informe y pido al señor juez rechazarlo, pues al ya existir unos documentos que contienen lo solicitado por los demandantes, esta prueba carece de utilidad y se torna en innecesaria para el presente proceso, y en caso de decretarse, sería del todo superflua o redundante.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

11. PRUEBAS.

Con el propósito de acreditar los hechos y las afirmaciones que se han expuesto a lo largo de la presente contestación a la demanda citada en la referencia, solicito que se decreten y se valoren como pruebas las previamente allegadas con la contestación de la demanda en un CD, además de aquellas que oficiosamente disponga incorporar al plenario ese Honorable Despacho, todas aquellas que se señalan a continuación y que en su momento fueron planteadas cuando se contestó la demanda. Para el caso de ahora se relacionan las ya allegadas al expediente:

1. Oficio No. 2012010530-001-000 del 10 de febrero de 2012, por medio del cual se ordena visita a la sociedad ELITE S.A.S. entre el 13 y 17 de febrero de 2012.
2. Informe de Inspección radicada con el No. 2012010530-007-000, visita realizada a ELITE S.A.S.
3. Oficio No. 2013047650-001-000 del 31 de mayo de 2013, por medio del cual se ordena visita a la sociedad ELITE S.A.S. entre el 4 y 7 de junio de 2013.
4. Oficio No. 2013047650-004-000 del 06 de diciembre de 2013, por medio del cual se ordena ampliar la visita realizada a la sociedad ELITE S.A.S. entre el 13 y 18 de diciembre de 2013.
5. Informe de Inspección 113000670201300234 radicada con el No. 2013047650-007-000, visita realizada a ELITE S.A.S.
6. Oficio No. 2013081463-001 del 17 de septiembre de 2013, por medio del cual se dispone la realización de una visita a la **COOPERATIVA INVERSIONES DE CORDOBA-COOINVERCOR.**
7. Informe de Inspección 113000824201300305 radicada con el No. 2013081463-009-000, visita realizada a **COOINVERCOR.**
8. Oficio No. 2013081431-001-000 del 17 de septiembre de 2013 por medio del cual se dispone la realización de una visita a la **COOPERATIVA DE CREDITOS MEDINA – COOCREDIMED.**
9. Informe de Inspección 113000823201300303 radicado con el No. 2013081431-014-000, visita realizada a **COOCREDIMED.**
10. Traslado del informe de visita realizada a **COOCREDIMED** a la Superintendencia de Economía Solidaria, lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013081431-016 del 27 de febrero de 2014.
11. Traslado de los informes de visita a la Superintendencia de Sociedades lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013047650-008 del 16 de julio de 2014.
12. Traslado de los informes de visita a la Superintendencia de Economía Solidaria lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013047650-009 del 16 de julio de 2014.

Al respecto, es de indicar que los documentos remitidos como pruebas tienen el cariz de reservados, razón por lo cual solicitamos adoptar las medidas tendientes a garantizar la conservación de la misma en los términos del artículo 27 del CPACA cuya disposición menciona:

“El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.”

11.2. Pruebas que se solicitaron con la contestación de la demanda y que se reiteran.

11.2.1. Exhortar al agente liquidador de ELITE S.A.S.

En los términos señalados en el artículo 165 del Código General del Proceso se solicita requerir al agente liquidador de ELITE S.A.S. en orden a que se remita la Resolución en la cual se reconoció a los señores **Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella**, como acreedores de ELITE S.A.S. y los valores monetarios que se les han pagado a la fecha.

11.2.2. Interrogatorio de parte.

En los términos señalados por los artículos 184 y siguientes del Código General del Proceso (CGP) y demás normas concordantes, comedidamente solicito se fije hora y fecha, para **INTERROGAR** bajo la gravedad de juramento a los demandantes en este proceso, a los señores **Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella**, lo cual haré de forma oral o escrita, en relación con los hechos materia del medio de control de reparación directa y quienes serán citados a través de su apoderado judicial en los términos autorizados por el art. 78 del citado CGP.

12. NOTIFICACIONES.

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia y la suscrita recibimos notificaciones en la Calle 7 No. 4 – 49, segundo piso, oficinas del Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos – Subdirección de Defensa Jurídica, de la ciudad de Bogotá D.C., y en las casillas de correo electrónico institucional apsanchez@superfinanciera.gov.co y notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co. Celular 3208582958

Del Señor Juez,

Cordialmente,



T.P. 171 391 del C.S.J.
C.C. 53037426 de Bogotá.

ANDREA DEL PILAR SANCHEZ CORTES

70423-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos
70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

Elaboró:

ANDREA DEL PILAR SANCHEZ CORTES

Revisó y aprobó:

ANDREA DEL PILAR SANCHEZ CORTES

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.

Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01

www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2018094081-041-000

Fecha: 2020-09-17 10:06 Sec.día527

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 317-317 MEMORANDO GENÉRICO

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM174729-OFICINA DE APOYO DE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTÁ

Doctor

ALEJANDRO BONILLA ALDANA---

Juez-

JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogota D.C.

Número de Radicación : 2018094081-041-000
Trámite : 132 DEMANDAS
Actividad : 317 317 MEMORANDO GENÉRICO
Anexos :

Referencia: **ESCRITO DE EXCEPCIONES PREVIAS**
Expediente: **110013343060-2018-00417-00**
Demandantes: **GLADYS ELVIRA DE LA ESPRIELLA Y OTROS**
Demandados: **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTROS**

ANDREA DEL PILAR SÁNCHEZ CORTÉS, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.037.426 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional de Abogado No. 171.391, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, según poder que se adjuntó con la contestación de la demanda, estando dentro del término legal procedo a presentar **EXCEPCIONES PREVIAS**, conforme a lo estipulado en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, en los siguientes términos:

1. EXCEPCIONES PREVIAS.

1.1. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable en los procesos que se ventilan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por expresa disposición del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorpora en su numeral 8° la excepción titulada **“Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto”**.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Sobre esta excepción el Consejo de Estado precisó que con la misma se pretende garantizar el principio de seguridad jurídica para procurar certeza en las decisiones judiciales que diriman las controversias que se suscitan entre la comunicad y con ello alcanzar su correspondiente eficacia, lo cual redundaría en el cumplimiento de los fines que orientan la actividad judicial de celeridad, eficiencia y economía procesal, teniendo en cuenta que el fin de un proceso es emitir una decisión de fondo, vinculante y que haga tránsito a cosa juzgada sobre un determinado conjunto de hechos puestos a consideración por las partes, por lo tanto surge la necesidad de la singularidad en los litigios, en el sentido que sobre una controversia no pueden adelantarse varios procesos y así la parte accionante debe atenerse a lo resuelto en el más antiguo de ellos.

Así las cosas, se evita que de forma coetánea se tramiten dos o más procesos con idénticas pretensiones, causa petendi y partes, y se imposibilita que se profieran decisiones eventualmente contradictorias. En este sentido, dicha Corporación ha decantado los presupuestos para la configuración de esta excepción, a saber:

“a. Que exista otro proceso en curso: es necesario este supuesto para la configuración de la excepción de pleito pendiente porque en caso de que el otro no esté en curso sino terminado y se presentaran los demás supuestos, no se configuraría dicha excepción sino la de cosa juzgada.

b. Que las pretensiones sean idénticas: las pretensiones de los dos procesos frente a los cuales se pretenda formular la excepción de pleito pendiente deben ser las mismas para que la decisión de una de las pretensiones produzca la cosa juzgada en el otro, porque en caso contrario, es decir en el evento en que las pretensiones no sean las mismas, los efectos de la decisión de uno de esos procesos serían diferentes pues no habría cosa juzgada y por lo tanto no habría lugar a detener el trámite de uno de los procesos.

c. Que las partes sean las mismas: es evidente que para la prosperidad de la excepción de pleito pendiente debe existir identidad en las partes tanto en uno como en otro proceso, porque de lo contrario las partes entre sí no tendrían pendiente pleito y además tampoco se configuraría la cosa juzgada toda vez que la decisión en un proceso conformado por partes diferentes respecto de otro proceso, no incidiría frente a la del último.

d. Que los procesos estén fundamentados en los mismos hechos: si este requisito se estructura en la identidad de causa petendi se refiere de modo que ella ‘no es lo que permite al juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse’¹.

En desarrollo de lo anterior, existe un presupuesto fundamental para adelantar el estudio de esta excepción, y es que exista un proceso en curso, es decir, que no haya finalizado y que sobre este no haya operado la cosa juzgada. Cumplido este presupuesto, procede analizar los tres restantes: que las pretensiones sean las mismas, que sean las mismas partes y que estén fundamentados en los mismos hechos.

Conforme a lo anterior procedo a analizar cada uno de los presupuestos señalados de cara a la presente acción, así:

- **Existencia de otro proceso en curso:** Como ya se había indicado al Despacho en la contestación de la demanda, sendos escritos presentados por la suscrita y por otro apoderado

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, auto del 13 de noviembre de 2008. Expediente nro. 25000-23-26-000-1998-01148-01. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

de esta Entidad, debo reiterar que cursa en el Juzgado 63 Administrativo de Bogotá el medio de control de Reparación directa No. 2018-00448 promovido por los aquí demandantes y en contra de los aquí accionados, en donde se han surtido las siguientes actuaciones de acuerdo con la información que se reportó en la página web de la rama judicial:

- ✓ Radicación del proceso: 7 de diciembre de 2018.
 - ✓ Inadmisión de la demanda: 12 de diciembre de 2018.
 - ✓ Admisión de la demanda: 30 de enero de 2019.
 - ✓ Notificación a la SFC: 21 de febrero de 2019.
 - ✓ SFC presentó recurso de reposición: 26 de febrero de 2019.
 - ✓ Corre traslado del recurso: 10 de mayo de 2019.
 - ✓ No repone auto recurrido: 22 de mayo de 2019.
 - ✓ Se requirió a la parte demandante: 13 de junio de 2019.
 - ✓ Corre traslado de solicitud de retiro presentada por el demandante: 27 de junio de 2019.
 - ✓ Fijó en lista recurso de reposición y apelación propuesto por el demandante: 9 de julio de 2019.
 - ✓ Corrió traslado a demandados de los recursos presentados por el demandante: 10 de julio de 2019.
 - ✓ Rechazó apelación por improcedente, no accedió a solicitudes y ordenó compulsas de copias: 18 de julio de 2019.
 - ✓ No accedió a aclaración solicitada por el demandante y rechazó recurso promovido por ELITE.
 - ✓ El 6 de agosto de 2019, la SFC contestó la demanda.
 - ✓ El 19 de diciembre de 2019 la SFC contestó la reforma de la demanda.
 - ✓ El 27 de agosto de adelantó audiencia inicial.
 - ✓ A la fecha se están practicando las pruebas decretadas en audiencia.
- **Que las pretensiones sean idénticas:** sobre este punto debe indicarse que las pretensiones en uno y otro proceso son idénticas respecto de cada demandante, y están dirigidas a lo siguiente:
 - ✓ Declarar a la Nación, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, es responsable administrativa y patrimonialmente de los perjuicios causados a mi poderdante, por la omisión en el desarrollo de sus funciones de control, inspección y vigilancia respecto de la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMERCAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, con NIT 900.437.991.5.
 - ✓ Declarar a la nación, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA, responsable administrativa y patrimonialmente de los perjuicios causados a mi poderdante, por la omisión en el desarrollo de sus funciones de control, inspección y vigilancia respecto de la Empresa ELITE INTERNACIONAL AMERCAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN, con NIT 900.437.991.5.
 - ✓ Que con base en lo anterior se condene a la nación SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, al pago de los daños y perjuicios causados al demandante, representados en el capital entregado a ELITE por cada uno de los demandantes, más los intereses ofrecidos por la comercializadora a razón de 21% anual y los intereses



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

bancario corrientes causados y certificados por la superintendencia financiera de Colombia.

- **Que las partes sean las mismas:** al compararse los dos escritos de demanda tenemos que las partes son idénticas, es decir, que tanto en el presente proceso como en el que cursa en el juzgado 63 Administrativo de Bogotá bajo el radicado 2018-00448 tenemos las siguientes partes:

DEMANDANTES:

- ✓ Gladys Elvira de la Espriella Gómez identificada con C.C. No. 30.726.078.
- ✓ Mario Esteban Román de la Espriella identificado con C.C. No. 1.020.717.775.
- ✓ Catalina Román de la Espriella identificada con C.C. No. 52.967.866.
- ✓ Valentina maría Román de la Espriella identificada con C.C. No. 1.020.768.485.

DEMANDADOS:

- ✓ Superintendencia Financiera de Colombia.
 - ✓ Superintendencia de Sociedades.
- **Que los procesos estén fundamentados en los mismos hechos:** Una vez revisados los hechos de cada escrito de demanda se evidencia que corresponden a los mismos, en donde los demandantes narran como incurrieron en una presunta pérdida patrimonial al realizar diferentes negocios con Elite Internacional Américas.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que para el presente caso es clara la configuración y concurrencia de todos los presupuestos de existencia de un pleito pendiente, lo procedente es dar por terminado el proceso con el objeto de precaver juicios paralelos sobre los mismos hechos e identidad de objeto, que conduzca a eventuales fallos contradictorios.

1.2. Falta de claridad de los hechos, ausencia de señalamientos claros y expresos respecto de la SFC.

El artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su numeral segundo lo siguiente:

“Artículo 162. Contenido de la demanda. (...)

2. Lo que se pretende, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.

3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados (...).”

En este orden de ideas, se observa que los acionantes no desarrollan una argumentación seria, completa y clara que demuestre las aseveraciones realizadas con relación a la supuesta conducta omisiva de la SFC que ocasionó los presuntos perjuicios a los señores Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella, igualmente, esta defensa echa de menos los soportes probatorios-documentales con los cuales se acredita que en efecto esta Superintendencia no cumplió con sus



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

funciones de supervisión; contrario sensu, esta autoridad **SI** aportó soportes probatorios-documentales que acreditan que actuó dentro de los límites de su competencia, en forma proba y diligente, como ya se explicó en acapite anterior.

En este mismo sentido, la falta de claridad no solo se predica de los hechos y pretensiones relacionados con esta Superintendencia pues incluso, como ya se indicó, no existe claridad en torno a las fechas de entrega de la totalidad de los recursos, pues no se aportó la totalidad de documentos que lo acrediten, con lo cual es imposible determinar si, en efecto, los demandantes entregaron la totalidad de su dinero a ELITE S.A.S.

Tampoco existe claridad sobre las pretensiones de la demanda, pues los accionantes aspiran que se declare responsable a la SFC y que la misma pague el dinero supuestamente entregado por ellas de forma libre y voluntaria a ELITE S.A.S., no obstante, al mismo tiempo se hacen parte del proceso de liquidación de la citada sociedad, única obligada a la restitución de los recursos según el contrato celebrado, para que aquella también reembolse dichos recursos.

Al tenor de lo anterior y ante la ausencia de hechos y señalamientos claros y expresos respecto de la SFC que sustenten las pretensiones por omisiones imputables a la misma, se concluye que nos encontramos ante un escenario de incumplimiento de los requisitos previstos en los numerales segundo y tercero del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el numeral segundo del artículo 82 del Código General del Proceso.

Lo anterior, bajo el entendido de que la exigencia de plasmar hechos y pretensiones claras y precisas tanto en el escenario extra judicial como en el judicial, no corresponde a caprichos del legislador, sino que son precisamente derroteros de obligatorio cumplimiento, establecidos como garantía del debido proceso y de contera del derecho de defensa, por ser el escrito inicial de demanda el que fija los límites en los cuales habrá de desarrollarse el debate procesal del cual, si bien el juez debe dar aplicación a la justicia material sobre la formal interpretando íntegramente tales documentos, lo cierto es que le está vedado modificar la causa petendi.²

1.3. Caducidad.

El artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, define el medio de control de reparación directa así:

“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los Agentes del Estado (...).”

De otro lado el artículo 169 *ejusdem* dispone lo siguiente:

“ARTICULO 169. RECHAZO DE LA DEMANDA. *Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:*

1. Cuando hubiere operado la caducidad (...). (Negrillas fuera de texto original)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente Doctor Henan Andrade Rico. Radicado 250002336000201500513 01. 12 de julio de 2016.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Adicionalmente el artículo 164 (ibídem) prevé los términos para intentar los diferentes medios de control. Así, el literal i), del numeral 2 del citado artículo, en lo que a la reparación directa se refiere, dispone que la demanda deberá ser presentada “(...) *dentro del término de dos años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia*”.

En virtud de lo anterior y una vez analizados los hechos, se puede extraer que la SFC dentro del marco de su competencia realizó dos visitas de inspección a la sociedad ELITE S.A.S., finalizadas las cuales, remitió por competencia los informes que resultaron de las mismas a la SS para los fines de su competencia, de conformidad con lo normado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 4334 de 2008.

Conforme lo anterior, de aceptarse en gracia de discusión que la SFC omitió el cumplimiento de sus funciones, el momento en que cesó la presunta omisión de esta Superintendencia habría sido aquel en que se dio inicio a las mencionadas visitas, no obstante, lo cierto es que la culminación de ese trámite administrativo en cabeza de esta Superintendencia tuvo lugar cuando fueron remitidas a la SS las circunstancias evidenciadas en las visitas realizadas a la sociedad ELITE S.A.S. el 16 de julio de 2014, por lo tanto es desde esta fecha que debe iniciarse el conteo de los dos años establecidos por el legislador para que opere el fenómeno de la caducidad del medio de control, los cuales fenecieron el pasado 17 de julio de 2016, fecha para la cual, de acuerdo con la documentación remitida a la SFC, la solicitud de conciliación prejudicial, que tiene la facultad de interrumpir dicho término, no había sido presentada, pues la misma tan solo se presentó el 19 de julio de 2018, ante la Procuraduría 136 Judicial II para Asuntos Administrativos de la ciudad de Bogotá, configurándose así la causal objetiva de CADUCIDAD del medio de control que se quiere ejercer respecto de la SFC.

1.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

En el presente asunto, pese a la extraña redacción de la demanda, pareciera que los demandantes realizaron un señalamiento frente a la SFC, al considerar que la misma fue omisiva respecto de sus funciones al no evidenciar la captación ilegal de dineros del público por parte de ELITE S.A.S., en esta medida se busca que se declare administrativamente responsable a esta Superintendencia por los supuestos daños y perjuicios ocasionados a los señores Gladys Elvira de la Espriella Gómez, Mario Esteban Román de la Espriella, Catalina Román de la Espriella y Valentina María Román de la Espriella por parte de ELITE S.A.S.

Sobre el particular, debe llamarse la atención una vez más, del hecho que ELITE S.A.S no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia, no obstante lo anterior, de conformidad con las facultades de supervisión conferidas en el literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF y del literal a) del numeral 4 del artículo 326 del mismo estatuto, en los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 y en el artículo 11.2.1.3.2. del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008 y en el Decreto 1981 de 1988, se efectuaron las visitas de inspección relacionadas con detalle en el numeral 7.2 de este escrito.

Vale la pena destacar que, como se indicó atrás, finalizada la segunda visita a ELITE S.A.S., esto es, la realizada entre el 4 y 7 de junio de 2013 ampliada entre el 13 y 18 de diciembre de 2013, la SFC remitió para los fines de su competencia, de conformidad con lo normado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

establecido en el artículo 4 del Decreto 4334 de 2008³, la información recogida en las visitas efectuadas a la sociedad ELITE S.A.S a la SS, el 16 de julio de 2014.

Conforme a lo expuesto, y pese a que ELITE S.A.S. no está ni ha estado sometida a la inspección, vigilancia y control de la SFC, esta autoridad realizó visitas de inspección sin encontrar hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público, y en atención a que se trataba de una sociedad sometida a vigilancia de un organismo distinto a esta Superintendencia⁴, se remitió la actuación a la autoridad respectiva perdiendo competencia y derivando ello en una indefectible falta de legitimación por pasiva.

Así las cosas, queda claro la ausencia de conductas omisivas de la SFC en relación con los posibles perjuicios ocasionados a los aquí demandantes por las actuaciones u omisiones realizadas por ELITE S.A.S., entidad respecto de la cual se ejercieron visitas y traslados a las entidades competentes.

2. PRUEBAS.

Con el propósito de acreditar las afirmaciones que se han expuesto a lo largo del presente escrito de excepciones previas, acudimos a las siguientes pruebas, las cuales fueron aportadas junto con el escrito de contestación de demanda y por cuestiones prácticas no remitiremos nuevamente con el presente escrito:

1. Informe de Inspección radicada con el No. 2012010530-007-000, visita realizada a ELITE S.A.S.
2. Informe de Inspección 113000670201300234 radicada con el No. 2013047650-007-000, visita realizada a ELITE S.A.S.
3. Informe de Inspección 113000824201300305 radicada con el No. 2013081463-009-000, visita realizada a **COOINVERCOR**.
4. Informe de Inspección 113000823201300303 radicado con el No. 2013081431-014-000, visita realizada a **COOCREDIMED**.
5. Traslado del informe de visita realizada a **COOCREDIMED** a la Superintendencia de Economía Solidaria, lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013081431-016 del 27 de febrero de 2014.
6. Traslado de los informes de visita a la Superintendencia de Sociedades lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013047650-008 del 16 de julio de 2014.
7. Traslado de los informes de visita a la Superintendencia de Economía Solidaria lo cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2013047650-009 del 16 de julio de 2014.

Al respecto, es de indicar que los documentos remitidos como pruebas tienen el cariz de reservados, razón por lo cual solicitamos adoptar las medidas tendientes a garantizar la conservación de la misma en los términos del artículo 27 del CPACA cuya disposición menciona:

“El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.”

³ ARTICULO 4. COMPETENCIA. -La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera será la autoridad administrativa competente, de manera privativa para adelantar la intervención administrativa a que alude este decreto.

⁴ Se reitera que Elite International Américas S.A.S. entró en vigilancia de la Supersociedades el 1 de abril de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2do del artículo 2.2.2.1.1.1. del Decreto 1074 de 2015, al superar 30.000 SMLV de ingresos al tenor de lo indicado en los estados financieros del año 2013.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

3. PETICIÓN.

Asistida de las razones expuestas en este escrito, respetuosamente solicito a su señoría:

- 1.1. Que se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **PLEITO PENDIENTE ENTRE LAS MISMAS PARTES Y SOBRE EL MISMO ASUNTO, FALTA DE CLARIDAD DE LOS HECHOS, AUSENCIA DE SEÑALAMIENTOS CLAROS Y EXPRESOS RESPECTO DE LA SFC; CADUCIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA.**
- 1.2. Como consecuencia de lo anterior, se **NIEGUEN** todas las pretensiones de la demanda y declare la terminación del presente proceso.
- 1.3. Se **CONDENE** en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

Del Señor Juez,

Cordialmente,



T.P. 171 391 del C.S.J.

C.C. 53037426 de Bogotá.

ANDREA DEL PILAR SANCHEZ CORTES

70423-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

Elaboró:

ANDREA DEL PILAR SANCHEZ CORTES

Revisó y aprobó:

ANDREA DEL PILAR SANCHEZ CORTES





Al contestar cite el No. 2020-01-509869

Tipo: Salida Fecha: 14/09/2020 01:42:07 PM
 Trámite: 9002 - CONTESTACION DEMANDA
 Sociedad: 901037188 - ASTURIAS ABOGADOS Exp. 0
 Remitente: 221 - GRUPO DE DEFENSA JUDICIAL
 Destino: 1101691558 - JUEZ 60 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
 Folios: 53 Anexos: SI
 Tipo Documental: OFICIO Consecutivo: 221-191179

Señor
JUEZ 60 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
 Sección Tercera
 E.S.D.

EXPEDIENTE No. 110013343060-2018-00417-00
MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: **GLADYS DE LA ESPRIELLA GÓMEZ Y OTROS**
DEMANDADO: **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y OTRA**

NELSON ALBERTO QUINTERO BARBOSA, actuado como apoderado de la Superintendencia de Sociedades tal como consta en poder remitido anteriormente, procedo en forma oportuna a **contestar la reforma a la demanda** presentada por la parte actora, en los términos que se detallan a continuación:

I. OPORTUNIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 173 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, me encuentro en término por cuanto:

| | |
|--------------------------------|------------|
| Auto que admite reforma | 27/08/2020 |
| Término para contestar reforma | 17/09/2020 |

A LAS PRETENSIONES

1) Solicito se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la demandante, comoquiera que el proceso de liquidación judicial como medida de intervención que adelanta la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS SAS EN y OTROS, además de no haber terminado para la fecha de esta contestación, y menos para el momento de la interposición de esta demanda, dentro del proceso que se adelanta en la Superintendencia de Sociedades no hay actuación judicial o administrativa que indique la producción del daño que se señala en la demanda, por cuanto la actuación desplegada por la Superintendencia de Sociedades está soportada en la ley.

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.

Ahora bien, debe agregarse que en la forma como se encuentra redactado el **CONTRATO DE COMPRAVENTA DE CARTERA** allegado por la demandante, fácil es concluir 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 la cliente hoy aquí demandante, limitándose a expresar su aceptación voluntariamente una vez firmados.

NOTAS

1) Existe en el Juzgado 63 Administrativo de Bogotá otro proceso entre las mismas partes, con iguales hechos y pretensiones (dos demandas).

Debo dejar claro que ya solicité al señalado Juzgado una certificación en la que se exprese:

1. Medio de control;
2. Partes activa y pasiva;
3. Pretensiones de la demanda, y
4. Estado actual;

No obstante el proceso que allí se sigue es el siguiente:

Juzgado 63 Administrativo Oral de Bogotá

Ref. Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: MARIO ESTEBAN ROMAN DE LA ESPRIELLA y Otros
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y OTROS
Rad. No: 110013343-063-2017-00448-00

2) Asimismo se reitera 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 mi defendida 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.

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

A LOS HECHOS

Con base en el principio de lealtad procesal, y en la obligación que existe de los ciudadanos de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (art 95 (n.7) de la Constitución, procedo a referirme a los hechos objeto de reforma, siguiendo además la afirmación hecha en el respectivo escrito según la cual: "...para facilitar la labor del Despacho señalaré con negrilla los apartes objeto de REFORMA.". Para los demás solicito se tenga como respuesta lo dispuesto en la contestación de la demanda.

Al 4º. - No me consta, por lo que me atengo a lo que se pruebe en el proceso, de todas formas los intereses ofrecidos no podían ser superiores a los señalados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Al 5º. - No me consta, será la Superintendencia Financiera quien determine si lo

señalado en el hecho es cierto o no.

Al 6º – Por ser un hecho que alude a la Superintendencia Financiera, no haré ninguna manifestación sobre el particular.

En cuanto a la Superintendencia de Sociedades refiere, se contesta de la siguiente forma:

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 activa 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 compañía citada.

Y mucho menos puede pensarse que mi defendida tenía conocimiento de las operaciones fraudulentas demostradas más tarde, **aspecto que debe ser probado por la demandante (allegar al plenario copia de la denuncia penal en contra de mi defendida), Entidad que está evaluando encauzar esta calumnia ante las autoridades correspondientes en orden a salvaguardar su buen nombre.**

6.1. No es cierto. Retomando, 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 de la demandante 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.

6.2 y 6.3 Cierto en forma parcial. Cierto en cuanto que 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 tuvo que realizar varias diligencias en busca de los presupuestos de la captación sin lograr identificarla; sin embargo por la situación de la compañía de iliquidez se determinó que la misma fuera admitida a proceso de insolvencia de reorganización y posteriormente liquidación judicial.

Después de ello se siguió investigando para finalmente arribar a la existencia de captación ilegal, lo que motivó que se solicitara por parte de la Delegatura de IVC a la Delegatura de Insolvencia 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).

En la continuación de la respectiva actuación administrativa se enviaron requerimientos de información a los originadores de cartera de dicha sociedad, **lo cuales se relacionan en otros argumentos de defensa**

Continuaron las averiguaciones y se recibieron 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

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.

grado de supervisión.

Mediante auto 400-0016025 del 18 de octubre de 2016, mi defendida 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.

6.4 y 6.5. 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.

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, en el que 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 total, 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 ilegales. Además que la actividad de libranza es permitida, siendo diferente la forma como subrepticamente estaba enfocado el negocio.

Al 9º. – No me consta, debe probarse, máxime cuando a la luz de su lectura son apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte actora. Pero además 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.

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.

Al 10º. - No me consta, debe probarse, máxime cuando a la luz de su lectura son apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte actora.

Al 12º. – Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no me referiré al mismo.

Al 13º. – Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no me referiré al mismo.

Al 14º. – Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no me referiré al mismo.

Al 15º. – Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no me referiré al mismo.

Al 16º. – Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no me referiré al mismo.

Al 17º. No me consta, no obstante el término sociedades no puede usarse indiscriminadamente para cobijar igualmente a entidades tales como las Cooperativas;

Esta verdad encuentra apoyo en el numeral 24, artículo 189 de la Constitución que es del siguiente tenor:

Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

(Subraya y negrilla para la diferencia). En concordancia los artículos 633 y 635 del Código Civil

La existencia de hechos que pudieron caer en nuestra jurisdicción debe entenderse como aquellas de índole subjetivo en lo societario, aspecto que con más detalle será tratado en capítulo independiente.

Al 18º. Es cierto, y me atengo al tenor literal de lo remitido por la Superfinanciera

Al 19º. No es cierto, para lo cual me remito a la respuesta suministrada en extenso en el hecho 6. **Además resulta incuestionable con las pruebas allegadas que la Superintendencia de Sociedades realizó varias visitas a la sociedad Elite Internacional Américas SAS, pero dentro de las mismas no se evidenciaron los presupuestos de la captación ilegal.**

Y tal como se ha manifestado en hechos anteriores, a raíz de las investigaciones administrativas realizadas, una primera acción por parte de mi defendida fue la de someter a la sociedad a control, luego continuó realizando investigaciones que la llevaron a decretar su reorganización y finalmente la liquidación como medida de intervención, en cuyo acto jurisdiccional se dejó dicho en el numeral 7º: *“La Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control concluyó, en el memorando mencionado anteriormente, que la sociedad Elite Internacional 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)

De esta manera, 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.

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.

Al 20º. – 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, así lo reconocen la demandante, que realizar varias diligencias en busca de los presupuestos de la captación sin lograr identificarlos, no obstante 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, y por cuanto el artículo 1º del Decreto 1910³ 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”*.

Del estudio de la norma transcrita se desprende que mi defendida frente a las personas que son objeto de intervención puede optar por: 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 le fueron aceptadas; **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.

Al 22.2º. No me consta, no se allegó prueba alguna a la Superintendencia de Sociedades, por lo que me atengo a lo que se pruebe

Al 23.1, 23.2 y 23.3. No me consta, no se allegó prueba alguna a la Superintendencia de Sociedades, por lo que me atengo a lo que se pruebe

Al 24º. Es cierto, de esta manera consta al interior del proceso de liquidación judicial, como medida de intervención, por la que pasa Elite SAS.

Al 25º. No me consta, que se pruebe

Al 26º. No me consta, que se pruebe

Del 29º al 32º. Parcialmente cierto. Cierto en cuanto a que en las fechas a las que refiere el hecho se le entregaron las sumas señaladas.

No obstante consta en el expediente judicial que le fueron devueltos a la demandante la suma de \$105.422.280, que el valor reconocido en el trámite de liquidación fue de \$80.551.191, de cuya suma le entregaron \$17.715.298,76, para un saldo de capital total de \$62.835.892.24

Ahora bien, debe agregarse que solamente se paga el capital 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

³ 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

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.

Al 33º. Parcialmente cierto, pues se encontró que Credimed del Caribe SAS sólo proveía cartera a ÉLITE SAS, exclusividad que estaba aparejada con que la cartera vendida era inexistente o, en el mejor de los casos inferior a las sumas de dinero en que fueron comercializados los pagarés libranza, todo lo cual fue fundamento de la orden de liquidación judicial como medida de intervención de la sociedad y la vinculación al procedimiento de ÉLITE SAS.

Igualmente participaron otros entes tales como:

- 1º. Inversiones Alaya SAS
- 2º. Sociedad SILAPI SAS
- 3º. Construcciones y Desarrollos ÉLITE SAS – Con ÉLITE SAS y Otro
- 4º. Crediasesoramos Créditos y Asesorías Profesionales SAS
- 5º. Casaeymacag SAS.
- 6º. Corporación Inversiones de Córdoba en Liquidación – COINVERCOR.
- 7º. Celconsultores SAS.
- 8º. Afecafé SAS (Liquidada).
- 9º. Think Cool SAS (Liquidada)
- 10º. Serodi SAS (Liquidada).
- 11º. R&R Consultores Financieros SAS
- 12º. New Gaia Investments en Liquidación.
- 13º. Celconsultores SAS
- 14º. Fundación Samadhi.
- 15º. Credimed del Caribe SAS y Otros
- 16º. Cooperativa de Créditos Medina en Liquidación Forzosa Coocredimed;
- 17º. Cooperativa Multiactiva Nacional Colombiana – Coomuncol en Liquidación;
- 18º. Cooperativa Multiactiva de Vendedores Nacionales en Liquidación Forzosa - Coovenal,
- 19º. Cooperativa Mundocrédito en Liquidación Coomundocrédito;
- 20º. Cooperativa Multiactiva del Sistema de Gestión Empresarial y Social en Liquidación- Sigescoop.
- 21º. Global Consultant Group SAS y Otra
- 22º. Intervención de Invercord DYM SAS.
- 23º. Intervención de la Corporación Alidada para el Desarrollo Integral de los Trabajadores al Servicio del Estado – CORPOSER.
- 24º. Inversiones Alejandro Jiménez SAS

Al 65º. No es un hecho, son apreciaciones subjetivas que debe ser probadas.

No obstante me permito recordar que la Superintendencia de Sociedades decreta la liquidación judicial como medida de intervención de la sociedad Elite Internacional Américas SAS, **no es cierto que fuera evidente la captación ilegal**; dado que aun cuando mi defendida realizó varias diligencias, no se logró identificar la existencia de captación, en la medida que como ya se dijo: i) no manejaban 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, maniobras que de todas formas no lograron cubrir la situación de iliquidez de la compañía, y que a la postre condujeron a su sometimiento a control, ordenar la apertura de proceso de reorganización y posteriormente liquidación judicial, **y cuando se evidencia la captación se ordena la liquidación judicial pero ya como medida de intervención.**

OTRAS RAZONES DE LA DEFENSA

A. Una de las primeras conclusiones 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.

B. 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 atraviese 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.

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,*

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.

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 2º 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 7º 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 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,

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”.

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 sujetas 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.

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)

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).

¹⁰ Idem.

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 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.

C. 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.

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**

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.

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:

"Artículo 1. Adición al artículo 5 del Decreto 4350 de 2006. Adiciónense los literales f) y g) y un parágrafo 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.

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".

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 AMERICAN 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 trascrita. 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 AMERICAN 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.

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

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 cumplieran 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.
- 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 300-177115 del 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.

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 incurra 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:

- 1°. La ocurrencia de hechos objetivos o notorios que indiquen captación masiva de recursos del público, sin autorización estatal, encubierta en operaciones aparentemente legales.
- 2°. 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 (5º) 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 (3º) 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 a 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 desarrollan 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 la demandante:

- 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 la demandante 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, la demandante ejerció 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 la demandante 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, 3/102012 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 tuteados 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

¹⁵ Fernando Garrido Falla

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 quo 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.

"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 danos 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.

¹⁶ Ibídem

• **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 la demandante 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 acació en este caso.**

Deviene de lo expuesto la imposibilidad para esta Corporación de irrogarle el hecho dañino a alguna de las entidades demandas, 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. (...)**".

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

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/porta/media/file/ABC-Libranzas-v2.pdf>

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 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.) Cooinvertor, (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 EIAS 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.

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 INTERNATIONAL 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 INTERNATIONAL 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 INTERNACIONAL 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 INTERNACIONAL 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 Asesorías 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 Iburguen 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 | VARIACION | % |
|---------------------------------|----------------------|-----------------------|-----------------------|--------------|
| 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 ibidem”

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 Internacional 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 Projectado: 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 certera 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.

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 el 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 nexos 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

advierde 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 AMERICAN 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 AMERICAN 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 AMERICAN SAS, en liquidación judicial como medida de intervención, no se perfeccionó, ya que la demandante solo se limitó 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 ignoraron el acuerdo contractual firmado con la ELITE INTERNACIONAL AMERICAN 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 AMERICAN 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 los ahora demandantes, 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 la demandante, 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

Independiente a que exista alguna excepción que no se advierta en esta contestación, solcito comedidamente al Operador Judicial declare oficiosamente aquella que resulte probada.

EXCEPCIÓN PREVIA

Conforme lo establecido en el artículo 100 (num 8º) del CGP., solcito comedidamente se decrete la excepción denominada PLEITO PENDIENTE, en consideración a que tal como se dio a conocer en memorial dirigido a este Despacho, y radicado el 1º de septiembre de 2020, existe el siguiente otro proceso (mismas partes y asunto)

Juzgado 63 Administrativo Oral de Bogotá

Ref. Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: MARIO ESTEBAN ROMAN DE LA ESPRIELLA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y OTROS
Rad. No: 110013343-063-2017-00448-00

Debo resaltar los siguientes aspectos:

- i) La solicitud descansa en el hecho que bien puede llegar a proferirse sentencias contradictorias dada la existencia de dos (2) demandas con las mismas situaciones de hecho, partes, fundamentos y pretensiones.
- ii) Pedí al Juzgado 63 la expedición de una certificación en la que constara ésta situación, aspecto que para la fecha de presentación de este escrito no había sido cursada, por lo que adjunto la respectiva solicitud que así lo confirma, así como su envío al correo electrónico dispuesto por los juzgados administrativos para la remisión de memoriales, y lo que en la página de la Rama anuncia el registro;
- iii) Allego copia de la demanda 2018-00448, como constancia
- iv) El proceso en mención ya superó la primera audiencia y estamos a la espera de que se fije fecha y hora para agotar la etapa probatoria

OTRAS 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 anormalidades 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 AMERICAN 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 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 tenientes 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 DANIL 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 co gestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero”¹⁸

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”¹⁹.

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”²⁰, 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 las circunstancias que rodearon la producción del daño que se

¹⁸ 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

¹⁹ 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

²⁰ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo²¹.

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 ciudadanía²².

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 iudice-, 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 resultado²³. (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, 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)

²¹ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

²² Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

²³ 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 26 de febrero y 28 de agosto de 2014, Expedientes: 27544 y 30736, respectivamente

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 CAJACOOP 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 CAJACOOP 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 CAJACOOP 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 les causó a la demandante de todos estos procesos, no es consecuencia directa de las acciones de mi defendida, sino de los actos de terceras personas a los que la demandante les entregaron su confianza y libre y espontáneamente decidieron asumir los riesgos e invertir en el negocio que se les estaba ofreciendo por parte de ELITE INTERNACIONAL AMERICAN 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 AMERICAN SAS.

Los perjuicios reclamados, si son ciertos, no fueron ocasionados por esta Entidad, son atribuibles a los administradores de la sociedad ELITE INTERNACIONAL AMERICAN 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 son

de índole contractual entre particulares (la demandante y ELITE), 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 la operación de compraventa de créditos otorgados bajo la modalidad de libranza con ELITE INTERNACIONAL AMÉRICAS 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 nexa causal entre aquélla y éste (...) "²⁴.

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, conscriptos 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 la desgracias ocurridas en la sociedad finalmente se atribuyan a la organización política por acción u omisión "²⁵.

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 (...) "²⁶, 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 recibidas "²⁷. Además, se debe

²⁴ 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.

²⁵ 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)

²⁶ Responsabilidad del estado y sus regímenes. Dr. Wilson Ruiz Orejuela. Tercera Edición. Enero de 2016. Ecoe Ediciones Ltda. Bogotá.

²⁷ 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

enrostrar el incumplimiento de los deberes por parte del afectado en el caso concreto, pues la jurisprudencia ha hecho un balance en uno y otro extremo, donde entre más incuria se demuestre en el afectado, más fácil se diluye la responsabilidad por parte del Estado²⁸.

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 (...)”²⁹.

El máximo tribunal del control administrativo en reciente sentencia³⁰, 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 demandado³¹. 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 Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados (...)”³².

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

especial, riesgo excepcional), sino que dejo 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.

²⁸ 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 arrojado 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).

²⁹ 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.

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

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16235

³² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Sentencia del 22 de junio de 2011.

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 excepcional³³.

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 probaran la demandante de manera particular un especial cuidado respecto de la empresa y la actividad que estaban ejecutando en desarrollo de un contrato con aquella, para evitar un desmedro patrimonial, que no pueden ahora pretender les 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 2014³⁴, 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 maquillada 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 AMERICAN 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 anunciado 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.

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.

³³ 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.

³⁴ Auto 400-009385 del 1 de julio de 2014.

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 AMERICAN 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 hayan hecho parte del proceso de liquidación judicial y en tal sentido han sido aceptados 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 AMERICAN SAS en liquidación judicial y no la entidad que represento.

PETICIÓN ANTES DE TIEMPO E INTENCIÓN DE DOBLE RECONOCIMIENTO

Conforme lo aceptado por la demandante 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 son 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.

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 ésta ejerció sus funciones de acuerdo a la forma prevista en la ley, reitero mi petición inicial de negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la (s) – el (los) demandante (s).

PRUEBAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Peticiones Especiales

1) 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**³⁵. 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 se presenta en su integridad los expedientes administrativo y judicial que a la fecha de la contestación de la demanda

³⁵ 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

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”³⁶, 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 y 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.

Es de aclarar que de esta forma se cumple con los enlaces, con base en las siguientes normas:

*“Artículo 162 (numeral 5º) del CPACA, que expresa: Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:
(...)*

5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.

Artículo 175 parágrafo 1 del CPACA: Artículo 175. Contestación de la demanda. Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá:

Parágrafo 1º. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.

(...)

La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto”.

2) De la misma forma solicito se descarguen las pruebas contenidas en los enlaces, a fin de evitar problemas de tipo tecnológico.

Pruebas Administrativas: El siguiente ENLACE

https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/kellysb_supersociedades_gov_co/Eq6Ocwacd3BNvryDbjFyE0Bmr6lc9s7NHEzWovqBdBuTw?e=Jcpz45

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, el cual está dividido en carpetas:

| | | |
|---------------------------|---|---|
| 1. Gladys de la Espriella | Elite Internacional Américas SAS | https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/enviosaj_supersociedades_gov_co/EqBS1-CFG5ILhvugBEr5F-QBND5ckU1Eqo8S1BpxrR3soQ?e=oLJ1qu |
|---------------------------|---|---|

³⁶ Artículo 6 de la ley 1581 de 2012 “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales

Algunas señaladas expresamente en la contestación:

https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/cesarg_supersociedades_gov_co/EilFbwsxwRILnBU3ulJ7O8BviJF2Clyhdwv3mCy15HI-A?e=ipJg5t

TESTIMONIAL

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

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

Del señor Juez;

Cordialmente,



NELSON ALBERTO QUINTERO BARBOSA
FUNCIONARIO

TRD: PROCESOS JURIDICOS CONTRA LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES