



Al contestar cite el No. 2021-01-036598

Tipo: Salida Fecha: 15/02/2021 10:18:08 AM  
Trámite: 9002 - CONTESTACION DEMANDA  
Sociedad: 900496573 - OPTIMAL LIBRANZAS S Exp. 76809  
Remitente: 221 - GRUPO DE DEFENSA JUDICIAL  
Destino: JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DE BOGOTA  
Folios: 50 Anexos: NO  
Tipo Documental: OFICIO Consecutivo: 221-009713

Doctor  
Alejandro Bonilla Aldana  
**JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**E. S. D.**

**Referencia.: ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA.**  
**Demandante: BERTHA YANETH PRADA**  
**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y OTROS.**  
**Radicación. No: 11001334306020200004900.**

**ANDRÉS JOSÉ MUÑOZ CADAVID**, identificado con cedula de ciudadanía No 4.613.213 y tarjeta profesional No 148.007 del C.S. de la J, en mi calidad de apoderado judicial de la Superintendencia de Sociedades, con el respeto acostumbrado y encontrándome dentro de la oportunidad legal<sup>1</sup>, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA**, carga que asumo en los siguientes términos:

### **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 todas las actuaciones que le eran propias y que se encuentran regladas, frente a la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS SAS**, en el marco de la supervisión que se ejerció; y a pesar que se realizaron tomas de información, la Compañía presentaba información distinta a esta entidad, distrayendo la real que solo fue conocida cuando se inició el trámite de liquidación judicial, y el liquidador realizó la auditoría correspondiente.

### **II. A LOS HECHOS**

**A los hechos 1 al 3. NO ME CONSTAN** se trata de hechos de terceros, sin embargo, revisada la demanda y sus anexos se deduce que efectivamente la demandante fue contactada por la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS SAS**.

**Al hecho 4. NO ME CONSTA.** Me atengo a la documental allegada con la demanda.

**A los hechos 5 y 6. NO SON CIERTOS**, revisados el expediente administrativo y judicial de la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS SAS**, no se evidencia que la señora Bertha Yaneth Prada, hubiese radicado solicitud de información respecto de la sociedad ya citada para el año 2014.

Se allegaron comunicaciones por parte de terceros, pero las mismas preguntaban si la sociedad estaba vigilada o era legal; **ello no es prueba de falla en el servicio porque el desfalco ocurrió mediante ocultamiento de la información incluso a la Superintendencia de Sociedades, lo cual hizo mérito para un proceso penal contra diversos directivos de las originadas y comercializadoras de los pagarés libranza.**

<sup>1</sup> La notificación electrónica de la presente demanda por estado el 5 de noviembre de 2020 (artículo 172 del CPACA).



**Nos referimos al proceso penal de Delvis Sughey Medina, esposa del ex - congresista Roberto José Herrera conocido como el “Zar de las Libranzas” quienes, de la mano de José Alejandro Navas Vengoechea, Jorge Enrique Navas Vengoechea y Marino Constantino Salgado Carvajal de la sociedad Elite International Américas SAS en liquidación judicial como medida de intervención, han sido procesados por la justicia penal como autores de una millonaria defraudación en la que también está involucrado la sociedad ESTRAVAL y otras<sup>2</sup>**

**“(…) el Juez 75 Penal de garantías de Bogotá envió a un centro carcelario —con medida de aseguramiento— a Delvis Sughey Medina Herrera, vinculada penalmente a la investigación por los hechos que rodearon la estafa a más de 6.000 personas que invirtieron en la firma Elite Internacional S.A.S.”**

**A los hechos 7 a 9. NO ME CONSTAN.** Es carga de la prueba de la parte actora. Me atengo al valor probatorio que dé el Despacho a la documental aportada al proceso.

**A los hechos 10 al 12. NO ME CONSTAN** se trata de hechos de terceros.

**Al hecho 13. ES CIERTO.**

**Al hecho 14. Imposible de contestar porque en el archivo presentado por el apoderado No se alcanza a ver lo dicho o lo aportado por el apoderado.**

**Al hecho 15 y 10 (SIC). SON CIERTOS.**

**Al hecho 16. NO CONSTA,** es un hecho de la Superintendencia Financiera de Colombia

**Al hecho 17. NO ES CIERTO.** La Superintendencia de Sociedades no conoció a plenitud el negocio de **OPTIMAL LIBRANZAS SAS**, pues los administradores tenían un manejo inadecuado de la contabilidad.

Si se considera que hubo tardanza en la intervención de la Superintendencia de sociedades, la misma no tiene origen en omisión o culpa alguna del servidor público, sino en la incuria del Revisor Fiscal quien tiene dedicación exclusiva, está facultado para tener auxiliares, e incluso para las dimensiones del encargo, debe tener un Revisor Fiscal Suplente<sup>3</sup>.

Así las cosas, a la luz de modelo estándar de diligencia, resulta entendible que en una visita de toma de información que se desarrolla en uno o dos días el funcionario de la Superintendencia de Sociedades no se haya percatado de las falencias en la contabilidad en la primera toma de información, pero lo que no podrá ser entendible para un Juez de la República, es que cargos de dedicación exclusiva como el Revisor Fiscal, no se haya dado cuenta de las irregularidades de la empresa.

Se debe recordar la gravedad de la responsabilidad patrimonial y penal del revisor fiscal establecida en los artículos 211 y 212 del Código de Comercio, lo que permite concluir que ese “tercero” violó los reglamentos que le eran aplicables, donde resulta que el daño generado por **OPTIMAL LIBRANZAS SAS** no es imputable al Estado, sino al actuar culposo del tercero llamado Revisor Fiscal.

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, esto es, comunicar a las entidades correspondientes, y ello nunca ocurrió.

<sup>2</sup> <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/asegurados-exdirectivos-y-asociados-de-elite-internacional-s-a-s-por-presunta-captacion-masiva-y-estafa-a-sus-inversionistas/>

<sup>3</sup> Oficio CTCP 215 del 7 de abril de 1998 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública.



**Al hecho 18. ES CIERTO.** La sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS SAS** defraudó a 313 y Superintendencia de Sociedades no tiene nada que ver en el curso causal; en el marco de la supervisión se limita a procurar que las sociedades cumplan la ley y los estatutos en el aspecto formal subjetivo, no tiene competencia para vigilar la actividad de las sociedades y menos aún servir como un seguro frente a las inversiones fallidas.

**Al hecho 19. NO ME CONSTA.** Me atengo al valor probatorio que se dé al certificado de existencia y representación de la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS SAS** en el momento procesal oportuno.

**Al hecho 20. NO ME CONSTA.** Se trata de hechos de terceros.

**Al hecho 21. NO ES CIERTO.** La Superintendencia de Sociedades no conceptuó sobre la legalidad del negocio de **OPTIMAL LIBRANZAS SAS**, pues, así como no vigila la actividad de las sociedades no puede afirmar que el negocio es legal o es un negocio sólido.

No se puede confundir un concepto con un certificado de que la sociedad está vigilada, pues ya se explicó que este tipo de vigilancia se refiere a la sociedad como persona jurídica, se refiere al aspecto formal subjetivo.

Se trata de una obligación de medio y no de resultado en la que la Superintendencia de Sociedades procura que las sociedades en su creación, desarrollo y extinción cumplan la ley y los estatutos.

**Al hecho 22. NO ES UN HECHO.** Es la transcripción del Decreto 3227 de 1982.

**Al hecho 23. NO ME CONSTA.** Se trata de hechos de terceros.

**Al hecho 24. NO ME CONSTA.** Se trata de hechos de terceros. No obstante, hay una confusión en la tesis de la demanda que conviene aclarar.

El problema jurídico del presente proceso no es la cantidad de libranzas vendidas por la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS SAS**, pues claramente si se vende esa cantidad de libranzas siguiendo los parámetros de la ley 1527 de 2012 y las mismas, adquiridas en posición propia, están respaldadas por una operación subyacente, no se trata del fenómeno de captación masiva e ilegal de dinero proscrito por el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, sino de la comercialización de un bien o servicio, a saber, los pagarés libranza.

Las razones por las cuales la sociedad en referencia fue intervenida por la entidad no se concretan en la cantidad de pagarés libranza negociados, pues los mismos no corresponden a la suscripción de *“veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario”* que ha sido prohibido por el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988.

La comercialización de pagarés libranza tienen una reglamentación específica que en el caso de **OPTIMAL LIBRANZAS SAS** se incumplió a cabalidad, los pagarés libranzas negociados no tenían una obligación subyacente. Era captación ilegal de dinero oculta bajo el andamiaje de una sociedad comercializadora de Libranzas, la cual no pudo ser desmontada por la entidad que represento por los errores de la contabilidad, el incumplimiento de las obligaciones de los Revisores Fiscales y los delitos a los que se ha hechos referencia, engaño en el cual también se encontraba la entidad.

**Al hecho 25. NO ME CONSTA.** Se trata de hechos de terceros.

**Al hecho 26. NO ME CONSTA.** Se trata de hechos de terceros. Me remito a la respuesta número 24.

**Al hecho 27. NO ME CONSTA.** Me remito al tenor literal del Auto 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 y al valor que el Despacho le dé en el momento procesal oportuno.



**A los hechos 28 al 29. NO ME CONSTAN.** Me remito al valor que el Despacho le dé al Decreto 4334 de 2008.

**A los hechos 30 y 31. NO SON CIERTOS.** La presente contestación de la demanda es la demostración de que la Superintendencia de Sociedades actuó de la forma en que la ley lo permitía, de manera oportuna y sin limitaciones, otra cosa es que los directivos de las originadoras y de las comercializadoras cometieron delitos que son el origen de la defraudación.

**Al hecho 32. NO ME CONSTA,** se trata de hechos de terceros.

**A los hechos 33 al 35. NO SON CIERTOS,** no se puede afirmar que se realizó una investigación que prueba que se generó la confianza en la inversión. Todas las peticiones presentadas son posteriores a la inversión y son presentadas por terceros ajenos al proceso.

Que se certifique el estado de vigilancia de una sociedad no equivale a una garantía de utilidades en los negocios celebrados con las mismas, ya que la vigilancia es de tipo formal subjetivo.

Se trata de una obligación de medio y no de resultado en la que la Superintendencia de Sociedades procura que las sociedades en su creación, desarrollo y extinción cumplan la ley y los estatutos.

**Al hecho 36. NO ES CIERTO,** ya se explicó que la captación no solo descansa en el número de libranzas vendidas sino en la existencia o inexistencia de una obligación subyacente

### III. OBJETO DE LA LITIS

Pretende la parte actora sin mayores fundamentos, se declare responsable administrativamente a las demandadas por presunta falta de vigilancia y control sobre la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS 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

#### 4.1. 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 lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular. (...)*" (artículo 85 de la Ley 222 de 1995). En ejercicio de esta atribución mi representada tiene, además de las facultades de que goza para el ejercicio de las atribuciones de inspección y de vigilancia, otras de mayor envergadura e importancia, acordes con el carácter crítico del estado de cosas, igualmente previstas en la referida Ley 222.

En consecuencia, las funciones de la Superintendencia de Sociedades son regladas, esto es, sólo pueden ser ejercidas de acuerdo con las atribuciones legales que, salvo contadas excepciones, se circunscriben al ámbito societario como criterio subjetivo, es decir, restringidas a la entidad como sujeto, sin que pueda inmiscuirse en la actividad social o en el objeto que desarrolla, dado que tal escenario se encuentra proscrito por estar por fuera de las competencias que el legislador le previó.

En efecto, el Decreto 1074 de 2015 le asigna a la entidad competencias en materia societaria, al establecer en su artículo 1.2.1.1 que la Superintendencia de Sociedades

*"Tiene como objetivo 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 numeral 5 del Código General del Proceso establece que la Superintendencia de Sociedades cuenta con facultades jurisdiccionales para conocer acerca de diferentes circunstancias de naturaleza societaria.

De otra parte, el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, consigna la competencia residual en cabeza de esta entidad de la siguiente manera: *"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”.

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

#### 4.1.2. 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<sup>4</sup>.

En verdad, la jurisprudencia ha explicado la diferencia entre la supervisión estatal subjetiva y objetiva. Así, el Consejo de Estado, en sentencia de 2008, resolvió un conflicto de competencias administrativas planteado por la Superintendencia Financiera frente a la Superintendencia de Industria y Comercio, y afirmó: “(...) El legislador, a través de las facultades otorgadas por el numeral 7° el artículo 150 de la Constitución Política ha creado superintendencias de diversa naturaleza, algunas asociadas a una clase de sujetos (Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Financiera, etc.) o bien delimitadas por su objeto (Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia de Salud, etc.). A partir de esa división, es claro que el control ejercido puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado. (...)”<sup>5</sup>.

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”<sup>6</sup>.

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 (...)”<sup>7</sup>. (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,

<sup>4</sup> La Superintendencia de Sociedades, salvo en los casos de actividades multinivel y en las Sociedades Administradoras de Planes de Autofinanciamiento Comercial, tiene supervisión integral, es decir, objetiva y subjetiva.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (5 de marzo de 2008). Expediente 11001-03-06-000-2008-00007-00. [C. P. Gustavo Aponte Santos]

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (25 de septiembre de 2001) Sentencia C-746. [M.P. Alberto Arango Mantilla]

<sup>7</sup> 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”.



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 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 (...)*”<sup>8</sup>.

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**

<sup>8</sup> 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).



**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 (...).<sup>9</sup>**

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

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

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

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

#### **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).

<sup>9</sup> Ídem.



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"<sup>10</sup>. (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 dedica<sup>11</sup>.

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**<sup>12</sup>. 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.

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".*

<sup>10</sup> Artículo 10 de la Ley 1527 de 2012.

<sup>11</sup> Cfr. Jurisprudencias del Consejo de Estado y Corte Constitucional en el acápite referente a la supervisión subjetiva y objetiva.

<sup>12</sup> 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".



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 párrafo al artículo 5 del Decreto 4350 de 2006, los cuales quedarán así:

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

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

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

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

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

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. (Resaltado fuera de texto)

**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 OPTIMAL LIBRANZAS 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 OPTIMAL LIBRANZAS SAS, ya que ello desbordaría sus competencias y no contaría con soporte legal para llevar a cabo tales atribuciones.**

(Resaltado fuera de texto)

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)”<sup>13</sup>.*

#### **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.
- 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).
- D) 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.
- E) 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.

<sup>13</sup> Disponible para consulta en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/ABC-Libranzas-v2.pdf>



- F) 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.
- G) 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).
- H) 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).
- I) 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.
- J) Se llevaron a cabo diligencias de toma de información a sesenta y nueve (69) sociedades diferentes de OPTIMAL LIBRANZAS SAS y sus vinculadas.

#### **4.1.3. FUNCIONES DE INTERVENCIÓN POR CAPTACIÓN ILEGAL DE DINERO**

##### **4.1.3.1. 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<sup>14</sup>:

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

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

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

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

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

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

*"g) La liquidación judicial de la actividad no autorizada de la persona natural sin consideración a su calidad de comerciante (...)" (artículo 7º del Decreto ley 4334 de 2008).*

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

<sup>14</sup> Artículo 7º del Decreto 4334 de 2008

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:

- A) La ocurrencia de hechos objetivos o notorios que indiquen captación masiva de recursos del público, sin autorización estatal, encubierta en operaciones aparentemente legales.
- 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 6º 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 (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 a circunstancias subjetivas del propio actor (comerciante de 39 años), el hecho de la pérdida de su dinero era previsible y evitable. (...)**. (El resaltado es fuera del texto).

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

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

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 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.

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 los demandantes:

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

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

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

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

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

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

Concluye la sentencia que "(...) la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean



consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor”<sup>15</sup>.

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

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

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

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

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

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

En cuanto a dichas funciones en cabeza de las Superintendencias, su fundamento y a las responsabilidades que de ella se podrían derivan, el Consejo de Estado ha precisado<sup>16</sup>:

“(…) 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

<sup>15</sup> Sentencia del 26 de febrero de 2015, Expediente: 27544.

<sup>16</sup> Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, tres (3) de octubre de dos mil doce (2012 i, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984).



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 Republica 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 tute lados 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 conjuro de medidas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”<sup>17</sup> y las superintendencias tienen entonces a su cargo el ejercicio de una modalidad de la policía administrativa, cual es la función de inspección, vigilancia y control de diversos ámbitos de actividad de las personas, en los precisos términos dispuestos por la ley o por la correspondiente delegación o desconcentración de funciones atribuida en principio al Presidente de la República, legalmente autorizadas.”

(...)

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

En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en quo ocurrieron los hechos que dieron origen a la interposición del presente medio de control, señala la parte demandante

<sup>17</sup> Fernando Garrido Falla.



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 Bróker S.A.

En primer lugar, advierte este Tribunal como bien lo sostuvo A quo, que la actividad de la empresa Global Bróker 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 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 Bróker. 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 que<sup>18</sup>:

**"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.

<sup>18</sup> Ibídem.



- **Riesgo estratégico:** La posible pérdida por la imposibilidad de la administración para adaptarse a los cambios de las condiciones de los negocios, el desarrollo de los productos y la implementación de planes de negocios exitosos.
- **Riesgo reputacional:** La posibilidad de pérdida en que incurre una entidad por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa - cierta o falsa - respecto de la entidad y sus prácticas de negocios.

**No obstante, la responsabilidad del Estado en tratándose de las funciones a su cargo en materia de inspección, vigilancia y control de las actividades desarrolladas por las sociedades comerciales, se circunscribe a realizar todas las gestiones y a adoptar todas las decisiones que el ordenamiento jurídico posibilita con el fin de encausar el quehacer de las compañías vigiladas al ordenamiento jurídico y a sus propios estatutos, sin que dicha responsabilidad se extienda, per se, a la garantía de las pérdidas sufridas o de las utilidades es peradas 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 Bróker también dio traslado, **siendo así entonces que el daño ocasionado a los demandantes no tiene su causa en el actuar de las demandadas.**

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

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

## 4.2 DEL CASO ESPECÍFICO DE LA SOCIEDAD OPTIMAL LIBRANZAS SAS

### 4.2.1 OPERACIÓN O MODELO DE NEGOCIO DE OPTIMAL LIBRANZAS SAS

Con el fin de entender el modelo de negocio que llevó a cabo **OPTIMAL LIBRANZAS SAS S.A** es necesario describir, de manera general, en qué consistía la venta de pagarés libranza:<sup>19</sup>

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

<sup>19</sup> Parte de esta explicación fue tomada de la cartilla ABC de las libranzas en Colombia, disponible para consulta en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/ABC-Libranzas-v2.pdf>



se realiza normalmente por endoso si se trata de títulos valores, o mediante cesión en los demás casos, tal como se ilustra en la siguiente gráfica:



Esta operación se perfecciona mediante un contrato en el cual la entidad operadora de libranza recibe anticipadamente el dinero de su cartera, a cambio de asumir un porcentaje por concepto de descuento. En términos coloquiales, va a recibir en el presente una suma de dinero que, de otra manera, hubiera recibido dividida en cuotas a lo largo de un plazo 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 deriven 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 asumiría 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 (prepagado) 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, 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 vendedora está obligada 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 parcia 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 consecuencia, toda vez que OPTIMAL LIBRANZAS 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 realizó operaciones de compraventa de cartera originada en créditos otorgados bajo la modalidad de pagarés-libranza en las cuales 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. Por todo lo anterior, 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 Ley 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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, ignorando, en especial, su solvencia moral y patrimonial. Es decir, se trataba realmente de operaciones de crédito de alto riesgo, asumidas libre y deliberadamente por el comprador de cartera, cuya responsabilidad ahora, con esta demanda, pretende indebidamente 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 por su 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 la vigilancia subjetiva ejercida por la Superintendencia de Sociedades.

#### **4.2.2. ACTUACIONES REALIZADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RESPECTO DE LA SOCIEDAD OPTIMAL LIBRANZAS SAS.**

##### **4.2.2.1 CLASE DE NEGOCIO REALIZADO POR OPTIMAL LIBRANZAS SAS**

###### **- Toma de información en la sociedad Optimal Libranzas SAS**

A partir de las quejas y solicitudes de intervención presentadas por los clientes anteriormente relacionados, mediante Credencial No. 306-000271 de 3 de agosto de 2016, esta Superintendencia ordenó realizar una diligencia de toma de información a la Sociedad, con el objeto de evaluar si en el desarrollo de su objeto social, OPTIMAL LIBRANZAS SAS se ajustaba a la ley, además de verificar su situación administrativa, jurídica, económica y contable.

###### **- Endoso sin responsabilidad de los pagarés-libranza.**

Dentro de la operación ejecutada por OPTIMAL LIBRANZAS SAS, el endoso realizado a sus clientes de los pagarés-libranza derivados de la cartera adquirida de entidades originadoras, se realizó sin responsabilidad cambiaria lo que impide que sus clientes a quienes les vendió cartera materializada en pagarés-libranza ejercieran en su contra la acción cambiaria de regreso para reclamarle el pago del valor estipulado en los contratos de compraventa de cartera suscritos con sus clientes.

###### **- Contratos marco de compra de cartera.**

Se pudo establecer que OPTIMAL LIBRANZAS SAS, suscribió contratos marco de compraventa de cartera con diferentes entidades operadoras de libranza a partir de los cuales se dio la transferencia por parte de los originadores a la Sociedad mediante endoso con responsabilidad y en propiedad de los pagarés-libranza que instrumentalizaron dicha cartera, además de su entrega material.

###### **- Contratos de compraventa de cartera celebrados entre la sociedad y sus clientes**

Se encontró que en efecto OPTIMAL LIBRANZAS SAS suscribió con sus clientes contratos de compraventa de cartera, utilizando un único clausulado el cual cambiaba de encabezado dependiendo si el cliente era una persona natural o una persona jurídica. Dentro de las consideraciones de dicho contrato, se establecía que las entidades originadoras tenían la obligación de recaudar los derechos económicos o flujos y de



depositarlos a OPTIMAL LIBRANZAS SAS, quien, a su vez, adquiriría la obligación de transferirlos a los compradores o inversionistas.

A su vez se afirmaba, que debido a los contratos celebrados entre los originadores y OPTIMAL LIBRANZAS SAS, la Sociedad era propietaria de los títulos y beneficiaria de las garantías otorgadas para su pago, las cuales a la fecha de suscripción del contrato con sus clientes no había cedido total o parcialmente.

En su cláusula 6ª, se definió el documento como un contrato de “compraventa de cartera al descuento regulado por la normatividad civil y comercial” [...]; que “en ningún caso constituye actividad de captación o recaudo no autorizado de dineros del público en los términos del Decreto 1981 de 1988 y el Decreto 4334 de 2008”; cuyo objeto, consistió en la transferencia de dominio sobre la cartera (pagares – libranza), junto con los derechos y privilegios inherentes, conforme al estado en el que se encuentre tales créditos en la fecha de endoso [...] la transferencia se perfecciona mediante el endoso en propiedad sin responsabilidad y la entrega real o física de los pagarés libranza.

**- Situación de Grupo Empresarial**

Con ocasión del último hallazgo descrito, mediante memorando No. 306-007122, radicado con el número 2016-01-437611 de 31 de agosto de 2016, la Coordinadora del Grupo de Supervisión Especial de esta Superintendencia, solicitó al Grupo de Conglomerados establecer si entre las sociedades OPTIMAL LIBRANZAS SAS, OPTIMAL FACTORING SAS y OPTIMAL CABS SAS, existía situación de control y/o grupo empresarial.

Posteriormente, mediante memorando No. 306-009220 del 12 de noviembre de 2016, la citada funcionaria requirió adicionalmente que se investigara a la sociedad MAFINCO SAS, por la posible existencia de vinculación con las anteriores sociedades.

Teniendo en cuenta lo anterior, a través de la Resolución No. 302-001377 del 4 de abril de 2017, se ordenó la apertura de una investigación administrativa a los señores Néstor Naranjo Paredes y Néstor Vanegas Moncada por cuanto estos no solicitaron oportunamente el registro de la situación de control y grupo empresarial que ejercen sobre las sociedades OPTIMAL LIBRANZAS SAS, OPTIMAL FACTORING SAS, y OPTIMAL CABS SAS.

Del resultado de la investigación llevada a cabo, se resolvió por esta Superintendencia Mediante Resolución No. 302-004502 de 01 de diciembre de 2017, declarar la vinculación de OPTIMAL LIBRANZAS SAS con el grupo empresarial conformado por las empresas OPTIMAL FACTORING SAS, y OPTIMAL CABS SAS.

**4.2.2.2 VALIDACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA CARTERA COMERCIALIZADA POR OPTIMAL LIBRANZAS SAS**

Teniendo en cuenta las quejas interpuestas por los clientes de la Sociedad, esta Superintendencia mediante el Oficio No. 306-253001 del 28 de diciembre de 2016, requirió a OPTIMAL LIBRANZAS SAS para que hiciera entrega de la relación de la cartera total vendida por la Sociedad con corte a 31 de octubre de 2016. El 20 de enero de 2017 este Despacho recibió la respuesta de la Sociedad dando cumplimiento a lo solicitado mediante radicado No. 2017-01-015787.

Con el fin de verificar la existencia y características de la cartera comercializada, así como la transferencia de los flujos descontados a favor de sus compradores con ocasión de los pagarés libranza vendidos, este Despacho mediante Oficios Nos. 301-129391 de 10 de julio de 2017, 301-133403 y 301-133395 de 11 de julio de 2017, efectuó requerimientos a las entidades pagadoras Fiduciaria la Previsora S.A., FOPEP y COLPENSIONES y les solicitó información detallada respecto de todas las libranzas que hubieran sido inscritas para su descuento a los deudores cuyos pagarés fueron comercializados por OPTIMAL LIBRANZAS SAS. Las citadas pagadurías dieron respuesta mediante las siguientes comunicaciones y allegaron la información solicitada:

<b>Oficio</b>	<b>Pagaduría</b>	<b>Respuesta</b>
301-129391 del 10 de julio de	Fiduciaria La Previsora S.A.	Radicado No.2017-01-379875





2017		del 21 de julio de 2017
301-133403 del 11 de julio de 2017	Consortio Fopep	Radicado No.2017-01-427219 del 11 de agosto de 2017
301-133395 del 10 de julio de 2017	Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones	Radicado No.2017-01-535619 del 18 de octubre de 2017

De la revisión efectuada a la citada información frente a la reportada en la base de datos remitida por la sociedad, la Superintendencia encontró una serie de inconsistencias que a su juicio ameritaban ser esclarecidas por parte de la Sociedad, pues las mismas indicaban que OPTIMAL LIBRANZAS SAS se encontraría incurso en hechos objetivos de captación o recaudo no autorizado a la luz de lo establecido en el Artículo 6° del Decreto 4334 de 2008<sup>20</sup>.

Por lo anterior, mediante Oficio 300-240513 de 03 de noviembre de 2017 la Superintendencia solicitó explicaciones a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS sobre las irregularidades allí descritas, encontradas en las operaciones de comercialización de cartera de la sociedad, con el fin de que tuviera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y desvirtuar las inconsistencias evidenciadas de la información proveniente de las pagadurías, presentando además las pruebas que pretendiera hacer valer.

Dentro del término otorgado, OPTIMAL LIBRANZAS SAS rindió explicaciones mediante escrito presentado por el apoderado de la Sociedad, radicado bajo el No. 2017-01-612191 de 30 de noviembre de 2017, y expuso varios argumentos que no lograron demostrar la inexistencia de

#### 4.2.2.3 HECHOS OBJETIVOS DE CAPTACIÓN ILEGAL DE DINERO DEL PÚBLICO:

A partir de la información obtenida por esta Superintendencia en la diligencia de toma de información realizada a la Sociedad, se procedió a realizar un análisis de la base de datos contenida en el radicado No. 2017-01-015787, aportada por OPTIMAL LIBRANZAS SAS, contentiva de la totalidad de la cartera comercializada por la sociedad con corte a 31 de octubre de 2016.

Con el fin de determinar la existencia de dicha cartera y la trazabilidad de los flujos descontados con ocasión de su comercialización por OPTIMAL LIBRANZAS SAS, desde su inscripción frente a la entidad pagadora, hasta su recaudo y posterior transferencia a los clientes compradores de dicha cartera, mediante Oficios Nos. 301-129391 de 10 de julio de 2017, 301-133403 y 301-133395 de 11 de julio de 2017, este Despacho realizó requerimientos a las entidades pagadoras en donde solicitó información sobre los créditos de libranza otorgados a los deudores reportados por OPTIMAL LIBRANZAS SAS en su base de datos e inscritos ante tales pagadurías para su descuento, con el objetivo de cotejar dicha información con la remitida por la Sociedad. En dicho análisis, se utilizaron criterios tales como el nombre e identificación de los deudores, números de libranza, monto total del crédito, valor de las cuotas mensuales, fecha de inicio y de terminación de los descuentos, y cuotas trasladadas por la sociedad a sus clientes hasta el 30 de junio de 2016.

La anterior verificación, en la cual se comparó la información remitida por las pagadurías con la reportada por la Sociedad arrojó las siguientes irregularidades:

#### - Hallazgos presentados frente a la pagaduría Fiduciaria la Previsora S.A.

Conforme con el requerimiento realizado por esta Superintendencia mediante Oficio No. 301-133403, la pagaduría Fiduciaria la Previsora S.A, mediante comunicación con radicado No. 2017-01-379875 del 21 de julio de 2017, remitió respuesta a esta

<sup>20</sup> 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.” (Subrayas fuera del texto original)



Superintendencia en la cual anexo una base de datos contentiva de la información solicitada. Al respecto, las irregularidades encontradas fueron las siguientes:}

**1. Pagarés de créditos de libranza inexistentes, sin recaudo y con pago de flujo a los compradores:**

A pesar de que algunos de los beneficiarios de los créditos reportados por la sociedad si se encontraban inscritos dentro de la nómina de la pagaduría FIDUPREVISORA SA, al confrontar la información remitida por la pagaduría con la de OPTIMAL LIBRANZAS SAS, se pudo establecer que contrario a lo indicado la suministrada por la Sociedad en cuarenta y un (41) casos la pagaduría no realizó descuento alguno por los créditos de libranza que se relacionan a continuación, y que sin embargo hacen parte de la cartera que fue vendida a terceros por la Sociedad:

Libranza	Fecha de inicio	Información Optimal				Información Fiduprevisora			Valores Pagados por Optimal a 30/03/2016
		Deudor	Valor cuota	Valor Libranza	Originador	Cuota	Cuotas pagadas a comprador		
1	55684	02/05/2016	ARIZA DE LA HOZ ELÍAS ANTONIO	\$184.000	\$4646.000	Inversiones Alejandro Jiménez	0	2	\$388000
2	34870	02/04/2016	LINDO ARREGOCES CIRILO	\$591.111	\$ 21.279.996	COOMUN COL	0	2	\$ 1.182.222
3	54195	3/03/2016	ZAPA PEREZ HORTENCIO ENRIQUE	303.333	\$ 7.279.992	INVERSIONES ALEJANDRO JIMENEZ A.J S.A.S.	0	4	\$ 1.213.332
4	31279	02/02/2016	ALVAREZ DIAZ ARGEMIRO ANTONIO	856.667	\$20.560.008	COOMUN COL	0	5	\$ 4.283.335
5	5035	01/05/2013	JOSE MANUEL SOLANO PALMA	322.866	\$ 19.371.960	COOCRE DIMED	0	15	\$ 4.842.990
6	20306	04/12/2015	MIRANDA NUÑEZ ALVARO ENRIQUE	422.222	\$ 15.199.992	COOVEN AL	0	7	\$ 2.955.554
7	44258	07/06/2015	VASQUEZ SALCEDO ALVARO JOSE	29683	\$1.774.980	COOINVE RCOR	0	14	\$875.000
8	46990	08/04/2015	HOWARD EDUARDO EUDES	62.500	\$ 3.750.000	COOINVE RCOR	0	14	\$ 875.000
9	36779	02/04/2016	REYES RICARDO CARLOS SEGUNDO	986.667	\$ 23.680.008	COOMUN COL	0	2	\$1.973.334
10	25422	02/05/2016	MEDINA GUZMAN HERNAN	323.333	\$ 7.759.992	COOMUN COL	0	2	\$ 646.666
11	51928	06/08/2015	MORA POLO JOSE LUIS	383.333	22.999.980	COOINVE RCOR	COOINV ERCOR	2	\$ 4.216.663
12	54187	03/03/2016	RODRIGUEZ MERLANO CARMELO RAFAEL	986.944	35.529.984	INVERSIONES ALEJANDRO	0	4	\$3.947.776



13	6873	01/05/2013	NUBIA DEL SOCORRO AHUMADA DELAFAURIE	272.766	\$16.365.960	JIMENEZ A.J S.A.S. COOCRE DIMED	0	15	\$4.091.490
14	31192	01/05/2016	BORJA RIVALDO MARTHA	27.083	\$ 1.624.980	COOMUN COL	0	2	\$ 54.166
15	6538	18/04/2013	ROJANO DE BOLIVAR ALICIA CANDELARIA	384.100	\$23.046.000	COOCRE DIMED	0	24	\$9.218.400
16	55848	02/05/2016	HEREDIA GUTIERREZ CARMEN MARIA	986.667	\$ 23.680.008	INVERSI ONES ALEJAND RO JIMENEZ A.J S.A.S.	0	2	\$1.973.334
17	51917	07/07/2015	PEREZ CANTERO CARMEN EMIDIA	10.417	\$ 625.020	SERVICIO OP DE LA COSTA	0	2	\$ 125.004
18	24404	01/10/2013	MYRIAM ZAMBRANO AVENDAÑO	132.167	\$ 6.344.016	COOINVE RCOR	0	21	\$2.775.507
19	44363	5/10/2015	MENDOZA MENDOZA SULMERIS	562.500	\$ 33.750.000	COOINVE RCOR	0	8	\$4.500.000
20	31226	03/03/2016	GUTIERREZ ROMERO NEYIS URIDIS	986.944	\$ 35.529.984	COOMUNC OL	0	4	\$3.947.776
21	41832	07/06/2015	CANTILLO SOLANO EDYS LUZ	595.000	\$35.700.000	COOINVE RCOR	0	14	\$8.330.000
22	42136	02/05/2016	BARRIOS DE GARCIA ELIZABETH CRISTINA	856.667	\$20.560.008	COOMUNC OL	0	2	\$1.713.334
23	43116	06/08/2015	FONSECA PEREZ NOHRA LAUDITH	191.111	\$ 6.879.996	COOINVE RCOR	0	11	\$2.102.221
24	44241	08/04/2015	BONETH NIÑO REINA AMANDA	39.583	\$2.374.980	COOINVE RCOR	0	15	\$593.745
25	6091	8/04/2013	JIMENEZ CEDEÑO MARCIA ELENA	239.366	\$14.361.960	COOCRE DIMED	0	24	\$5.744.784
26	10946	04/12/2015	ORTIZ MENDEZ NIDIA MARIA	175.000	\$10.500.000	COOMUN COL	0	7	\$ 1.225.000
27	8280	01/10/2013	JURADO HERNANDEZ LIGIA	117.250	\$ 5.628.000	COOCRE DIMED	0	22	\$1.993.334
28	32062	01/05/2016	NIÑO FUENTES ANA LEONOR	996.667	\$23.920.008	COOMUN COL	0	2	\$1.993.334
29	47258	08/04/2015	MERCADO ZAPATA GLORIA	289.583	\$17.374.980	COOINVE RCOR	0	15	\$4.343.745
30	27371	04/12/2015	ZOILA FELICIA	956.667	\$22.960.008	COOMUN COL	0	7	\$6.696.669



31	46283	08/04/2015	MONTENEGRO O QUINTERO DE LA CRUZ SANCHEZ ALBA	200.000	\$12.000.000	COOINVE RCOR	0	14	\$2.800.000
32	21020	01/10/2013	ELSA YOLIMA CABANA BOCANEGRA	190.625	\$ 9.150.000	COOINVE RCOR	0	21	\$4.003.125
33	6168	01/05/2013	EVERLIDES MARIMON TRESPALACIOS	322.866	\$19.371.960	COOCRE DIMED		15	\$4.842.990
346	22836	02/04/2016	HURTADO DE NUÑEZ MARIA EUFEMIA	440.694	\$15.864.984	COOVEN AL		3	\$1.322.082
35	32063	02/02/2016	REALES DAZA MARIA DE LOS SANTOS	997.500	\$35.910.000	COOMUN COL	0	5	\$4.987.500
36	41806	08/04/2015	BENAVIDES SOLER NANCY ISABEL	\$1.005.333	\$60.319.980	COOINVE RCOR	0	14	\$ 14.074.662
37	64815	02/05/2016	SUAREZ PRUERTAS EMILIA JOSEFINA	372.600	\$ 4.471.200	COOMUN OL	0	2	\$ 745.200
38	36592	02/04/2016	TORRES AVILA ENITZA LEONOR	\$812.050	\$29.233.800	COOMUN OL	0	3	\$2.436.150
39	37676	02/04/2016	DIAZGRANADOS MONTERO LAURA CECILIA	994.861	\$35.814.996	COOMUN COL	0	3	\$ 2.984.583
40	24435	01/10/2013	CAROLINA ANGARITA MARTINEZ	203.333	\$ 9.759.984	COOINVE RCOR	0	21	\$ 4.269.993
41	46976	08/04/2015	CASTILLO MARTINEZ RUBEN DARIO	208.333	\$12.499.980	COOINVE RCOR	0	14	\$ 2.916.662
TOTAL A 30/06/2016				19.030.292	729.465.684				134.329.990

Asimismo, se pudo establecer que los descuentos realizados por la pagaduría a las personas enlistadas, con ocasión de otros créditos de libranza que sí fueron tomados por los mismos e inscritos para su descuento, correspondían a montos, fechas y originadoras diferentes a los reportados por OPTIMAL LIBRANZAS SAS a esta Superintendencia.

Por lo tanto, de conformidad con el cuadro anterior, se evidenció que por los 49 pagarés que incorporaban los créditos de libranza relacionados anteriormente, OPTIMAL LIBRANZAS SAS comercializó y recibió recursos de sus clientes por una cartera cuyo valor ascendía a SETECIENTOS VEINTINUEVE MILLONES, CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL, SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$729.465.684) **sin haber verificado la existencia de tales créditos ni su debida inscripción ante la pagaduría correspondiente. Por lo anterior, los contratos de compraventa respectivos carecieron de activo subyacente que justificara financieramente la transferencia de dichos recursos a favor de la Sociedad.**

Adicionalmente, en la octava columna del cuadro anterior se evidencia el número de cuotas pagadas por la Sociedad desde el momento de venta al cliente hasta el 30 de junio de 2016, fecha de corte establecida con base en lo reportado a esta Superintendencia en las quejas recibidas por incumplimiento en el pago de los flujos mensuales a los clientes. **Al respecto, se pudo determinar que la Sociedad trasladó a sus clientes flujos mensuales por el valor aproximado de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS (\$134.329.990).**



**pagos que carecieron de razonabilidad financiera al no haber existido créditos subyacentes que fueran debidamente inscritos ante la entidad pagadora, de los cuales se derivara el descuento respectivo de la pagaduría.** Ello, teniendo en cuenta que la misma no reportó a esta Entidad ningún descuento realizado con ocasión de la cartera reportada por la Sociedad.

**2. Pagarés de créditos de libranza inexistentes, sin recaudo y con pago de flujos a los compradores, correspondientes a personas reportadas por la pagaduría como no pensionadas ni empleadas ni beneficiarias:**

No .Pagare	Fecha inicio	Fecha final	INFORMACION OPTIMAL				Información Fidupervisora			
			deudor	Valor cuota	Valor libranza	originador	Fidupervisora	Cuotas pagadas a compradores	Valores a pagados pro Optimal al	
1	9625	01/10/2013	10/09/2017	ARAUJO RAMOS RUBEN DARIO	\$ 287.200	\$13.785.600	COOCREDIMED	NO ES PENSIONADO NI BENEFICIARIO	23	\$ 6.605.600
2	26616	02/02/2016	27/01/2017	DAZA ROMERO ALTAGRACIA	\$ 1.083.333	\$ 12.999.996	COOMUNCOL	NO TIENE LIBRANZAS ACTIVAS	5	\$ 5.416.665
3	8676	01/07/2013	10/06/2017	RODRIGUEZ MEDIAN FANNY ESTHER	\$ 239.333	\$11.487.984	COOCREDIMED	NO ES PENSIONADO NI BENEFICIARIO	16	\$ 3.829.328
4	22255	13/05/2014	27/04/2017	MANJARRES DURAN ANA ROSA	\$ 315.000	\$ 11.340.000	COOCREDIMED	NO ES PENSIONADO NI BENEFICIARIO	25	\$ 7.875.000
5	42395	05/10/2015	08/09/2020	LOBO RASSINES ROSARIO ISABEL	\$256.666	\$ 15.399.960	SERVICOOP DE LA COSTA	NO ES PENSIONADO NI BENEFICIARIO	8	\$ 2.053.328
6	36787	02/04/2016	18/03/2019	FUENTES MIRANDA JOSEFA	\$ 490.833	\$ 17.669.988	COOMUNCOL	NO ES PENSIONADO NI BENEFICIARIO	2	\$ 981.666
<b>TOTALES A 30/06/2016</b>					<b>\$2.672.365</b>	<b>\$82.683.528</b>				<b>\$26.761.587</b>

Como puede observarse en el cuadro anterior, la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS comercializó cartera incorporada en seis (6) pagares-libranza cuyo valor ascendía a la suma de OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$82.683.528), recaudando recursos de los compradores de la misma a partir de la celebración de contratos de compraventa, los cuales por lo tanto carecieron de activo subyacente que justificara financieramente la transferencia de dichos recursos a favor de la Sociedad, y luego pagó flujos mensuales a los compradores por un valor aproximado de VEINTISEIS MILLONES, SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL, QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$26.761.587). Sin embargo, se verificó que tales operaciones carecieron de razonabilidad financiera, teniendo en cuenta que la pagaduría informó a esta Superintendencia que tales deudores ni siquiera figuran como pensionados o beneficiarios en su base de datos, por lo que no existió ningún crédito subyacente que justificara ni el recaudo del dinero de los compradores por la venta ni el pago de flujos por la Sociedad ya que nunca se descontaron dineros por las cuotas de los deudores respectivos.

**3. Pagarés de créditos de libranza inexistentes, en los que coincide el originador reportado y con pago de flujos a los compradores.**

Con referencia a este punto, en seis (6) casos se encontraron pagarés – libranza cuyas fechas, valores de crédito y cuota mensual son diferentes a los reportados por la pagaduría como se evidencia a continuación:

**INFORMACION OPTIMAL**

**INFORMACION FIDUPREVISORA**





No Paga ré	Fecha Inicio	Deudor	Valor Cuota	Valor Libranza	Cuotas pagadas a comprado res por Optimal a 30/06/2016	Valores pagados por Optimal a 30/06/2016	No Paga ré	Fecha de libranza	Valor cuota	Valor libranza
3999 5	02/05/20 16	Vega Villazon Rafael Enrique	\$479.2 00	\$ 28.752.00 0	1	\$479.200	3220 1	18/12/20 15	\$ 350.000	\$21.000.0 00
1120 3	01/09/20 13	Cantillo García Fanny Cecilia	\$ 295.03 3	\$ 17.701.98 0	15	\$4.425.49 5	2852 3	15/10/20 14	\$ 329.333	\$19.759.9 80
5582	18/04/20 13	Estrada Gonzál ez Sofía De Los Ángele s	\$ 233.80 0	\$ 14.028.00 0	0	\$0	4884 7	28/12/20 15	\$ 115.556	\$ 4.160.016
2004 8	01/10/20 13	Barrios Plata Rocío De Jesú	\$ 238.00 0	\$ 14.280.00 0	21	\$ 4.998.000	3300 10	28/04/20 15	\$ 99.000	\$ 9.801.000
1050 3	01/10/20 13	Gonzál ez Barrios Martha Cecilia	\$ 388.91 6	\$ 18.667.96 8	0	\$0	2650 2	02/12/20 14	\$ 408.333	\$19.599.9 84
2885 7	03/03/20 16	Castillej o Contrer as Omar Enrique	\$ 488.33 3	\$23.439.9 84	3	\$ 1.464.999	2885 4	29/10/20 15	\$ 250.000	\$15.000.0 00
<b>TOTAL A 30/06/2016</b>			<b>\$</b>	<b>84.173.96</b>		<b>\$11.367.6</b>			<b>\$1.552.2</b>	<b>\$89.320.9</b>
			<b>1.500.5</b>	<b>4</b>		<b>94</b>			<b>22</b>	<b>80</b>
			<b>66</b>							

Como se puede observar, aunque se logró establecer que los deudores si eran parte de la nómina de la FIDUPREVISORA y que se trataba de cartera aparentemente originada por la misma entidad operadora de libranza como lo reportaron ambas fuentes, no existen coincidencias en las características de dicha cartera que permitan concluir que se trata de los mismos créditos cuyos descuentos fueran trasladados a los compradores de Optimal.

Por ejemplo, en el primer caso del cuadro anterior la pagaduría reportó que en efecto dicho deudor tenía un crédito de libranza del cual se realizan descuentos que se trasladaban al mismo originador reportado por la Sociedad. Sin embargo, el crédito reportado por la pagaduría fue incorporado en un pagaré distinto al reportado por la sociedad, fue inscrito con cinco meses de anticipación para su descuento y sus valores totales y de las cuotas son inferiores a los reportados por Optimal, motivo por el cual se ha concluido que se trata de operaciones diferentes y que la cartera reportada por Optimal como comercializada es inexistente al no haberse inscrito ante la pagaduría para su descuento.

En consecuencia, en los casos anteriores se pudo establecer que OPTIMAL LIBRANZAS SAS comercializó una cartera cuyo valor ascendía a la suma de OCHENTA Y CUATRO MILLONES, CIENTO SETENTA Y TRES MIL, NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$84.173.964) por la cual recaudó dinero producto de la venta a sus clientes inversionistas, y a su vez, desembolsó a los mismos hasta el 30 de junio de 2016, flujos mensuales por un valor de ONCE MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL,



SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$11.367.694), todas ellas operaciones sin explicación financiera razonable al no haber existido créditos subyacentes que las respaldaran.

Adicionalmente, se encontraron catorce (14) casos de cartera reportadas por OPTIMAL LIBRANZAS SAS, en donde además del nombre e identificación del beneficiario, únicamente coincidió el dato de la originadora COOMUNCOL como cooperativa originadora. A pesar de tratarse de datos distintos de fechas y valores, esta Superintendencia los ordenó teniendo en cuenta la cercanía de las fechas en las que fueron otorgados tales créditos con el fin de encontrar coincidencias a favor de la sociedad comercializadora que permitieran deducir que se trataba de los mismos créditos comercializados. Sin embargo, lo que se encontró es que la diferencia entre los valores de las operaciones es tal, que el valor de la supuesta cartera vendida por la sociedad en tales casos equivale al 254% del valor de la cartera verdaderamente inscrita ante la pagaduría para su descuento a favor de ese originador como se explica a continuación. Llama la atención que igualmente al comparar el traslado de flujos derivados de los descuentos realizados por la pagaduría, estos son inferiores a los realizados por la sociedad a sus clientes en un 79%.

Como puede observarse, a pesar de que los únicos datos que coincidieron entre la información allegada por OPTIMAL LIBRANZAS SAS y la suministrada por la pagaduría fueron los de deudor y originador, e incluso realizando una aproximación en las fechas de otorgamiento de la cartera reportada, debe concluirse necesariamente que las operaciones reportadas por la Sociedad NO pueden entenderse como equivalentes a los créditos reportados por la pagaduría dadas las amplias diferencias en los valores (total y mensual en cada caso) reportados por ambas fuentes.

Lo anterior, por cuanto la comparación entre los valores indicados por la Sociedad y los reportados por la pagaduría evidenció que OPTIMAL LIBRANZAS SAS, vendió cartera inexistente a sus clientes cuyo valor ascendía a TRECIENTOS QUINCE MILLONES, DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$315.244.416). Con base en la información remitida por la pagaduría la FIDUPREVISORA, el valor total real de los créditos otorgados los deudores relacionados en el cuadro anterior por parte de la cooperativa COOMUNCOL, ascendía solamente a la suma de CIENTO VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$123.988.960).

Así, debe tenerse en cuenta que incluso en el evento en que se desconocieran las evidentes diferencias existentes entre la cartera comercializada por la sociedad y la efectivamente inscrita ante la pagaduría para concluir que se trata de la misma cartera, la Sociedad habría recaudado recursos del público sin explicación financiera razonable por la venta de supuestos activos con valor de CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$191.255.456). Lo anterior, por cuanto los contratos de compraventa respectivos carecieron de créditos subyacentes cuya transferencia de derechos crediticios justificara financieramente el recaudo de dineros de terceros a favor de la Sociedad.

Igualmente, pudo verificarse que en tales operaciones la sociedad pagó a sus clientes hasta el 30 de junio de 2016, flujos mensuales por valor de VEINTISÉIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$26.670.855), mientras que el recaudo efectivamente realizado por la pagaduría de dichos deudores y a favor de COOMUNCOL se dio por un valor aproximado de CINCO MILLONES, SEISCIENTOS NUEVE MIL, DOSCIENTOS OCHO PESOS (\$5.609.208), dándose una diferencia en el valor de los descuentos mensuales de VEINTIÚN MILLONES, SESENTA Y UN MIL, SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$21.061.647). Todo lo anterior evidencia, que incluso en caso de considerarse que se tratara de los mismos créditos (lo que no es posible dadas las amplias diferencias descritas) la ausencia de razonabilidad financiera de tales transferencias de recursos persiste para tales valores, por cuanto ese dinero nunca fue descontado por la pagaduría de los ingresos de los deudores en las operaciones reportadas por la Sociedad de venta de cartera a sus compradores.

#### **4. Hallazgos presentados frente a la pagaduría Fondo de Pensiones Públicas de Nivel nacional de Colombia (FOPEP)**



Mediante radicación No. 2017-01-427219 del 11 de agosto de 2017, la pagaduría FOPEP suministró información a este Despacho con relación a los créditos de libranza otorgados a los deudores reportados por OPTIMAL LIBRANZAS SAS en su base de datos e inscritos ante tal pagaduría para su descuento. A partir de su comparación con la información suministrada por la Sociedad, se pudieron establecer las siguientes irregularidades:

1. Pagarés de créditos de libranza inexistentes, sin recaudo y con pago de flujo a los compradores:

A pesar de que los deudores de los créditos reportados por la sociedad sí se encontraban dentro de su nómina, en sesenta y nueve (69) operaciones de cartera comercializada que fueron reportadas por la Sociedad FOPEP no realizó descuento alguno por los créditos de libranza que se relacionan a continuación, pues los mismos no fueron inscritos ante dicha pagaduría para su descuento

Con relación a los 69 pagarés que incorporaban tales créditos de libranza, OPTIMAL LIBRANZAS SAS comercializó y recibió recursos de sus clientes por una supuesta cartera cuyo valor ascendía a MIL OCHENTA Y UN MILLONES, SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS PESOS (\$1.081.796.200), sin haber verificado la existencia de tales créditos ni su debida inscripción ante la pagaduría correspondiente. Por lo anterior, los contratos de compraventa respectivos carecieron de activo subyacente que justificara financieramente la transferencia de dichos recursos a favor de la Sociedad.

De la misma forma se consignó el número y el valor de las cuotas mensuales trasladadas por la Sociedad a los compradores de cartera en tales operaciones, desde el momento de venta al cliente hasta el 30 de junio de 2016 a pesar de no haberse realizado descuento alguno por la pagaduría. Como resultado de lo anterior, se pudo determinar que OPTIMAL LIBRANZAS SAS en tales operaciones trasladó a sus clientes hasta el 30 de junio de 2016 flujos mensuales por un valor de CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$182.718.997), pagos que carecieron de razonabilidad financiera al no haber existido créditos subyacentes que fueran debidamente inscritos ante la entidad pagadora y de los cuales se derivara el descuento respectivo de la pagaduría. Ello teniendo en cuenta que la misma pagaduría reportó a esta Entidad no haber realizado ningún descuento con ocasión de las operaciones reportadas por la Sociedad.

De acuerdo con el reporte entregado por la pagaduría FOPEP, estos créditos de libranza materializados en sus respectivos pagares, no fueron objeto de descuento a los deudores dada la ausencia de su inscripción ante dicha pagaduría. Ello, se reitera demuestra que la cartera comercializada por OPTIMAL LIBRANZAS SAS en las operaciones descritas no tenía como respaldo la existencia de créditos subyacentes que justificaran su comercialización ni el traslado posterior de flujos a sus compradores.

5. **Pagarés de créditos de libranza inexistentes, en los que coinciden los datos de deudor y originador reportados y con pago de flujos a los compradores.**

De la misma forma se encontró que en cincuenta y dos (52) operaciones de comercialización de cartera por parte de la sociedad se reportaron libranzas cuyos números de libranza, fechas, valores de crédito y de cuota mensual son diferentes a los reportados por la pagaduría como créditos activos y con descuento para esos mismos deudores.

Como se puede observar, aunque se logró establecer que los deudores si eran parte de la nómina de FOPEP y que se trataba de cartera aparentemente originada por la misma entidad operadora de libranza como lo reportaron ambas fuentes, no existen coincidencias en las características de dicha cartera (valores, números de cuotas, fechas) que permitan concluir que se trata de los mismos créditos cuyos descuentos fueran trasladados a los compradores de Optimal.

## **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:

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



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

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

De otra parte, es procedente en este punto, hacer un análisis de las actuaciones desplegadas por los demandantes, respecto de las inversiones realizadas por éstos en la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS SA, 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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 los demandantes y la sociedad, OPTIMAL LIBRANZAS 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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, se erige en una causal de exoneración de responsabilidad al Estado.

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

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

(...)

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

(...)

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

## VI. EXCEPCIONES

### 6.1. INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO.

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

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

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



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

Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades no podía tomar acciones más contundentes contra OPTIMAL LIBRANZAS 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, una obligación 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 tendientes a que la sociedad cumpla con la normativa a la cual se encuentra sujeta, dicho actuar se entiende como oportuno.

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

## **1. Sentencia del 31 de mayo de 2016, 25000-23-26-000-2004-01391-01(36540) Consejero ponente Danilo Rojas Betancourth**

*“11.2.3. En esta perspectiva queda claro que las funciones de inspección, vigilancia*



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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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



Así lo ha resaltado esta Subsección al señalar:

*“Sobre este punto, vale la pena resaltar que la obligación a cargo de la Superintendencia no es de resultado, pues según la carga obligacional contenida en el EOSF, la cual se expuso en precedencia, sólo está obligada a revisar la actividad de las establecimientos financieros y a vigilar y controlar dicha actividad, pero no a co-gestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero”<sup>21</sup>*

*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: HERNÁN 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”<sup>22</sup>.*

*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”<sup>23</sup>, 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 contrarrestarlo”<sup>24</sup>.*

*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,*

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

<sup>24</sup> Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787



*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 ciudadanía<sup>25</sup>.*

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

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

*Sobre este aspecto en particular, advierte la Sala que, en estos casos, en los que se demanda la omisión de los órganos de control en la inspección y vigilancia de las entidades financieras, no todos los daños sufridos por los administrados son indemnizables, en consideración a que la función de supervisión, no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, sino que lo que se pretende con dicha vigilancia es asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado<sup>26</sup>. (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*

<sup>25</sup> Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

<sup>26</sup> 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.



suponía que DANCOOP y la Superintendencia Bancaria solo podían intervenir cuando evidenciara que el objeto social se estaba llevando a cabo en contravía de las normas legales que regulaban su actividad.

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

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

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

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

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

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

**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 causo 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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 OPTIMAL LIBRANZAS SAS

Los perjuicios reclamados, si son ciertos, no fueron ocasionados por esta Entidad, son atribuibles a los administradores de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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.**

### 6.3. ROMPIMIENTO DEL VÍNCULO CAUSAL

En el presente caso existe una culpa de los demandantes 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 aquella y éste (...)"*<sup>27</sup>.

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

<sup>27</sup> 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 SUPOERINTENDENCIA 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. -



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<sup>28</sup>.

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 (...)”<sup>29</sup>, 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<sup>30</sup>. Además, se debe 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 Estado<sup>31</sup>.

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 (...)”<sup>32</sup>.

El máximo tribunal del control administrativo en reciente sentencia<sup>33</sup>, 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.

<sup>28</sup> 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).

<sup>29</sup> Responsabilidad del estado y sus regímenes. Dr. Wilson Ruiz Orejuela. Tercera Edición. Enero de 2016. Ecoe Ediciones Ltda. Bogotá. -

<sup>30</sup> No obstante, debe hacerse la claridad que “el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular (falla en el servicio simple, probada, presunta, daño especial, riesgo excepcional), sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar” Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C Sentencia del 20 de octubre de 2014. Exp. 52001-23-31-000-1998-00352-91 (31250) C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. -

<sup>31</sup> 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).

<sup>32</sup> 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.

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



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 demandado<sup>34</sup>. 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 (...)”<sup>35</sup>.

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

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo y excepcional<sup>36</sup>.

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 los demandantes 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.

Resulta fácil determinar la culpa exclusiva de la víctima, pues se debe recordar que en los contratos de venta de cartera a los clientes se pactó en la Cláusula primera, artículo 1.4 y 1.5, Clausula tercera, artículo 3.3 y Clausula séptima que OPTIMAL LIBRANZAS SAS Encargaría los pagos a los clientes a través de un fideicomiso, pero si bien a finales del 2014 cambio de Fiduciaria Fiducor S.A. a Fiduciaria Fidupaís S.A., mediante radicación 2016-01-118495 del 29 de marzo de 2016 el propio OPTIMAL LIBRANZAS SAS indica que el contrato de fiducia mercantil en septiembre de 2015 se acabó.

Para el análisis del asunto, donde la Superintendencia de Sociedades profirió auto inhibitorio por actividades de captación en primer semestre del año 2014<sup>37</sup>, 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.

Esta casual de exoneración parte de que la decisión de llevar doble contabilidad obedece a la mala fe de los administradores, quienes, siendo notificados de la visita, prepararon el timo para eludir las consecuencias.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de

2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16235

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

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Auto 400-009385 del 1 de julio de 2014.



De otro lado, la presunta tardanza en la intervención por parte de la Superintendencia de Sociedades no tiene origen en omisión o culpa alguna del servidor público, sino en el dolo o por lo menos la incuria de los intervenidos, así como del revisor fiscal<sup>38</sup>.

Se debe recordar la gravedad de la responsabilidad patrimonial y penal del revisor fiscal establecida en los artículos 211 y 212 del código de comercio, lo que permite concluir que ese “tercero” violó los reglamentos que le eran aplicables, donde resulta que el daño generado no es imputable al Estado sino al actuar culposo de la víctima y al hecho del tercero.

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 OPTIMAL LIBRANZAS SAS han sido graves y notorias, pues el sistema de gestión documental también evidencia a pesar de la ausencia de respaldo fiduciario, en abril de 2016 los contratos de venta de cartera seguían anunciando la existencia de un patrimonio autónomo destinado al pago de las obligaciones con los clientes<sup>39</sup>, 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. 306-000876 del 13/03/2015 por medio de la cual se sometió a control a la compañía por parte del Superintendente Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control, procedimiento administrativo que cobró ejecutoria mediante Resolución No. 306-002239 del 26/06/2015 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición.

La diligencia de la entidad esta aparejada con la imprudencia del afectado; véase cómo Juan Carlos Bastidas Alemán (Rad. 2016-01-118495 del 29 de marzo de 2016) en su calidad de representante legal de OPTIMAL LIBRANZAS SAS remitió a esta Entidad certificación de la revisora fiscal de la sociedad en la cual consta que la misma “a corte de 29 de febrero de 2016, ha realizado los pagos a los clientes con quienes tienen una relación de compra venta de pagaré-libranza” con lo cual se presentaron informes que desconocían la situación real de OPTIMAL LIBRANZAS SAS

Como prueba de ello, se cuenta entre otras, con la queja del ciudadano GUILLERMO PEREZ ROSALES (rad 2016-01-030505 del 2 de febrero de 2016) quien alegó que a esa fecha las tres operaciones adquiridas a través de OPTIMAL LIBRANZAS SAS presentaban mora por más de 30 días; de esta forma, resulta diáfano que la información suministrada por el representante legal con base en la certificación del revisor fiscal no se ajustaba a la realidad, presentando una pantalla artificial que encubría la ilegalidad que estaba detrás.

Las posibilidades de la Superintendencia de Sociedades de tomar medidas contra la captación del recursos del público no era sencilla ni una decisión que se pudiera tomar a la ligera, pues debe tenerse en cuenta que el traslado de la Superintendencia Financiera de Colombia en el primer semestre de 2014 era contentivo de más de 24 CDS referentes a la información financiera de OPTIMAL LIBRANZAS SAS, Tecfinsa S.A., Coonal Recaudo y Coopdesalud (2014-01-152705 Del 27 de marzo de 2014), todas relacionadas con la denominada crisis de las libranzas.-

De esta forma, en el contexto de una tarea titánica para la entidad, los términos de respuesta han resultado oportunos y ponderados. En efecto, está demostrado que frente

<sup>38</sup> Oficio CTCP 215 del 7 de abril de 1998 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública.

<sup>39</sup> Mediante oficio del 2016-01-251332 del 4 de mayo de 2016 la Superintendencia de Sociedades solicitó a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS que se abstuviera de firmar nuevos contratos en los cuales se ofreciera la intermediación de una fiducia para la administración de los recursos recaudados, pues hasta la fecha no tenía contrato con ninguna entidad fiduciaria.



a la primera noticia sobre la eventual captación ilegal de dinero por parte de OPTIMAL LIBRANZAS SAS<sup>40</sup>, se evidencia una rápida actuación de la entidad, consistente en:

A) La solicitud de estados financieros certificados al 31/12/213 de OPTIMAL LIBRANZAS SAS (2014-01-175604 del 08/04/2018).

B) Los trámites internos para lograr la toma de información in situ en la sociedad<sup>41</sup>.

C) Toma de información *in situ* en las instalaciones de la entidad el día 5 de junio de 2014 (Rad. No.2014-01-275553), oportunidad en que se decidió dar traslado al Grupo de conglomerados “para determinar si se configura un grupo empresarial, entre las sociedades: OPTIMAL LIBRANZAS SAS, CORFINANZAS LTDA, METATRADING CISA, COLOMBIAN EXOTIC WOOD CORPORATION Y PROPAIS COLOMBIA S.A.S.”, aspecto que demuestra no sólo la diligencia en el cumplimiento de la labor, sino la complejidad del asunto que gestionaba la administración.

D) Expedición de la resolución No. 306-000876 del 13/03/2015 por medio de la cual se sometió a control a la compañía.

Resulta evidente que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS se salió por completo de las obligaciones del negocio regulado por la ley 1527 de 2012.

En efecto, el agente liquidador de la sociedad mediante comunicación No. 2016-01-434929 del 29 de agosto de 2016 hizo entrega a la entidad de una relación de dos mil doscientas veintiocho (2.228) operaciones de compradores de cartera a quienes no les fue asignado Pagarés Libranza, sino que se procedió bajo la modalidad de inversiones "al vencimiento", lo cual constituyó claramente una actividad por fuera del objeto social de la compañía y un claro ejemplo de captación ilegal de dinero del público por parte de la entidad.

Con estas operaciones la sociedad se obligó por la suma de 25.500 millones de pesos, lo que equivale al 101 % de su patrimonio líquido, evidenciando un manejo arriesgado de las operaciones sociales.

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).

#### 6.4. 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 **ANTI JURÍDICA**, cuya autoría le resulte indilgible.

Es así como reza el aludido artículo:

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

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

<sup>40</sup> Oficio de traslado de información por competencia por parte de la Coordinadora del Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la actividad Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia (Rad. 2014-01-174493 del 08 de abril de 2014).

<sup>41</sup> Memorando de la doctora MARTHA LEONOR ARCHILA CARDENAS en su calidad de Coordinadora del Grupo de Intervenidas de Supe sociedades (Radicación No.2014-01-191981 del 14/04/2014).



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 JURÍDICO** 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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 será devuelto en el procedimiento de intervención la totalidad de capital. 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 OPTIMAL LIBRANZAS SAS en liquidación judicial y no la entidad que represento.

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



Conforme lo aceptado por los demandantes, ellos se hicieron parte del proceso de liquidación judicial con una acreencia reconocida en la suma de \$1.179.846.215 m/cte. y dicho procedimiento se halla aún en trámite en este momento.

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 los demandantes y han recibido la devolución de las sumas antes mencionadas, 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.

## **VII. PRUEBAS**

### **7.1. DOCUMENTALES**

Respetuosamente solicito al señor Magistrado decretar y tener como prueba el expediente administrativo:

[https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/enviosaj\\_supersociedades\\_gov\\_co/EtvZyZTcjB5Puy0Nm7xAdX4BnS7e7x8oFSIZilc3-HYelA?e=TFNwVl](https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/enviosaj_supersociedades_gov_co/EtvZyZTcjB5Puy0Nm7xAdX4BnS7e7x8oFSIZilc3-HYelA?e=TFNwVl)

### **7.2. Oficios**

Solicito se oficie a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación en el sentido que remitan i) certificación de la existencia del proceso y ii) copias del proceso penal contra los señores de Delvis Suguey Medina, esposa del excongresista Roberto José Herrera conocido como el “Zar de las Libranzas” quienes, de la mano de José Alejandro Navas Vengoechea, Jorge Enrique Navas Vengoechea y Marino Constantino Salgado Carvajal dela sociedad Elite International Americas SAS en liquidación judicial como medida de intervención han sido procesados por la justicia penal como autores de una millonaria defraudación en la que también está involucrado la sociedad ESTRAVAL y otras<sup>42</sup>

### **7.3 Testimonio**

Respetuosamente solicito se cite a rendir testimonio:

- Al doctor **ANDRÉS ALFONSO PARIAS GARZON**, Ex funcionario de la Superintendencia de Sociedades, quien fungió para la época de los hechos como **Superintendente Delegado de Inspección, Vigilancia y Control** de la Superintendencia de Sociedades, para que testifique sobre los hechos que le consten de la demanda y la contestación de la demanda y a quien se puede notificar en la Av. 26 No 51 – 80 oficina 401 de la Superintendencia de Sociedades. O en el correo electrónico [aparias@esquerra.com](mailto:aparias@esquerra.com) .
- Al doctor **JOAN SEBASTIAN MÁRQUEZ ROJAS**, Agente Liquidador de la sociedad OPTIMAL LIBRANSAS SAS, quien conoce de primera mano el estado de la sociedad cuando la Superintendencia de Sociedades la intervino. Se puede notificar en [marquezabogadosasociados.com](http://marquezabogadosasociados.com) o en la carrera 13 No. 42-36 oficina 402 o en la Av. 26 No 51 – 80 oficina 401 de la Superintendencia de Sociedades o, en el correo electrónico [procesooptimalsas@gmail.com](mailto:procesooptimalsas@gmail.com)

## **VIII. PETICIÓN ESPECIAL**

<sup>42</sup> <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/asegurados-exdirectivos-y-asociados-de-elite-internacional-s-a-s-por-presunta-captacion-masiva-y-estafa-a-sus-inversionistas/>



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

Si bien la reserva no aplica a las autoridades jurisdiccionales, en cumplimiento de la ley 1266 de 2008<sup>43</sup> se presenta en su integridad los expedientes administrativo y judicial que a la fecha de la contestación de la demanda reposa en los archivos de la Superintendencia de Sociedades por que el contenido de los mismos resulta “*necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial*”<sup>44</sup>, 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 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 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. ANEXOS**

1. Poder para actuar.
2. Resolución No. 100-00047 del 8 de enero de 2021.
3. Certificación de la vinculación de la poderdante a Supersociedades.
4. Los documentos relacionados en las pruebas.

## **X. 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 o en [ajmunoz@supersociedades.gov.co](mailto:ajmunoz@supersociedades.gov.co) o [consuelov@supersociedades.gov.co](mailto:consuelov@supersociedades.gov.co) .-

Del señor Juez,

<sup>43</sup> Por la cual se dictan las disposiciones generales del habeas 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

<sup>44</sup> Artículo 6 de la ley 1581 de 2012 “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”.

**MUÑOZ CADAVID ANDRES JOSE**  
FUNCIONARIO



**SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES** TRD:

# SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020267034-007-000

Fecha: 2021-04-06 15:26 Sec.día 3407

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 317-317 MEMORANDO GENÉRICO

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM189783-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Señores

## JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Dr. Alejandro Bonilla Aldana – Juez

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020267034-007-000  
Trámite : 132 DEMANDAS  
Actividad : 317 317 MEMORANDO GENÉRICO  
Anexos :

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicado:** 11001-33-43-060-2020-00049-00  
**Demandante:** BERTHA YANETH PRADA OCHOA  
**Demandados:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO  
**Asunto:** ESCRITO EXCEPCIONES PREVIAS  
**Radicado Interno SFC:** 2020267034

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTÍNEZ**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.096.209.421 de Barrancabermeja, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 310.494, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante, la SFC)**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito presentar las **EXCEPCIONES PREVIAS** relativas al proceso de la referencia, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, concordante con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, para lo cual proceso en los siguientes términos:

### 1. EXCEPCIONES PREVIAS.

#### 1.1. 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 (...).”*



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 (...)**. (Negrilla fuera del 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.”*

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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.). De aceptarse en gracia de discusión que la SFC omitió el cumplimiento de sus funciones, el momento en que cesó la presunta omisión corresponde a la fecha en que culminó la actuación administrativa adelantada por esta Entidad respecto de la mencionada sociedad y se remitió a la Superintendencia de la Economía Solidaria y Superintendencia de Sociedades las circunstancias evidenciadas en las visitas., traslados que se surtieron el 27 de febrero de 2014, mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010, respectivamente,

Al respecto, tenemos que es desde esa 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 28 de febrero de 2016, momento para el 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 diciembre de 2019, ante la Procuraduría 129 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.

Consideramos oportuno indicar que **para el caso particular se debe establecer la ocurrencia del fenómeno de la caducidad respecto de cada una de las entidades demandadas, de forma separada, pues las actuaciones adelantadas por la SFC y la SS son independientes y se desarrollaron con fundamento en facultades legales distintas.** Sobre el particular, y como se explicó con suficiencia en la contestación de la demanda, las visitas realizadas por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se adelantaron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presume, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora.

### **1.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva de la SFC**



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En el presente asunto la demandante aduce que la SFC fue omisiva en el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del funcionamiento de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., así como de las operaciones que realizaba dicha sociedad.

En ese sentido, como quiera que la redacción de los fundamentos de hecho y derecho del libelo demandatorio no son claros respecto de si la presunta omisión que se imputa a esta Entidad corresponde al cumplimiento de las atribuciones contenidas en el Decreto 2555 de 2010, Decreto 4334 de 2008 o en la Ley 1527 de 2012, abordaremos este punto desde cada uno de los supuestos normativos precitados.

### **1.2.1. En relación con el Decreto 2555 de 2010.**

Debe llamarse preliminarmente la atención en el hecho que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., 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 1° 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 y el artículo 11.2.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010.

Adicionalmente, debe indicarse que 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 tienen que 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.

### **1.2.2. En relación con los artículos 108, 325 y 326 del EOSF, concordantes con el Decreto 4334 de 2008.**

Cabe señalar que, con el objetivo de evitar que personas no autorizadas ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas y en cumplimiento de las atribuciones establecidas en los artículos 108, el literal a), numeral 4, del artículo 325 y el artículo 326 del EOSF, concordantes con el Decreto 4334 de 2008 así como 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, la SFC entre el 9 y 17 de julio y el 2 y 6 de diciembre de 2013, adelantó visitas de inspección a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., las cuales se originaron con ocasión de dos correos electrónicos recibido el 6 de mayo de 2013, a los que se adjuntó copia de un folleto donde se invitaba a invertir en “pagarés-libranza” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide.

Por lo anterior y una vez analizada la información recabada en la visita se llegó a la conclusión que en las actividades desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., relativas a la compra y venta al descuento de “pagarés-libranzas” no se configuran los hechos objetivos o notorios, ni los supuestos de captación masiva de recursos del público.

### **1.2.3. En relación con la Ley 1527 de 2012.**

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



El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Es oportuno precisar que si bien la Ley 1527 de 2012 le otorgó a la SFC las funciones de inspección, vigilancia y control sobre algunas de las entidades operadoras de libranzas, vale la pena precisar que las únicas cooperativas vigiladas por esta Entidad son las cooperativas financieras, las cuales son autorizadas para captar recursos del público.

Ahora bien, debe señalarse que las cooperativas originadoras de los “pagarés-libranzas” en este caso fueron: COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, las cuales están bajo la vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

De igual manera la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en su modelo de negocio manifestó que para la compraventa de los “pagarés-libranza” tenía contratos suscritos con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.

De lo expuesto podemos concluir que la SFC no está legitimada en la causa por pasiva para ser demandada por omisión en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, puesto que:

- No tenía la obligación de ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., conforme a lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 y demás normas concordantes.
- Habiendo ejercido las funciones que le competían para evitar que personas no autorizadas ejercieran actividades exclusivas de las entidades vigiladas (literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF), no encontró que se configuraran los hechos objetivos o notorios ni los supuestos de captación masiva de recursos del público, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.
- Las cooperativas con las que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., adquiría las libranzas no se encontraban ni se encuentran sometidas al control y vigilancia de la SFC, debido a que no tienen la naturaleza de cooperativas financieras.

Así las cosas, queda clara la ausencia de conductas omisivas de la SFC en relación con los posibles perjuicios ocasionados a la aquí demandante, pues esta Entidad ejerció en su momento las actuaciones que le correspondían, sin encontrar en ellas los supuestos de captación en que luego incurrió la sociedad involucrada en el asunto.

**En cuanto a las excepciones aquí propuestas, estimamos oportuno informar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A – Magistrado Ponente: Juan Carlos Garzón Martínez, en auto del 03 de diciembre de 2020 emitido en el proceso con radicado No. 2018-0616, de Convento Santo Domingo contra la SFC y SS, relacionado con la comercializadora de libranzas Estraval, declaró expresamente probadas las excepciones previas de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la SFC.**



**En cuanto a la caducidad indicó que el término debe ser contado desde el momento en que la Superfinanciera efectuó el traslado por competencia a la Superintendencia de Sociedades de los informes de visita. Frente a la falta de legitimación, consideró que este ente de control no participó en los hechos que dieron lugar a la demanda y que no le correspondía la obligación de vigilancia de Estraval, como en el presente caso tampoco le correspondía la vigilancia de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., por lo que las omisiones que se imputaban en la demanda, no eran atribuibles a la SFC.**

**Similar determinación adoptó el magistrado Garzón Martínez en auto del 3 de diciembre de 2020, proferido en el proceso 2019-00078 de Federico Aristizábal Correa y Otros contra la SFC y SS, pues al resolver la excepción de caducidad propuesta por esta Entidad, indicó:**

***“(…) la actuación por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia culminó el 27 de marzo de 2014, fecha en la que envió la información a la Superintendencia de Sociedades, relacionada con la sociedad Estraval S.A, la cual no estaba bajo su vigilancia.***

***Por lo tanto, computando el término de caducidad únicamente frente a la Superintendencia Financiera, desde su última actuación esto es, 27 de marzo de 2014, la parte actora contaba en principio hasta el 28 de marzo de 2016, como fecha límite, para presentar acción contenciosa en ejercicio del medio de control de reparación directa.”***

## **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. Copia del Oficio No. 2013058932-000 mediante el que se ordenó adelantar la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 9 y 17 de julio de 2013.
2. Copia del Oficio No. 2013058932-005 mediante el que se ordenó realizar visita de actualización a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 2 y 6 de diciembre de 2013.
3. Informe de Inspección de fecha 15 de julio de 2013 que contiene los resultados de las dos visitas practicadas a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.
4. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Economía Solidaria remitido través del oficio No. 2013058932-009 del 27 de febrero de 2014.
5. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Sociedades remitido través del oficio No. 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014.
6. Informe de Inspección No. 2013064058-008 de la visita practicada a ESTRAREGIA PATRIMONIAL S.A.S.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

7. Informe de Inspección No. 2013064063-003 de la visita practicada a COOPDOMUS LTDA.
8. Informe de Inspección No. 2013064064-003 de la visita practicada a COOMUTUAL.
9. Informe de Inspección No. 2013081431-014 de la visita practicada a COOCREDIMED.
10. Informe de Inspección No. 2013081463-009de de la visita practicada a COOINVERCOR.
11. Informe de Inspección No. 2013081468-007 de la visita practicada a LIBRANZAS GROUP S.A.S.
12. Copia del auto del 3 de diciembre de 2020 proferido en el proceso 2018-00616.
13. Copia del auto del 3 de diciembre de 2020 proferido en el proces0 2019-00078.

Reiteramos al Despacho el traslado de la reserva sobre dichos documentos, por cuanto al tratarse de una actuación administrativa, contiene información clasificada y/o reservada.

### 3. PETICIÓN.

En atención a lo manifestado, respetuosamente solicito al Despacho:

- 3.1. Que se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.
- 3.2. Como consecuencia de lo anterior, se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declare la terminación del proceso.
- 3.3. Se **CONDENE** en costas y agencias en derecho a la parte demandante

### 4. NOTIFICACIONES

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4 - 49 Segundo Piso, Zona C, Oficinas del Grupo Contencioso Administrativo Dos, en Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico: [notificaciones\\_ingreso@superfinanciera.gov.co](mailto:notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co). El suscrito las recibe en la dirección de correo electrónico: [albustamante@superfinanciera.gov.co](mailto:albustamante@superfinanciera.gov.co), también puedo ser contactado en la línea celular 3002843775.

Cordialmente,

*Alexander Bustamante M*

T.P. 310 494 del C.S.J  
C.C. 1.096.209.421 de Barrancabermeja

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



El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda

**SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ**

70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

*Elaboró:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*

*Revisó y aprobó:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*



# SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020267034-006-000

Fecha: 2021-04-06 15:15 Sec.día3365

Anexos: Sí

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 324-324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM189777-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Señores

**JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020267034-006-000  
Trámite : 132 DEMANDAS  
Actividad : 324 324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA  
Anexos : E30

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicado:** 11001-33-43-060-2020-00049-00  
**Demandante:** BERTHA YANETH PRADA OCHOA  
**Demandados:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO  
**Asunto:** CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA  
**Radicado Interno SFC:** 2020267034

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTÍNEZ**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.096.209.421 de Barrancabermeja, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 310.494, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante, la SFC)**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** de la referencia, para lo cual procedo 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.

En su nombre y representación interviene el suscrito apoderado, en virtud del poder que me fue conferido por el Coordinador del Grupo Contencioso Administrativo Dos de la Subdirección de Defensa Jurídica de la Entidad, a quien le fue delegada la función de otorgar poderes a los



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 PARA PRESENTAR LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Conforme a 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”*.

En ese sentido, el auto admisorio de 9 de julio de 2020 fue notificado a la SFC mediante correo electrónico del día 5 de noviembre del mismo año. A su turno, en término interpusimos recurso de reposición contra dicha providencia, el cual fue resuelto mediante auto del pasado 18 de diciembre de 2020, notificado por estado del 12 de enero de 2021.

De lo anterior podemos concluir que el término concedido en el auto admisorio, esto es, los treinta (30) días para contestar la demanda (artículo 172 del CPACA), comenzaron a correr una vez vencieron los veinticinco (25) a los que se refiere el inciso quinto del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso.

Así las cosas, contabilizados los veinticinco (25) días iniciales, más los treinta (30) días de traslado para contestar la demanda, tenemos que el plazo para contestar el presente medio de control vence el 7 de abril de 2021, razón por la cual la presente intervención se encuentra dentro del término otorgado por la ley.

### 3. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Con fundamento en las razones que se acreditarán a lo largo de este escrito y en general en el devenir de este proceso judicial, **ME OPONGO A TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA** por las siguientes razones, a saber:

- 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 SFC 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 **SFC. 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 un asunto en el que 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 la demandante.

#### 4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

4.1. A esta Superintendencia **NO LE CONSTAN** los **HECHOS 1) al 3)** en los que se indica que el demandante fue contactado por la fuerza comercial de la empresa **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.)**, que le explicaron en qué consistía el sistema de inversión de libranzas y le ofrecieron por participar en el negocio una rentabilidad equivalente al interés bancario corriente.

Al respecto vale la pena señalar que las anteriores afirmaciones se refieren a las condiciones ofrecidas por la referida sociedad para la ejecución del negocio jurídico celebrado con la demandante, relación en la que esta Superintendencia no tuvo ningún tipo de participación o injerencia.

4.2. En los **HECHOS 4) y 5)** se afirma que la accionante indagó ante esta Superintendencia y la Superintendencia de Sociedades (en adelante SS) sobre la legalidad de las operaciones desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., lo que le permitió establecer que las demandadas conocían de las operaciones, 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 al revisar en el Sistema de Gestión Documental – SOLIP, que contiene la totalidad de trámites adelantados por esta Entidad, **no se encontró que la aquí accionante hubiera presentado ante esta Superintendencia petición alguna mediante la que indagara sobre el negocio ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., razón por la que NO ES CIERTO lo afirmado por la actora en el dicho.**

Llama la atención que con el libelo introductorio no se haya aportado prueba alguna que acredite la presentación de la petición o las supuestas respuestas dadas por esta Superintendencia.

Ahora bien, **ES CIERTO**, que esta Entidad adelantó visita de inspección a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S y que una vez analizada la información recabada en la misma se llegó a la conclusión que las actividades desarrolladas por la referida sociedad, relativas a la compra y venta de “pagarés-libranzas” para la fecha, no configuraban los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y en el Decreto 4334 de 2008. Respecto de las actuaciones relacionadas con la visita, nos referiremos con detalle en el punto 7.1.1. del presente escrito.

En cuanto a las demás manifestaciones, 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 la demandante a lo largo del proceso.

4.3 En los **HECHOS 6) al 9) y 11)** se indica que la demandante con ocasión de las presuntas indagaciones elevadas ante la SFC y SS suscribió con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. un contrato de compraventa para la adquisición de libranzas, que con ocasión del negocio realizó unos pagos a la referida sociedad y recibió una suma de dinero por concepto de amortización y que ante la

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

cesación de dicho pago le quedaron adeudando dinero. Al respecto, debemos señalar que dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no fue parte de la relación comercial celebrada entre la citada sociedad y la demandante.

**4.4.** Frente a los **HECHOS 10) y 12)**, en los que se señala que a mediados del año 2016 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. cesó el pago de las amortizaciones, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de cartera, además de asuntos relacionados con las pagadurías y menesteres internos de las cooperativas originadoras de los pagarés-libranza las cuales adujeron siniestros de cartera, debemos indicar que el contenido de los dichos corresponde a apreciaciones o señalamientos de la demandante que deberán ser probados en el proceso.

En este orden de ideas **NO NOS CONSTA** lo manifestado en los mismos, ya que como se indicó anteriormente mi prohijada no hizo parte del negocio jurídico al que se ha hecho referencia. De otro lado, es pertinente que se **tenga por sentado y a manera de confesión de la accionante, que desde esa fecha se produjo el presunto incumplimiento contractual que le originó una afectación, esto para efectos del conteo del término de caducidad respectivo.**

**4.5.** Respecto al **HECHO 13) ES CIERTO** que la SS mediante Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 adoptó una medida de intervención administrativa respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y ordenó a dicha sociedad la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que el referido acto administrativo no fue expedido por la Entidad que represento y que es un documento público, nos atenemos al tenor literal del mismo.

**4.6.** En cuanto al **HECHO 14)** es de indicar que no corresponde a un antecedente fáctico sino a una consideración subjetiva del accionante, quien estima que con la Resolución de la SS se modificó el concepto que había dado relacionado con que la actividad desarrollada por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. era ajustada a derecho. Por lo tanto, al estar relacionada la afirmación con el actuar de una entidad distinta a la SFC, debemos señalar que la misma **NO NOS CONSTA**, además son apreciaciones subjetivas de la demandante, que deberán ser probadas por aquella.

**4.7.** Frente a lo señalado en los **HECHOS 15) y 10)**, relativos a que la señora BERTHA YANETH PRADA OCHOA se hizo parte en el proceso de liquidación de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., que se entiende corresponde a la medida de intervención mediante toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y patrimonio y que en el proyecto de graduación y calificación del crédito fue reconocida su acreencia, es de indicar que tales afirmaciones **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no hizo parte de dicho proceso, por lo tanto, nos atenemos a lo que se pruebe dentro del presente medio de control.

Sin embargo, lo manifestado en los dichos es susceptible de ser tenido en cuenta como confesión de parte, en ese orden de ideas deberá ser valorado de tal manera por el Despacho en el momento procesal oportuno, a efectos de establecer que la aquí demandante ya se encuentra reclamando las sumas pretendidas a través del presente medio de control, en la instancia por ella referida.

**4.8.** Respecto a lo señalado en los **HECHOS 16) y 17)**, en los que indican que la SFC y la SS conocieron a plenitud el modelo de negocio desarrollado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y no obstante ello, no desplegaron acciones para evitar que continuaran en operación, debemos indicar



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

que son meras apreciaciones subjetivas que deben ser probadas dentro del proceso, pues dan a entender una realidad totalmente distorsionada y amañada del asunto que **NO ES CIERTA**.

De otro lado, como se dijo anteriormente la SFC realizó una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación. Culminada la visita se concluyó que no se configuraban los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008. Es de precisar que la citada actuación será explicada más adelante.

Frente a las manifestaciones relacionadas con la SS, debemos señalar que se refieren a una autoridad distinta a la Superfinanciera, razón por la que **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas por la demandante.

**4.9.** En cuanto al **HECHO 18) NO NOS CONSTA** que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. haya defraudado a aproximadamente trescientas trece (313) personas bajo su modalidad de negocio, por lo tanto, dicha afirmación deberá ser probada dentro de la presente acción, en consecuencia, nos atenemos a lo que se pruebe.

**4.10.** Respecto al **HECHO 19)**, en el que se hace una transcripción de las actividades inscritas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, es de señalar que las mismas corresponden a la autonomía de la voluntad de los socios, quienes determinaron qué actividades iban a registrar. **Se observa que ninguna corresponde a una actividad exclusiva de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, razón por la cual es dable afirmar, sin lugar a duda, que dicha sociedad no se encontraba sometida a la vigilancia e inspección de esta Entidad.**

**4.11.** En relación con los **HECHOS 20) y 21)**, en los que se indica que la demandante se involucró en el proceso comercial ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. debido a la información brindada por la SFC y la SS, **NO ES CIERTO RESPECTO DE LA SFC Y NO NOS CONSTA FRENTE A LA SS**. Como se puso de presente al contestar el hecho 4), **NO ES CIERTO** que la accionante haya realizado algún tipo de indagación ante esta Superintendencia.

**4.12.** En lo atinente al **HECHO 22)** en el que se hace mención a las actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público y así de los supuestos de captación contenidos en el decreto 3227 de 1982, es necesario señalar previamente que dicha norma fue modificada por el decreto 1981 de 1988 y hoy están contenidas en el artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015. Precisado lo anterior, debe indicarse que no se trata de un hecho, sino de la cita textual de una norma, por ende, nos atenemos al tenor literal de la misma.

**4.13.** Señala el **HECHO 23)**, que para el momento en que se practicó la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., dicha empresa había celebrado contratos para la venta de libranzas con más de 313 personas.

Sobre el particular, dicho hecho **NO NOS CONSTA**, pero es necesario reiterar que la SFC realizó **una visita de inspección a dicha sociedad** que se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, y una vez culminada no se evidenciaron hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público. En ese orden de ideas nos atenemos al tenor literal del citado informe.

**4.14.** En relación con los **HECHOS 24) al 26)** que se refieren al promedio de operaciones realizadas por cada persona con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., indican que las ofertas para la celebración de contratos de venta de libranzas se hacían de manera abierta y finalmente que para la fecha de celebración del contrato suscrito por la demandante con dicha sociedad, la misma había celebrado más de 20 contratos durante 3 meses, es menester señalar lo siguiente:

Ya que lo pretendido por la demandante es referirse a los supuestos de captación, debemos mencionar que tal y cómo se ha señalado a lo largo de este escrito, para las fechas en que la SFC realizó una visita a OPTIMAL LIBRANZAS 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, la SFC mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014 remitió el informe de visita a la Superintendencia de la Economía Solidaria (en adelante SES) y Superintendencia de Sociedades.** No obstante, tales afirmaciones son apreciaciones subjetivas de la actora, la cuales deberán ser probadas debidamente.

Por otro lado, respecto a las demás consideraciones realizadas por la accionante, relacionadas con la operación de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., nos atenemos a lo establecido en el informe de la visita adelantada a dicha sociedad, pues en aquel se consagran las evidencias recaudadas por esta autoridad y para el efecto tal documento se aporta como prueba.

**4.15.** En relación con el **HECHO 27)** en el que se transcriben apartes del numeral 10.1 del acápite de antecedentes de la Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 proferida por la SS, debe indicarse que esta Superintendencia se atiene al contenido literal del acto administrativo, proferido por una entidad distinta a la SFC.

**4.16.** Frente a los **HECHOS 28) y 29)**, en los que se hace referencia al contenido del artículo 2 del Decreto 4334 de 2008, resulta necesario distinguir que tal disposición corresponde a las atribuciones de intervención otorgadas a la SS respecto de las personas naturales o jurídicas que desarrollan las actividades descritas en los literales a) y b) de dicho artículo. Dicha norma difiere de las competencias y facultades conferidas a la SFC en los artículos 108 y 326 numeral 4) literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), las cuales se fundamentan en lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política. En virtud de aquellas esta Superintendencia puede adoptar medidas cautelares frente a las personas naturales o jurídicas de derecho privado que, sin contar con autorización, desarrollen actividades exclusivas de las entidades vigiladas por la SFC, así como de cualquier otra que pueda estar incurriendo en captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público.

La facultad mencionada, no es otra que la materialización de lo que se puede denominar como función administrativa de supervisión y control en desarrollo de la cual a esta Superintendencia le corresponde inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que cuentan con autorización para



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

constituirse, funcionar y que a la vez son habilitadas legalmente para manejar recursos captados del público. Lo anterior de conformidad con las normas legales pertinentes, como son, entre otros, los artículos 325 y ss. del EOSF que definen la naturaleza, los objetivos, las funciones y las facultades de este Organismo, así como también la obligación de prevenir y controlar que las personas no vigiladas realicen actividades como la captación ilegal de dinero, para lo cual aplica lo establecido en el artículo 108, literal d) numeral 1, del artículo 325, literal a) numeral 4 y literal b) numeral 5 del artículo 326 del EOSF y observa los supuestos y hechos objetivos y notorios definidos en los Decreto 1068 de 2015 y Decreto 4334 de 2008.

No obstante lo anterior, conforme a lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 es competencia privativa de la SS adelantar la intervención y toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y patrimonio de las entidades que no están sometidas a la vigilancia de la SFC y por ende no cuentan con la autorización para captar recursos del público.

**4.17.** En cuanto a lo argüido en los **HECHOS 30) al 32)**, en los que se afirma que la SS y la SFC a pesar de advertir el tipo de negocios que ejecutaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., no ejercieron ninguna medida que buscara detener la comercialización de libranzas, a pesar de las visitas celebradas durante los años 2014, 2015 y 2016, y que solamente hasta el 15 de noviembre de 2017 fueron adoptadas.

Debemos anotar que tal aseveración es una apreciación subjetiva de la demandante y debe ser probada al interior del proceso, pues da a entender una realidad distorsionada y amañada del asunto, que por lo menos en lo que atañe a la SFC, **NO ES CIERTA.**

Con el fin de desvirtuar las afirmaciones relacionadas con esta Superintendencia, se procede a hacer un breve resumen de las actuaciones desplegadas por mi representada:

Mediante Oficio No. 2013058932-000 del 8 de julio de 2013 se ordenó realizar una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-005 del 29 de noviembre de 2013.

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “pagarés – libranza” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente. Por lo anterior, la SFC consideró pertinente realizar visita de inspección tanto a la sociedad, como a algunas de las Cooperativas.

Teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.

De otro lado, al evidenciar que las Cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los “pagarés-libranza” independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad que se podía predicar de las mismas, se estimó que dicho tema era del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la cual se le trasladó una copia del informe de inspección, para lo de su competencia.

**4.18.** En lo atinente al **HECHO 33)** que se refiere a las supuestas investigaciones realizadas por la demandante mediante peticiones administrativas dirigidas a la SFC y a la SS, es de mencionar que **NO ES CIERTO en lo que atañe a la SFC**, pues tal y como ya se indicó, una vez verificado el Sistema de Gestión Documental - SOLIP que contiene los trámites adelantados por esta autoridad, **no se encontró petición alguna formulada por la señora BERTHA YANETH PRADA OCHOA.** Además, se reitera que con la demanda no se allegó prueba alguna que acredite lo que afirma el accionante.

**4.19.** Frente a los **HECHOS 34) al 36)** , atinentes a que la SFC y SS con ocasión de las respuestas de las supuestas peticiones administrativas interpuestas por la demandante, avalaron y tuvieron pleno conocimiento de las actividades delictivas que desarrollaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., al igual que del conocimiento de la suscripción de más de 20 contratos para la venta de libranzas en un período de tres meses, debemos mencionar que respecto de la SFC **NO ES CIERTO** lo acotado, pues como se ha expuesto, no se recibieron solicitudes de la aquí demandante relacionadas con el negocio celebrado con la referida sociedad. De igual manera, se hace hincapié en que de la visita realizada por la SFC se concluyó para la fecha, que las actividades realizadas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., NO configuraban actividades de captación o recaudo no autorizado según el Decreto 4334 de 2008 y el Decreto 1981 de 1988, tal y como consta en el informe de inspección que se aporta.

Con fundamento en lo anterior, se desprende con total claridad que lo afirmado por la demandante en estos hechos, como se dijo atrás, no son más que simples juicios de valor por completo ajenos a la realidad de las actuaciones adelantadas por la SFC, lo que puede ser constatado con las pruebas documentales que se aportan con el presente escrito.

De otro lado, **NO NOS CONSTAN** las afirmaciones relacionadas con la SS, por lo que nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

## 5. FUNDAMENTOS JURÍDICO DE LA DEFENSA

### 5.1. Estructura de la responsabilidad extracontractual de la administración pública.

En la Constitución Política, específicamente en el artículo 90, se estableció que:

*“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.*



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir con éste”.*

En virtud de dicha norma, la estructura de la responsabilidad sufrió un proceso de “constitucionalización”, erigiéndose en garantía de los derechos e intereses de los administrados, así como de su patrimonio, en el entendido de que el Estado será obligado a reparar los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, ya sea por la acción o la omisión de sus agentes.

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha entendido que a la luz de lo prescrito por el referido artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual de la Administración<sup>1</sup>, tiene como fundamento<sup>2</sup> la determinación de una serie de elementos que deben concurrir para la declaración de la responsabilidad estatal, siendo estos: la determinación de un **daño antijurídico** causado a un administrado, así como la **imputación** del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de un deber y, por último, el **fundamento del deber de reparar**, que debe dar cuenta de las razones de derecho por la que los perjuicios deben ser indemnizados.

En cuanto a la imputación debe destacarse que se trata de juicio que demanda un doble esquema de análisis en el cual debe efectuarse un juicio de **imputación fáctica**, por un lado, y uno de **imputación jurídica**, por el otro, siendo la imputación desde un punto de vista fáctico, un ejercicio de atribución material o eminentemente causal del origen del daño o los elementos naturales que han intervenido en su producción. Entretanto, la imputación jurídica hace referencia a un escenario en el que el juez debe determinar si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica o de tipo normativo de reparar el daño.

Ahora, desde una perspectiva clásica la responsabilidad también ha sido entendida bajo los siguientes derroteros, los cuales entraremos a desarrollar:

### 5.1.1. El 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 1993<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son el resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976). Actor: Cleofas Tumbajoy Alarcón; Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y otros. Medio de Control: Reparación Directa. Sentencia del 16 de febrero de 2017.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 333 del 1° de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.



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 de este instituto jurídico es lograr reparar e indemnizar a una persona que ha sufrido una merma que no está en la obligación de soportar conforme al ordenamiento jurídico.

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

Para poder endilgar responsabilidad en cabeza del Estado es necesario determinar cuál fue la fuente que originó el daño, es decir, es necesario 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.*”<sup>4</sup>, 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 esa razón, **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 éste 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, como quiera que la

---

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. Editorial Temis. Bogotá 2000. Págs. 195 a 198.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado<sup>5</sup>. Frente a este tópico ha señalado:

*“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 cogestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero.**”<sup>6</sup> (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.

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa ha precisado:

*“(…) 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,*

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*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 (...)<sup>7</sup>” (Se resalta)*

A tenor de lo anteriormente señalado, es claro que la culpa exclusiva de la víctima es exigente de responsabilidad estatal cuando además de demostrada la causalidad material, se demuestra que la víctima participó 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*”<sup>8</sup>.

### 6. ANALISIS PROBATORIO DEL CASO CONCRETO

Conforme lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. Por ello, 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*’. A partir del estudio de dicho principio, es dable afirmar que tanto demandante como demandada tienen el deber de probar los hechos en que sustentan las pretensiones y excepciones propuestas, y en caso tal que dicha situación no se verifique por parte del Juez, la consecuencia jurídica es la negación de las pretensiones elevadas, como quiera que ante la falta de la prueba no puede tenerse por cierto el hecho. Sin embargo, no está de más advertir que una vez son arrimadas 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.

Bajo ese escenario, cabe indicar en relación con el asunto que se discute, que la SFC realizó las visitas de inspección a la que se ha hecho referencia a lo largo de esta contestación, atendiendo las facultades contenidas en el literal d) numeral 1 del artículo 325 y literal a) del numeral 4 del artículo 326 del EOSF, los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 108 del Decreto 663 de 1993 o EOSF, modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de

<sup>7</sup> Consejo de Estado. 25 de Julio de 2002. Radicado 13744. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 28 de enero de 2015. Radicado 32912. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2003, en función de las cuales este ente de control revisó el modelo de negocios de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para establecer si recibía dinero del público, cuál era la forma en que lo hacía y determinar si en desarrollo de tal actividad se evidenciaba la existencia de hechos objetivos o notorios de captación en los términos previstos en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con los supuestos de captación de recursos del público consagrados en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.

A tenor de lo anterior, se determinó que la sociedad visitada realizaba compra y posterior venta al descuento de pagarés libranzas en virtud de la suscripción de contratos de compraventa de estos títulos valores, pero del análisis y estudio de la información recabada en la visita desarrollada, se concluyó que no se configuraban los hechos objetivos y notorios de los supuestos de captación masiva de recursos del público, por lo que las afirmaciones contenidas en la presente demanda, que aducen una supuesta conducta omisiva por parte de mi representada, no se corresponden con los antecedentes y conclusiones consignadas en el Informe de Inspección, por lo que los dichos del demandante terminan siendo solo conjeturas. En efecto, el material probatorio que anexa la SFC a esta intervención, acredita que contrario a lo señalado por el accionante, esta Entidad actuó de manera diligente y dentro del marco de sus competencias frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Así las cosas, estos elementos junto con el escaso material probatorio aportado por la parte actora, nos permitirá probar que no existió omisión alguna por parte de la SFC en el ejercicio de sus funciones y por tanto el presunto daño sufrido no tiene la connotación de antijurídico. No obstante, si el Despacho llegara a considerar que el daño existió, el mismo material probatorio nos permitirá acreditar que aquél, no puede ser imputable jurídicamente a la actuación de la Administración y por ende ser resarcible, ya que el mismo solo es imputable a la parte demandante y/o a terceros por completo ajenos a la administración pública.

Atendiendo las previsiones señaladas, consideramos del caso hacer las siguientes reflexiones:

### **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 SFC, es carga de la parte reclamante acreditar la existencia del daño antijurídico cuyo resarcimiento pretende y la antijuridicidad del mismo, según las previsiones del artículo 90 de la Carta Política.

En ese sentido, la demandante pretende que el presunto perjuicio que alega y que identifica como la pérdida de los dineros que aduce haber entregado a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. sea resarcido por el Estado, sin embargo, no sustenta sus afirmaciones con material probatorio idóneo que permita identificar en qué consistió la presunta omisión en que habría incurrido esta Superintendencia.

Es claro entonces que como quiera que en la demanda se reclama una indemnización derivada de la pérdida de los dineros que según se afirma fueron invertidos en OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ante la deficiencia de los medios de prueba aportados, no es posible predicar la existencia cierta y actual de la pérdida a que se hace referencia. Debe recordarse que, conforme a lo afirmado por la accionante, el reclamo que se pretende ya fue objeto de estudio en el proceso de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

intervención que adelanta la SS respecto de la referida sociedad. Por lo tanto, no es procedente tener por probadas las pretensiones de la demanda ante el carácter hipotético del presunto daño, ya que la demandante pretende la reparación de los perjuicios presuntamente irrogados en el escenario de la intervención. Así las cosas, consideramos se impone la necesidad de proferir un fallo que desestime la existencia misma del daño, así como el carácter antijurídico del mismo y que en consecuencia niegue las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, en el evento en el que el Despacho considerara que efectivamente existe un daño, ese menoscabo no tendría las características de un daño antijurídico, pues se habría originado en la decisión libre, deliberada y autónoma de las partes involucradas de realizar un negocio jurídico, en cuya materialización no tuvo injerencia alguna la SFC, pues esta Entidad no tuvo relación de ninguna naturaleza con el acto de inversión y entrega de dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Para ilustrar esta noción resulta oportuno traer a colación los criterios que ha señalado el Consejo de Estado en cuanto a la antijuridicidad del daño como fuente del deber de reparar:

*“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*



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*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 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.**"<sup>9</sup> (Negrilla fuera del texto)*

En ese sentido, como bien lo anota la jurisprudencia citada, no todo daño entendido como menoscabo a un interés o un derecho, es **antijurídico**, es decir, no todo perjuicio irrogado a un particular conlleva de suyo los ingredientes normativos que estructuran el deber de reparar. Así, para que exista un daño y este sea **antijurídico**, es necesario que la víctima demuestre que no estaba en el deber conforme al ordenamiento jurídico, de soportarlo. De allí que acertadamente se tenga que, si se llegaran a probar los supuestos daños que se reclaman por el demandante, los mismos no son antijurídicos, pues se debe considerar que aquel experimentó 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 la accionante señala le fueron prometidos.**

Así, si se llegará a demostrar que la actora efectivamente hizo entrega de una suma de dinero a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. la misma fue una decisión libre y voluntaria de aquella, debiendo considerarse que quizá lo hizo obnubilada por la rentabilidad ofrecida en la operación de compra de pagarés libranzas. Se debe recalcar que para la actora los deudores de las libranzas eran personas desconocidas, aspecto que conlleva a que la operación que realizó fuera riesgosa. De otro lado, en el expediente no reposan pruebas que acrediten que la demandante por precaución hubiera revisado físicamente los pagarés que aduce haber adquirido o bien en las oficinas de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la empresa que indica tenía la custodia de dichos título; es decir, no se cercioró si quiera de 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 la accionante que entregó su dinero sin verificar las condiciones reales del negocio.

En el presente caso no se puede desconocer que la demandante esperaba obtener unas utilidades del negocio aleatorio que celebró, de las cuales sería ella la única beneficiaria. Por lo tanto, no tendría sentido que las pérdidas del negocio o los riesgos de la operación emprendida tenga que

<sup>9</sup> 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

asumirlos el Estado, asumiendo como si la Administración hubiese participado en el acto autónomo y libre que hoy viene a ser la causa de los perjuicios. En ese escenario, consideramos que una correcta aproximación al asunto que nos concita, debe tener en cuenta que como no todo daño es antijurídico, el daño que no tiene esta característica debe ser soportado por el particular cuando este ha concurrido a su causación, pues los riesgos de su decisión no pueden socializarse para que el Estado y la sociedad en su conjunto respondan por decisiones de que haber prosperado solo habrían supuesto un beneficio individual para la hoy demandante.

Así las cosas, ante el escaso material probatorio que acredite las existencias de los daños que se pretenden sean indemnizados, así como su antijuridicidad, la falta de acreditación de alguna conducta omisiva a cargo del Estado, o que de dicha conducta haya generado el perjuicio, elementos sobre los que se estructura la responsabilidad extracontractual del Estado, lo jurídicamente procedente es negar la totalidad de las pretensiones, pues aunado a tal circunstancia, tal y como se verá más adelante, tampoco se configuran los dos elementos restantes que permitirían imputar una eventual responsabilidad a mi prohilada por los hechos alegados en la demanda.

### **6.2. Inexistencia de una omisión imputable a la SFC.**

Superado el aspecto relacionado con la existencia del daño cuya reparación se pretende por la presente vía judicial y como quiera que en los hechos de la demanda se evidencia que la responsabilidad de mi representada se afinca o atribuye a una supuesta falla del servicio por “omisión”, procede poner de presente la **inexistencia de omisión imputable** a esta Entidad, por lo que a continuación se señalarán los principales aspectos de la actuación administrativa que con diligencia, previsividad y asertividad este ente de control efectuó respecto OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

#### **6.2.1. La sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia.**

Debe llamarse preliminarmente la atención frente a una realidad incuestionable y es que la referida sociedad con la que la hoy demandante estableció en su momento el vínculo contractual causante del daño, no estuvo ni ha estado sometida a la vigilancia de la SFC. Es oportuno precisar que las entidades y actividades respecto de las que esta autoridad ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control, corresponden a las previstas en el numeral 2 del artículo 325 del EOSF, numeral 1 del párrafo 3 del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, así como el inciso 2 del artículo 40 de la Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 102 de la Ley 795 de 2003 y el artículo 11.2.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010.

Bajo este entendimiento, es claro que 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. En virtud de ello, es necesario que se constituyan en la forma y términos que establecen el artículo 53 y siguientes del EOSF y la Parte Primera, Título Primero, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica de la SFC. Tales disposiciones señalan 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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S a pesar de no ser una entidad vigilada, con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público. Inexistencia de omisión imputable por parte de este Organismo de Inspección y Vigilancia.**

Aunque la citada sociedad, insistimos, nunca estuvo sometida a la inspección y vigilancia de la SFC, esta autoridad realizó dos visitas de inspección a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., que se adelantaron entre el 9 y 17 de julio de 2013, sin embargo, entre el 2 y 6 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación. La finalidad de la misma era establecer si dicha persona jurídica se encontraba realizando operaciones de captación o recaudo no autorizado de recursos del público, a tenor de lo dispuesto por los artículos 108 y 326 numeral 4) literal e) del EOSF, en armonía con el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, concordante con las disposiciones previstas en el Decreto 4334 de 2008.

**6.2.2.1. Resumen y conclusiones de la visita realizada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.:**

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “*pagarés – libranza*” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

Ahora bien, dada la necesidad de conocer de manera detallada las operaciones de venta de libranzas que realizaban las cooperativas a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A se consideró pertinente realizar visitas de carácter administrativo.

Ahora bien, de lo expuesto en el informe quedó demostrado que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. llevó a cabo una operación de compraventa de “*pagarés-libranza*” con los clientes compradores, en la cual esa sociedad dio a cambio un bien o activo representado en aquellos títulos y entregó los respectivos pagos de los flujos, que recibió a su vez de ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S., LIBRANZAS GROUP S.A.S. y finalmente de las Cooperativas. Lo anterior bajo el entendido que la cartera no presentó siniestros ni prepagos que conllevaran a no pagar a los compradores y hacer exigible la cláusula de responsabilidad cambiaria pactada en cada contrato de venta.

**De igual forma y teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.**

**6.3. Ninguna autoridad del estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.**

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Como se ha señalado a lo largo del presente escrito, la demandante acude al presente medio de control de Reparación Directa, para reclamar solidariamente de las entidades demandadas, un resarcimiento de índole económico, fundado en una presunta responsabilidad extracontractual de la administración pública por supuestamente “avalara” el desarrollo de las actuaciones de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Indica que dicha sociedad desplegó conductas de captación masiva e ilegal de recursos del público, que en virtud de ello las demandadas habrían incumplido sus deberes de inspección, vigilancia y control en relación con el funcionamiento de la sociedad encartada en el asunto, a la que afirma haber entregado sumas de dinero con el fin de comprar títulos valores. Por ello, en su sentir ese hecho la 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.

Pues bien, frente al cumplimiento de los contenidos obligacionales a los que está sometida esta Entidad, conviene precisar que desde los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, se establece que las autoridades públicas, como es el caso de mi prohijada, no pueden ejercer funciones distintas de las que expresamente les atribuye la Constitución y la ley. Por ende, la responsabilidad que se quiere endilgar en el presente caso, basada en el supuesto incumplimiento de las funciones a cargo de las demandadas, debe analizarse, considerando los límites impuestos por el mandato constitucional en ciernes, en tanto las autoridades no pueden responder por hechos o cadenas causales diferentes a aquellas que expresamente están bajo su tutela.

Bajo esa óptica, debe decirse que la SFC no tuvo participación, directa o indirecta, en los actos y hechos con base en los cuales ahora se pretende derivar su responsabilidad. Y es que no basta con efectuar acusaciones temerarias e irreflexivas para que se configuren las condiciones en las que ha de incurrirse para que el Estado deba responder por su acción u omisión. En relación con las exigencias de orden jurídico que deben acreditarse para que el Estado pueda ser responsable, ha dicho la jurisprudencia del 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”.*<sup>10</sup> (Negrilla fuera del texto)

De modo que, ante la inexistencia de prueba que sustente no solo el presunto perjuicio o daño patrimonial alegado por la accionante, sino la omisión en que habría incurrido el Estado y cómo ésta sería la causa eficiente del daño, se impone negar las pretensiones de la demanda, con mayor razón cuando el eventual daño no es ni puede ser consecuencia directa de un acción u omisión que pueda atribuirse a la SFC, aspecto al que con facilidad podrá arribar el Despacho al realizar un simple cotejo del marco jurídico que regula las funciones y competencias de esta Superintendencia.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 6 de octubre de 1995, expediente 9535. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Siguiendo la argumentación ofrecida hasta este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delimitado los presupuestos necesarios para que prospere la responsabilidad del Estado por la omisión de sus funciones:

*“En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico y; d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a éste último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión (...)”<sup>11</sup>*

Como puede observarse, en el caso de las Superintendencias no basta con argumentar dentro del proceso que éstas tienen una competencia legal de supervisión sobre la actividad de los particulares, **adicionalmente se debe demostrar que una vez se tuvo conocimiento de la irregularidad cometida no se adelantaron, se adelantaron tardíamente o se usaron los medios inadecuados para interrumpir el proceso causal que genera el daño en el patrimonio económico de los usuarios del servicio o actividad objeto de control, inspección y vigilancia.**

Al referirse sobre la inspección y vigilancia del ejercicio de la actividad financiera, el Consejo de Estado ha sostenido:

*“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 haber dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares**”<sup>12</sup>*

De lo anterior, surge con claridad que la responsabilidad por omisión en la función de policía no se genera sólo porque se haya demostrado que se incumplieron las competencias que se han asignado jurídicamente, sino que adicionalmente debe probarse que de haberse cumplido las obligaciones se habría podido impedir la generación del daño. Así las cosas, no hay deber de reparar cuando aún en cumplimiento de labores de inspección, control y vigilancia, el análisis

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-27-000-2001-00009-01 (AG).

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

probatorio conduce a la conclusión inexorable de que tal consecuencia negativa se habría dado con independencia de la intervención estatal.

En este punto resulta pertinente manifestar que la SFC como entidad estatal de carácter técnico, adscrita 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 el Decreto 2399 de 2019), y las demás normas que las modifiquen o adicionen.

De tal manera, 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.

De ahí que a 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.**

Dicho de otro modo, la SFC, dado su carácter de entidad pública, solamente puede realizar aquellas funciones para las que ha sido expresamente facultada por la ley. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa no podría haber decretado medidas administrativas dirigidas a ordenar la toma de posesión de los bienes y haberes de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. , primero, porque en la visita realizada a la sociedad en cuestión **no se encontraron a la fecha de su realización hechos objetivos y notorios de los supuestos de captación masiva e ilegal de recursos del público, que conllevaran a la adopción de una medida cautelar para la fecha en que la misma se llevó a cabo y, segundo, porque ésta medida de intervención en el marco del Decreto 4334 de 2008 solo podía ser adoptada por la SS.**

Con todo, no se avizora en el presente caso el despliegue de conducta alguna que haya quebrantado los deberes a cargo de la SFC y de la que pueda derivarse que los presuntos daños sufridos por la accionante deban ser reparados por el Estado, al haber tenido ocurrencia por causa de una conducta que no puede endilgarse a la administración pública.

### **6.4. Ninguna autoridad pública en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control está obligada a lo imposible.**



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Para finalizar, no puede soslayarse el hecho de que la omisión que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado en el caso de la omisión de las Superintendencias se concreta, en primer término, por la ausencia de adopción de medidas administrativas cuando se tiene conocimiento de irregularidades en la actividad de las industrias vigiladas, y al cual puede llegarse por quejas de la ciudadanía, o como resultado del propio cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, o de hechos que sean materia de denuncia por los particulares.

Ello, en la medida en que sin este conocimiento previo no es posible pretender responsabilidad, pues aun cuando el Estado tiene una obligación de garantía de bienes jurídicos no está obligado a lo imposible y, por lo tanto su deber de policía administrativa no puede, bajo ninguna circunstancia, implicar el que tenga un funcionario público al interior de cada establecimiento sujeto a su control, por lo que quien demanda debe demostrar supuestos fácticos y jurídicos que permitan deducir la presencia de elementos suficientes, como para considerar que la Autoridad incurrió en un obrar irregular.

En esa línea argumentativa, sobre la naturaleza de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las Superintendencias, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*“El propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan – constitucionales, legales y reglamentarias -, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente, en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judge pudiere consistir en hacerle asumir sus obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daño a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. **La responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, 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 falta en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se depreca**”<sup>13</sup>.*

Como puede apreciarse, las entidades públicas deben ser absueltas si demuestran que frente a una situación irregular adoptaron las medidas y decisiones que de ella se esperaban, **por lo que no tiene por qué asegurar que su intervención ofrezca una recuperación de una actividad económica o la recuperación de pérdidas dinerarias debidas al comportamiento de los particulares.**

Se trata, entonces, de un régimen **subjetivo** de responsabilidad atado directamente al contenido obligacional impuesto al Órgano de inspección, vigilancia y control, y limitado a su vez por éste, en función del cual:

*“La responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, **pues la función de supervisión no consiste en***

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).



**garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector**, no puede perderse de vista que el contenido obligacional a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda -so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar (...) cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado – el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión-, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general. Frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser -se itera- la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales”<sup>14</sup>.

En el caso concreto habría que agregar un hecho al que ya hemos hecho referencia a lo largo de este escrito, pero el que, insistimos, no puede ser inobservado, y es que la sociedad que concita el presente debate judicial, a diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia en relación con los eventos en que puede ser declarada la responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, **nunca estuvo bajo la inspección y vigilancia de la SFC.**

Por lo tanto, las actuaciones desplegadas por este Organismo frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en ningún caso se llevaron a cabo por ser ésta una industria supervisada por la SFC. Por el contrario, las mismas se hicieron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presume, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora, que sí tiene bajo su égida la Superintendencia Financiera de Colombia.

## 7. EXCEPCIONES

Sea lo primero informar al Despacho que las excepciones previas, conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, concordante con los artículos 100 al 102 del Código General del Proceso, se presentarán en escrito separado. En ese orden, nos referiremos a continuación a las que consideramos son presupuestos necesarios para proferir una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda, y en ese sentido sea favorable a los intereses de mi representada. Así:

### 7.1. EXCEPCIONES DE FONDO

**7.1.1. Actuación diligente y conforme al marco de sus competencias por parte de la SFC respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público.**

<sup>14</sup> Ibid.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

### 7.1.1.1. Visita realizada a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.:

El día 6 de mayo de 2013 se recibieron en esta Entidad dos correos electrónicos a los que se adjuntó copia un folleto donde se invitaba a invertir en “*pagarés-libranza*” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide. Esta Superintendencia atendiendo las funciones de prevención y control del ejercicio ilegal de la actividad financiera consideró pertinente evaluar si en el desarrollo del objeto social de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se presentaban operaciones en las cuales se pudieran estar configurando hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público.

En virtud de lo anterior, mediante Oficio No. 2013058932-001-000 del 8 de julio de 2013 se ordenó realizar una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-006-000 del 29 de noviembre de 2013.

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “*pagarés – libranza*” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

Ahora bien, dada la necesidad de conocer de manera detallada las operaciones de venta de libranzas que realizaban las cooperativas a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A se consideró pertinente realizar visitas de carácter administrativo, como se describen a continuación:

<b>Nombre Cooperativa a sociedad</b>	<b>Radicado</b>	<b>Fecha de Inicio</b>	<b>Fecha de Finalización.</b>
Estrategia Patrimonial S.A.S	2013064058	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Libranzas Group S.A.S	2013081468	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
Cooperativa Multiactiva COOPDOMUS LTDA.	2013064063	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Cooperativa Multiactiva de Palmira - COOMUPAL	2013064064	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
COOPERATIVA DE CRÉDITOS MEDINA - COOCREDIMED	2013081431	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

COOINVERCOR	2013081463	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
-------------	------------	--------------------------------	--------------------------------

En cuanto a la sociedad ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. se determinó:

- Que suscribió un contrato con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. denominado “*Contrato marco de compraventa de cartera*”, vigente hasta el 13 de noviembre de 2013. En dicho documento se aclaró que los “*pagarés – libranza*” vendidos a OPTIMAL provenían de las Cooperativas COOPDOMUS Y COOMUPAL.
- Celebró un contrato de cesión con OPTIMAL y COOPUMAL, por lo tanto, a partir del 23 de septiembre de 2013 OPTIMAL LIBRANZAS empezó a comprar los “*pagarés-libranza*” libranza directamente a la cooperativa y a recibir de manera directa el pago de los flujos.

Respecto de la sociedad LIBRANZAS GROUP S.A.S., se encontró:

- Que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. suscribió con aquella un contrato denominado “*Contrato de compra de cartera con responsabilidad*”, a través del que le compró los derechos de crédito incorporados en los “*pagarés-libranza*” que eran adquiridos de las cooperativas COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL.
- Se probó que el 26 de septiembre de 2013, LIBRANZAS GROUP S.A.S., OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y COOCREDIMED celebraron un contrato de cesión, con el objeto de comprar los “*pagarés-libranza*” directamente a la Cooperativa sin la intervención de LIBRANZAS GROUP S.A.S.

De otro lado, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. celebró contratos de compraventa de cartera que equivalen al 3.66% de la cartera adquirida con las Cooperativas COOINVERCOR, COOMUNDOCRÉDITO, COOCREDIANGULO y COOPROCO KAPITAL SOCIAL; sin embargo, la comisión de visita centró su revisión y verificación en las ventas de pagarés-libranza realizadas por ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., pues eran ellas quienes habían vendido el 96.34% del total de la cartera reportada por la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

En cuanto a las operaciones de compraventa de “*pagarés-libranza*” entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y los inversionistas, se evidenció que suscribían un “*Contrato de compraventa de cartera modalidad pagaré-libranzas-persona natural*”, en el que se establecían las condiciones de la negociación. Vale la pena mencionar que el modelo de negocio consistía en la venta de los derechos de crédito incorporados en títulos denominados “*pagarés-libranza*”, que se originaban en los préstamos que otorgaban las cooperativas ya mencionadas a sus asociados y que eran cancelados mediante descuento de nómina, aplicada por las pagadurías de las entidades para las que laboraban los deudores. A su vez se observó que, las cooperativas consignaban o giraban el valor recaudado a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., para que fueran consignados a favor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. quien adquiriría los títulos a descuento



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

y se encargaba de pagar el flujo mensual a los inversionistas que los compraban, hasta su cancelación.

Con fundamento en lo expuesto, la comisión de visita concluyó en su informe:

- Los contratos suscritos entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., no gobernaban en su totalidad la relación comercial y las prácticas operativas que tenían vigentes, pues no se incluyeron aspectos relativos al procedimiento para hacer efectiva la cláusula de responsabilidad cambiaria en el evento de presentarse “pagarés-libranzas” siniestrados, incumplimiento en pagos, prepagos o títulos viciados.
- En el numeral 4.3 de la cláusula 4 y 7 de los denominados “*Contratos de Compraventa de Cartera Persona Natural y Persona Jurídica*”, utilizados para oficializar la venta de “pagarés-libranza”, se hacía referencia a una Fiduciaria y a la firma ERNEST & YOUNG, sin embargo, para el momento de la visita no habían sido formalizados, lo que inducía a que los inversionistas de manera errónea creyeran que esas entidades hacían parte del proceso y de los controles establecidos en la venta.
- Efectuada la revisión del contrato marco firmado con la sociedad Estrategia Patrimonial S.A., se encontró que en la consideración primera y cláusula sexta se hace referencia a operaciones de “*factoring*” contrario a lo señalado en el texto y forma del documento, pues en este se hace referencia a la compra de “pagarés-libranza”.
- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no conocía ni tenía el control de los “pagarés-libranza” que presentaban mora o impagos en los flujos mensuales. En el contrato suscrito con Estrategia Patrimonial S.A. no se contempló que dicha situación debía ser informada.
- Las sociedades Estrategia Patrimonial S.A.S. y Libranzas Group S.A.S. no reportaron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. los pagarés siniestrados, toda vez que esa información no se solicitaba a las Cooperativas, lo que llevó a que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. asignara “pagarés-libranza” con recaudo en cero o con recaudos que presentaban cuotas menores al valor esperado.
- Las Cooperativas COOMUPAL y COOCREDIMED giraban a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. el valor de los flujos que se vencían durante el mes, sin embargo, no se encontró evidencia de la verificación por parte de las Cooperativas del reporte de descuentos generado por las pagadurías para constatar si existían pagarés que no hubieran sido objeto de descuento.
- ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. giraron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. el valor total de los flujos que se vencían en el mes para cancelar la mensualidad a los inversionistas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- Se revisó el caso particular del señor Farid Stefenn Uribe quien realizó una compra por \$500.000.000. OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. le asignó 116 “pagarés –libranza” por valor de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

\$668.498.202 a un plazo de 36 meses, con pagos mensuales de \$19.100.000. Se identificó que 11 de los títulos no recaudaron su flujo mensual, no obstante, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. recibió los dineros girados por las cooperativas a Estrategia Patrimonial para pagar los flujos convenidos con el inversionista.

- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. solicitó a las cooperativas COOPNALCRES, LEGALCOOP, MUNDOCREDITO, HABITAT, COOCREDIMED, COOMUPAL y COOPDOMUS certificaciones de la cartera siniestrada. Sin embargo, las dos ultima no remitieron la información solicitadas. Esta Superintendencia realizó visita de inspección<sup>15</sup> a dichas cooperativas, en la cual se evidenció que vendieron “pagarés-libranza” con flujos cero o sin recaudar el 100% de la cuota o flujo mensual. COOCREDIMED remitió fotocopia simple de una certificación donde señaló que los pagos de los flujos de la cartera negociada se pagaban con oportunidad y suficiencia, pero no se hizo referencia a la existencia o no de cartera siniestrada, situación contraria a lo que evidenció la SFC en la visita realizada a esa cooperativa, pues se encontraron “pagarés-libranza” con flujos cero y con recaudo menor al esperado.
- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. a partir de noviembre de 2013 modificó su modelo de negocio, toda vez que en la venta de “pagarés-libranza” procedió a endosar los títulos en propiedad, pero sin responsabilidad a favor del comprador.
- Se hizo una revisión del “Archivo Visita Super 5 Dic 13” entregado el 10 de diciembre por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con el fin de verificar que el periodo de maduración de los “pagarés-libranza” vendidos coincidieran con los meses pactados y vendidos a los compradores de esos títulos, no se encontró irregularidad alguna.
- De acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el informe y el análisis de la información suministrada por la entidad visitada, como aquella que se recaudó por la comisión de visita en la inspección, se concluyó que para la fecha de la visita, en el desarrollo de la operación de venta de “pagarés-libranza” llevada a cabo por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con sus clientes compradores, no se configuraban los supuestos o los hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y en el Decreto 4334 de 2008.
- De lo expuesto en el informe quedó demostrado que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. llevó a cabo una operación de compraventa de “pagarés-libranza” con los clientes compradores, en la cual esa sociedad dio a cambio un bien o activo representado en aquellos títulos y entregó los respectivos pagos de los flujos, que recibió a su vez de ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S., LIBRANZAS GROUP S.A.S. y finalmente de las Cooperativas. Lo anterior bajo el entendido que la cartera no presentó siniestros ni prepagos que conllevaran a no pagar a los compradores y hacer exigible la cláusula de responsabilidad cambiaria pactada en cada contrato de venta.

**Sea oportuno mencionar que las cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los “pagarés-libranza” independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad**

<sup>15</sup> Se realizaron visitas de carácter administrativo a las Cooperativas: COOPDOMUS LTDA, COOMUPAL, COOCREDIMED, COOINVERCOR y a las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A. entre los meses de julio y septiembre de 2013.



que se podía predicar de las mismas, tema que resultaba ser del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la que esta Superintendencia le trasladó copia del informe de inspección a dicho Organismo.

De igual forma y teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.

Ahora bien, el hecho de que con posterioridad la Superintendencia de Sociedades (en diciembre del año 2016) hubiese verificado la existencia de hechos objetivos que dieron cuenta de la realización de operaciones de captación de dineros del público por parte de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., **en modo alguno significa que la SFC haya sido omisiva en el cumplimiento de sus funciones**, porque, la información que esta Entidad evaluó corresponde a la recabada y entregada respecto de un periodo de 17 meses de operación de la misma, esto teniendo en cuenta que el modelo de negocio empezó en mayo de 2012.

#### **7.1.2. Causales de exoneración de responsabilidad – Inexistencia de nexo causal entre la actuación de la SFC y el daño irrogado.**

En el evento en que el Despacho llegare a considerar acreditada la existencia de un daño en el presente caso, las pretensiones deberían ser igualmente negadas ya que el mismo no es imputable ni atribuible a la SFC, pues concurren en el caso causales que deben exonerar de responsabilidad al Estado pues rompen el juicio de imputación fáctica y jurídica.

##### **7.1.2.1. Hecho de un tercero**

En el evento en que la demandante lograra probar a lo largo del presente proceso la existencia de un eventual perjuicio en virtud de la entrega de dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o llegare a demostrar que las pérdidas que aduce haber sufrido devienen de la existencia y funcionamiento de esa sociedad, ese hecho **NO PUEDE SER ATRIBUIBLE A LA SFC**, pues claramente la causa del daño estaría afincada en la acción propiamente dicha de esa sociedad, con la que la aquí demandante entabló un negocio jurídico, siendo así responsabilidad de los representantes legales y/o administradores de esa persona jurídica las actuaciones que confluieron en la pérdida de los recursos depositados, acciones que son completamente ajenas a mi representada.

En ese sentido, cuando en los hechos de la demanda se afirma que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. dejó de pagar las amortizaciones que mes a mes venía realizando a la demandante, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de la cartera, además de asuntos y menesteres internos de las cooperativas originadoras de las obligaciones adquiridas por la actora, debe indicarse que, respecto de estos hechos, ningún vínculo o relación causal tiene la SFC. Las mismas afirmaciones de la accionante denotan que fue el hecho del tercero con quien se había establecido el vínculo contractual, el que provocó la cesación de pagos que afectó el patrimonio de la reclamante.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Bajo ese entendimiento, de comprobarse que pudo haberse producido un daño, el mismo tendrá que ser objeto de litigio directamente entre las partes contratantes en desarrollo del negocio particular e individual que fue celebrado, ello, mediante el ejercicio de las acciones judiciales estatuidas por el legislador para tales fines, entre ellas, las de competencia de la jurisdicción ordinaria, e incluso a través del proceso penal respectivo, en el que cabe la reparación de los perjuicios irrogados con ocasión del injusto que llegaré a acreditarse más allá de toda duda razonable.

No puede perderse de vista que aun cuando se quiera imputar responsabilidad a la Administración y se pretenda de ella el pago de los recursos que de forma libre y autónoma se invirtieron en la sociedad hoy intervenida, el punto central de la discusión que aquí se plantea, es que el presente asunto versa sobre la celebración de un contrato entre particulares, del cual la SFC no fue parte, ni dio su consentimiento o aval, razón por la que mal podría pretenderse que el cumplimiento de las prestaciones a las que se comprometió cada uno de los obligados recaiga en esta autoridad de supervisión, y no en el tercero que se obligó jurídicamente con la demandante, esto es, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Así las cosas, resulta evidente que en el caso puesto a consideración del Despacho la atribución material del hecho dañoso, constituida como un fenómeno estrictamente naturalístico, se relaciona directamente con la acción del particular y no con la del Estado, siendo así que la responsabilidad solo puede endilgarse a la referida sociedad.

Por lo tanto, con fundamento en los hechos y pruebas vertidas dentro del proceso, para esta Superintendencia es claro que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. estructuró un modelo de negocio partiendo de una operación legal, como lo es la compra venta de “pagarés-libranzas”, atrayendo a particulares inversores al mismo con falsas promesas de rendimientos elevados, aun cuando podían establecer que los flujos recibidos resultaban insuficientes para garantizar el pago de lo prometido y que los títulos valores ofrecidos presentaban inconsistencias.

### 7.1.2.2. Culpa exclusiva de la víctima.

Sea lo primero señalar que la demandante tiene los conocimientos que dan las máximas de la experiencia y que con base en ellos tomó de forma libre, autónoma y consciente una decisión de inversión que por sus características tenía un riesgo inherente, del cual no puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por su resultado, **pues la función de supervisión a cargo de esta Superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida**, ello, tratándose aún de entidades vigiladas.

Cabe señalar, con base en las conclusiones contenidas en el Informe de Inspección analizado a lo largo de este escrito, que al parecer lo que ocurrió con la aquí accionante 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, y el cual se materializó en la compra de una cartera, que se generó en el alea de una posible rentabilidad atada al recaudo de unos recursos que se lograría en un periodo de tiempo determinado. Por ende, no se puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por el resultado de un negocio determinado por la autonomía de la voluntad de las partes, menos aun cuando el resultado del



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

mismo dependía o estaba íntimamente ligado a los riesgos propios de los negocios realizados, y que la demandante consintió asumir libre y voluntariamente.

En ese sentido, debe auscultarse con especial énfasis el hecho que la accionante, según se infiere del libelo, obró en todo momento de manera libre, consciente y voluntaria al momento de entregar sus dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ello bajo el principio de la autonomía de la voluntad, que conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, en función del cual se les reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios. Razón por la cual no es dable asumir que el Estado deba tener responsabilidad por los perjuicios que los particulares sufran como resultado de su propia iniciativa.

Y es que proceder en un sentido contrario a éste, supone un riesgo evidente, que no es otro que el de llevar a concluir que cada que un inversionista, en un negocio de riesgo, pierda, el Estado habrá de responder por su dinero. Lo cual conllevaría a unas consecuencias contraproducentes, pues se daría cabida a la idea que las personas realicen toda clase de inversiones riesgosas, pues en el evento de fracasar el Estado responderá por ellas. Un argumento en esa dirección es que al Estado no pueden socializársele solo las pérdidas, cuando las ganancias son privatizadas en los sujetos contratantes. Por lo que mal podrían instrumentalizarse las funciones de inspección, vigilancia y control, para sostener un modelo en el que las utilidades son individualizadas en unos pocos, mientras las pérdidas son compartidas entre todo el conglomerado social.

De otro lado, es importante considerar que la presunta relación contractual entre la demandante y OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., se trata de un negocio privado sin intervención alguna de la SFC, en el cual el interesado asevera haber realizado una “inversión” de dinero, tipo de negocio 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. 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.

Respecto de lo anterior, se debe señalar que:

*“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.”<sup>16</sup>*

---

<sup>16</sup> Definición ABC: <http://www.definicionabc.com/economia/inversiones>.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En otras palabras, está el demandante obligado a actuar con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como a proceder con la diligencia debida y el cuidado que se espera frente a esta clase de operaciones comerciales. Esa diligencia lo hubiese llevado, al menos, a interrogarse e indagar sobre algunas cuestiones esenciales de la cartera que estaba adquiriendo, tales como el origen de los pagarés libranza, lo que le habría llevado a verificar si dichos títulos existían en las cooperativas originadoras que celebraban negocios con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la sociedad contratada para la custodia de los mismos.

Nótese que aun cuando el actor reprocha al Estado por un presunto actuar negligente, el dicho no ofrece prueba de ninguna clase, pasa por alto señalar que nunca acreditó haber verificado o realizado alguna investigación sobre el efectivo pago de los deudores de las obligaciones contenidas en los títulos valores que estaba adquiriendo. Tampoco hizo nada por establecer de qué tipo de cartera se trataba, si la misma estaba siniestrada, o los títulos valores presentaban inconsistencias, duplicidades, si la información que le brindaba vía correo electrónico sobre montos y plazos de los pagarés era verídica o fidedigna.

Por el contrario, simplemente existen una serie de manifestaciones que dejan ver que el demandante se limitó a recibir información, sin comprobarla, y acto seguido a suscribir documentos sin un soporte válido, amparándose únicamente en la “*confianza*” que le brindaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Debe plantearse, entonces, la existencia manifiesta de una desidia del demandante en los términos a los que hemos hecho referencia, como causa determinante del posible perjuicio irrogado, por lo que la apreciación del daño, en caso de existir éste, deberá estar sujeta a la valoración de la conducta de quien se expuso a él imprudentemente.

En definitiva, en el presente caso consideramos están dados los elementos de tipo normativo que hacen improcedente la imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico, pues nos encontramos ante una actuación del accionante que evidencia imprudencia y la aceptación de riesgos o aleas propias del negocio jurídico que celebraron, lo cual tendría que excluir la responsabilidad de la Administración por el hecho o la culpa exclusiva de la víctima.

### **7.2. Intervención 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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, el cual fue ordenado por la SS mediante Auto 400-005087 del 13 de abril de 2018, a través del que se decretó la toma de posesión como medida de intervención de OPTIMAL LIBRANZAS 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 el demandante que a través del medio de control de reparación directa le sean restituidos como pretensión el valor de los dineros entregados a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., conllevaría al cobro de lo no debido e incluso de un enriquecimiento sin causa, por cuanto al restituirse al actor dentro del proceso de intervención de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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.

### 8. PETICIÓN

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho que han sido expuestas en el presente escrito de contestación, respetuosamente solicito a su señoría:

En forma principal:

1. Que de **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.
2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

En forma subsidiaria:

1. Se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones de mérito o de fondo denominadas: **ACTUACIÓN DILIGENTE Y CONFORME AL MARCO DE SUS COMPETENCIAS POR PARTE DE LA SFC RESPECTO DE OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.; CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD – INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN DE LA SFC Y EL DAÑO IRROGADO (HECHO DE UN TERCERO – CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA); INTERVENCIÓN COMO ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONOMICO COMO LA QUE SE PRETENDE**.
2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

En cualquier 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 incorporadas como fundamento del presente acápite de objeción, todas las razones y manifestaciones en torno a la **INEXISTENCIA DEL DAÑO Y SU ANTIJURIDICIDAD**.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

### **10. RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DEMANDANTE.**

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:

#### **10.1. Remisión de expedientes:**

En el acápite titulado “*REMISIÓN DE EXPEDIENTE*” del escrito de demanda, el demandante solicita que se “(...) ordene a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA Y FINANCIERA, que allegue el expediente que se produjo con ocasión de las investigaciones que realizaron a la Empresa OPTIMAL LIBRANZAS S.A (...), con anterioridad a junio del año 2016 y los resultados de las visitas de los años 2014-2015-, 2016 y 2017, incluyendo:

*Los registros de todas las visitas realizadas por parte de la Superintendencia de Sociedades a la OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, con NIT N° 900.496.573-1, entre los años 2014-2015, 2016 y 2017.*

*1.2. Qué tipo de actuaciones se realizaron en dichas visitas.*

*1.3. Las denuncias administrativas en contra de la Empresa OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, con NIT N° 900.496.573-1, que hayan sido instauradas para los años 2014, 2015, 2016 y 2017.*

*1.4. Los resultados de las investigaciones que se hayan adoptado con ocasión de tales denuncias.*

*1.5. Los actos proferidos con ocasión de toda visita realizada por parte de las SUPERINTENDENCIAS respecto de la Empresa OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, con NIT N° 900.496.573-1.*

*1.6. Actas, decisiones o conceptos relacionados con las visitas que hubiere realizado las SUPERINTENDENCIAS en comento a la Empresa OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, con NIT N° 900.496.573-1”*

En relación con dicha solicitud, es de mencionar que con la presente contestación se adjunta el Informe de Inspección de la visita realizada por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A. que contiene los antecedentes y conclusiones de la misma, así como copia de las quejas y/o solicitudes de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

investigación recibidas en esta Superintendencia respecto de la referida sociedad, con su respectiva respuesta, que corresponde a la decisión final adoptada frente a cada queja, dentro de las que se refiere el traslado a la Superintendencia de Sociedades, como entidad encargada de la vigilancia por lo que la prueba solicitada resulta, por sustracción de materia, innecesaria.

### 10.2. Informe juramentado.

En el numeral 1 del acápite “*INFORME JURAMENTADO*”, la demandante solicita “(...) *ordenar al representante legal de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o quien haga sus veces, que rinda un informe juramentado en relación con las actuaciones administrativas que se surgieron con antelación a julio de 2016*”.

Al respecto, es importante reiterar que conforme lo establece el artículo 168 del Código General de Proceso “*El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles*”.

En el caso que nos ocupa, el informe sobre las actuaciones adelantadas por la SFC respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., fueron relatadas a lo largo del presente escrito, además con la contestación de aporta copia del informe de la visita de inspección. Por ende, el informe juramentado que se solicita no solo resulta inútil para el proceso, en la medida en la que se limitaría a reiterar el contenido del mencionado informe, además de generar una carga y un desgaste adicional para la administración pública.

Por ello, **ME OPONGO** al decreto de dicho informe y pido al (a) señor (a) juez (a) rechazarlo, pues al ya existir unos documentos que contienen la misma información que se obtendría con su decreto y contar con un resumen detallado de la actuación y conclusiones, la prueba carecería de utilidad y se torna innecesaria para el proceso, pues en caso de decretarse, sería del todo superflua, reiterativa y redundante.

## 11. PRUEBAS.

Con el propósito de acreditar y respaldar los hechos y afirmaciones que se han expuesto a lo largo de la presente contestación, solicito que se decreten y valoren como pruebas, además de aquellas que oficiosamente disponga decretar y practicar el Despacho, las siguientes:

### 11.1. Documentales que se aportan.

Conforme al numeral 4 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la contestación de la demanda debe acompañarse todas las pruebas que la demandada pretenda hacer valer en el proceso, por lo que para el caso que nos incumbe se allegan:

1. Trámite No. 2013041076 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Alvaro Iván Rojas y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2. Trámite No. 2013041086 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Mauricio Santiago Jiménez y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
3. Copia del Oficio No. 2013058932-000 mediante el que se ordenó adelantar la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 9 y 17 de julio de 2013.
4. Copia del Oficio No. 2013058932-005 mediante el que se ordenó realizar visita de actualización a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 2 y 6 de diciembre de 2013.
5. Informe de Inspección de fecha 15 de julio de 2013 que contiene los resultados de las dos visitas practicadas a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.
6. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Economía Solidaria remitido través del oficio No. 2013058932-009 del 27 de febrero de 2014.
7. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Sociedades remitido través del oficio No. 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014.
8. Informe de Inspección No. 2013064058-008 de la visita practicada a ESTRAREGIA PATRIMONIAL S.A.S.
9. Informe de Inspección No. 2013064063-003 de la visita practicada a COOPDOMUS LTDA.
10. Informe de Inspección No. 2013064064-003 de la visita practicada a COOMUTUAL.
11. Informe de Inspección No. 2013081431-014 de la visita practicada a COOCREDIMED.
12. Informe de Inspección No. 2013081463-009 de de la visita practicada a COOINVERCOR.
13. Informe de Inspección No. 2013081468-007 de la visita practicada a LIBRANZAS GROUP S.A.S.
14. Trámite No. 2016112058 mediante el que se atendió la petición presentada por el Dr. Diego Vega en representación de Rubén Darío Maldonado Benitez, Carlos Humberto Garzón y Diana Patricia Maldonado Rincon, en la que solicitó se promoviera la intervención y toma de posesión por captación de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
15. Copia del requerimiento y orden de inspección de la Fiscalía General de la Nación junto con las respectivas respuestas.
16. Trámite No. 2018019222 mediante el que se atendió la petición presentada por la señora Luisa Fernanda Daza Manrique.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Para que obren como pruebas en el proceso adjuntamos copia de la documentación en comento, **trasladándole la reserva sobre dichos documentos al Despacho Judicial, por cuanto al tratarse de una actuación administrativa, contiene información clasificada y/o reservada.**

### 11.2. Pruebas que se solicitan.

#### 11.2.1. Interrogatorio de parte.

En los términos del artículo 184 y siguientes del Código General del Proceso y demás normas concordantes, comedidamente solicito se fije hora y fecha, para **INTERROGAR** bajo la gravedad de juramento a la demandante en este proceso, BERTHA YANETH PRADA OCHOA, lo cual haré de forma oral o escrita, en relación con los hechos materia del medio de control de Reparación Directa, persona que será citada a través de su apoderado judicial en los términos autorizados por el artículo 78 del CGP.

## 12. NOTIFICACIONES

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4 - 49 Segundo Piso, Zona C, Oficinas del Grupo Contencioso Administrativo Dos, en Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico: [notificaciones\\_ingreso@superfinanciera.gov.co](mailto:notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co). El suscrito las recibe en la dirección de correo electrónico: [albustamante@superfinanciera.gov.co](mailto:albustamante@superfinanciera.gov.co) también puedo ser contactado en la línea celular 3002843775

Cordialmente,



T.P. 310 494 del C.S.J

C.C. 1.096.209.421 de Barrancabermeja

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ**

70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

Elaboró:

ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ

Revisó y aprobó:

ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ



# SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020267034-007-000

Fecha: 2021-04-06 15:26 Sec.día 3407

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 317-317 MEMORANDO GENÉRICO

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM189783-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Señores

## JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Dr. Alejandro Bonilla Aldana – Juez

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020267034-007-000  
Trámite : 132 DEMANDAS  
Actividad : 317 317 MEMORANDO GENÉRICO  
Anexos :

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicado:** 11001-33-43-060-2020-00049-00  
**Demandante:** BERTHA YANETH PRADA OCHOA  
**Demandados:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO  
**Asunto:** ESCRITO EXCEPCIONES PREVIAS  
**Radicado Interno SFC:** 2020267034

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTÍNEZ**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.096.209.421 de Barrancabermeja, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 310.494, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante, la SFC)**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito presentar las **EXCEPCIONES PREVIAS** relativas al proceso de la referencia, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, concordante con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, para lo cual proceso en los siguientes términos:

### 1. EXCEPCIONES PREVIAS.

#### 1.1. 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 (...).”*



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 (...).** (Negrilla fuera del 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.”

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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.). De aceptarse en gracia de discusión que la SFC omitió el cumplimiento de sus funciones, el momento en que cesó la presunta omisión corresponde a la fecha en que culminó la actuación administrativa adelantada por esta Entidad respecto de la mencionada sociedad y se remitió a la Superintendencia de la Economía Solidaria y Superintendencia de Sociedades las circunstancias evidenciadas en las visitas., traslados que se surtieron el 27 de febrero de 2014, mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010, respectivamente,

Al respecto, tenemos que es desde esa 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 28 de febrero de 2016, momento para el 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 diciembre de 2019, ante la Procuraduría 129 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.

Consideramos oportuno indicar que **para el caso particular se debe establecer la ocurrencia del fenómeno de la caducidad respecto de cada una de las entidades demandadas, de forma separada, pues las actuaciones adelantadas por la SFC y la SS son independientes y se desarrollaron con fundamento en facultades legales distintas.** Sobre el particular, y como se explicó con suficiencia en la contestación de la demanda, las visitas realizadas por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se adelantaron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presume, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora.

### **1.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva de la SFC**



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En el presente asunto la demandante aduce que la SFC fue omisiva en el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del funcionamiento de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., así como de las operaciones que realizaba dicha sociedad.

En ese sentido, como quiera que la redacción de los fundamentos de hecho y derecho del libelo demandatorio no son claros respecto de si la presunta omisión que se imputa a esta Entidad corresponde al cumplimiento de las atribuciones contenidas en el Decreto 2555 de 2010, Decreto 4334 de 2008 o en la Ley 1527 de 2012, abordaremos este punto desde cada uno de los supuestos normativos precitados.

### **1.2.1. En relación con el Decreto 2555 de 2010.**

Debe llamarse preliminarmente la atención en el hecho que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., 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 1° 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 y el artículo 11.2.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010.

Adicionalmente, debe indicarse que 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 tienen que 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.

### **1.2.2. En relación con los artículos 108, 325 y 326 del EOSF, concordantes con el Decreto 4334 de 2008.**

Cabe señalar que, con el objetivo de evitar que personas no autorizadas ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas y en cumplimiento de las atribuciones establecidas en los artículos 108, el literal a), numeral 4, del artículo 325 y el artículo 326 del EOSF, concordantes con el Decreto 4334 de 2008 así como 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, la SFC entre el 9 y 17 de julio y el 2 y 6 de diciembre de 2013, adelantó visitas de inspección a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., las cuales se originaron con ocasión de dos correos electrónicos recibido el 6 de mayo de 2013, a los que se adjuntó copia de un folleto donde se invitaba a invertir en “pagarés-libranza” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide.

Por lo anterior y una vez analizada la información recabada en la visita se llegó a la conclusión que en las actividades desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., relativas a la compra y venta al descuento de “pagarés-libranzas” no se configuran los hechos objetivos o notorios, ni los supuestos de captación masiva de recursos del público.

### **1.2.3. En relación con la Ley 1527 de 2012.**

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



El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Es oportuno precisar que si bien la Ley 1527 de 2012 le otorgó a la SFC las funciones de inspección, vigilancia y control sobre algunas de las entidades operadoras de libranzas, vale la pena precisar que las únicas cooperativas vigiladas por esta Entidad son las cooperativas financieras, las cuales son autorizadas para captar recursos del público.

Ahora bien, debe señalarse que las cooperativas originadoras de los “pagarés-libranzas” en este caso fueron: COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, las cuales están bajo la vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

De igual manera la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en su modelo de negocio manifestó que para la compraventa de los “pagarés-libranza” tenía contratos suscritos con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.

De lo expuesto podemos concluir que la SFC no está legitimada en la causa por pasiva para ser demandada por omisión en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, puesto que:

- No tenía la obligación de ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., conforme a lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 y demás normas concordantes.
- Habiendo ejercido las funciones que le competían para evitar que personas no autorizadas ejercieran actividades exclusivas de las entidades vigiladas (literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF), no encontró que se configuraran los hechos objetivos o notorios ni los supuestos de captación masiva de recursos del público, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.
- Las cooperativas con las que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., adquiría las libranzas no se encontraban ni se encuentran sometidas al control y vigilancia de la SFC, debido a que no tienen la naturaleza de cooperativas financieras.

Así las cosas, queda clara la ausencia de conductas omisivas de la SFC en relación con los posibles perjuicios ocasionados a la aquí demandante, pues esta Entidad ejerció en su momento las actuaciones que le correspondían, sin encontrar en ellas los supuestos de captación en que luego incurrió la sociedad involucrada en el asunto.

**En cuanto a las excepciones aquí propuestas, estimamos oportuno informar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A – Magistrado Ponente: Juan Carlos Garzón Martínez, en auto del 03 de diciembre de 2020 emitido en el proceso con radicado No. 2018-0616, de Convento Santo Domingo contra la SFC y SS, relacionado con la comercializadora de libranzas Estraval, declaró expresamente probadas las excepciones previas de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la SFC.**



**En cuanto a la caducidad indicó que el término debe ser contado desde el momento en que la Superfinanciera efectuó el traslado por competencia a la Superintendencia de Sociedades de los informes de visita. Frente a la falta de legitimación, consideró que este ente de control no participó en los hechos que dieron lugar a la demanda y que no le correspondía la obligación de vigilancia de Estraval, como en el presente caso tampoco le correspondía la vigilancia de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., por lo que las omisiones que se imputaban en la demanda, no eran atribuibles a la SFC.**

**Similar determinación adoptó el magistrado Garzón Martínez en auto del 3 de diciembre de 2020, proferido en el proceso 2019-00078 de Federico Aristizábal Correa y Otros contra la SFC y SS, pues al resolver la excepción de caducidad propuesta por esta Entidad, indicó:**

***“(…) la actuación por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia culminó el 27 de marzo de 2014, fecha en la que envió la información a la Superintendencia de Sociedades, relacionada con la sociedad Estraval S.A, la cual no estaba bajo su vigilancia.***

***Por lo tanto, computando el término de caducidad únicamente frente a la Superintendencia Financiera, desde su última actuación esto es, 27 de marzo de 2014, la parte actora contaba en principio hasta el 28 de marzo de 2016, como fecha límite, para presentar acción contenciosa en ejercicio del medio de control de reparación directa.”***

## **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. Copia del Oficio No. 2013058932-000 mediante el que se ordenó adelantar la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 9 y 17 de julio de 2013.
2. Copia del Oficio No. 2013058932-005 mediante el que se ordenó realizar visita de actualización a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 2 y 6 de diciembre de 2013.
3. Informe de Inspección de fecha 15 de julio de 2013 que contiene los resultados de las dos visitas practicadas a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.
4. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Economía Solidaria remitido través del oficio No. 2013058932-009 del 27 de febrero de 2014.
5. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Sociedades remitido través del oficio No. 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014.
6. Informe de Inspección No. 2013064058-008 de la visita practicada a ESTRAREGIA PATRIMONIAL S.A.S.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

7. Informe de Inspección No. 2013064063-003 de la visita practicada a COOPDOMUS LTDA.
8. Informe de Inspección No. 2013064064-003 de la visita practicada a COOMUTUAL.
9. Informe de Inspección No. 2013081431-014 de la visita practicada a COOCREDIMED.
10. Informe de Inspección No. 2013081463-009de de la visita practicada a COOINVERCOR.
11. Informe de Inspección No. 2013081468-007 de la visita practicada a LIBRANZAS GROUP S.A.S.
12. Copia del auto del 3 de diciembre de 2020 proferido en el proceso 2018-00616.
13. Copia del auto del 3 de diciembre de 2020 proferido en el proces0 2019-00078.

Reiteramos al Despacho el traslado de la reserva sobre dichos documentos, por cuanto al tratarse de una actuación administrativa, contiene información clasificada y/o reservada.

### 3. PETICIÓN.

En atención a lo manifestado, respetuosamente solicito al Despacho:

- 3.1. Que se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.
- 3.2. Como consecuencia de lo anterior, se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declare la terminación del proceso.
- 3.3. Se **CONDENE** en costas y agencias en derecho a la parte demandante

### 4. NOTIFICACIONES

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4 - 49 Segundo Piso, Zona C, Oficinas del Grupo Contencioso Administrativo Dos, en Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico: [notificaciones\\_ingreso@superfinanciera.gov.co](mailto:notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co). El suscrito las recibe en la dirección de correo electrónico: [albustamante@superfinanciera.gov.co](mailto:albustamante@superfinanciera.gov.co), también puedo ser contactado en la línea celular 3002843775.

Cordialmente,

*Alexander Bustamante M*

T.P. 310 494 del C.S.J  
C.C. 1.096.209.421 de Barrancabermeja

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



El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda

**SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ**

70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

*Elaboró:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*

*Revisó y aprobó:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*



# SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020267034-006-000

Fecha: 2021-04-06 15:15 Sec.día3365

Anexos: Sí

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 324-324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM189777-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Señores

**JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020267034-006-000  
Trámite : 132 DEMANDAS  
Actividad : 324 324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA  
Anexos : E30

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicado:** 11001-33-43-060-2020-00049-00  
**Demandante:** BERTHA YANETH PRADA OCHOA  
**Demandados:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO  
**Asunto:** CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA  
**Radicado Interno SFC:** 2020267034

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTÍNEZ**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.096.209.421 de Barrancabermeja, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 310.494, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante, la SFC)**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** de la referencia, para lo cual procedo 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.

En su nombre y representación interviene el suscrito apoderado, en virtud del poder que me fue conferido por el Coordinador del Grupo Contencioso Administrativo Dos de la Subdirección de Defensa Jurídica de la Entidad, a quien le fue delegada la función de otorgar poderes a los



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 PARA PRESENTAR LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Conforme a 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”*.

En ese sentido, el auto admisorio de 9 de julio de 2020 fue notificado a la SFC mediante correo electrónico del día 5 de noviembre del mismo año. A su turno, en término interpusimos recurso de reposición contra dicha providencia, el cual fue resuelto mediante auto del pasado 18 de diciembre de 2020, notificado por estado del 12 de enero de 2021.

De lo anterior podemos concluir que el término concedido en el auto admisorio, esto es, los treinta (30) días para contestar la demanda (artículo 172 del CPACA), comenzaron a correr una vez vencieron los veinticinco (25) a los que se refiere el inciso quinto del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso.

Así las cosas, contabilizados los veinticinco (25) días iniciales, más los treinta (30) días de traslado para contestar la demanda, tenemos que el plazo para contestar el presente medio de control vence el 7 de abril de 2021, razón por la cual la presente intervención se encuentra dentro del término otorgado por la ley.

### 3. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Con fundamento en las razones que se acreditarán a lo largo de este escrito y en general en el devenir de este proceso judicial, **ME OPONGO A TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA** por las siguientes razones, a saber:

- 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 SFC 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 **SFC. 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 un asunto en el que 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 la demandante.

#### 4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

4.1. A esta Superintendencia **NO LE CONSTAN** los **HECHOS 1) al 3)** en los que se indica que el demandante fue contactado por la fuerza comercial de la empresa **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.)**, que le explicaron en qué consistía el sistema de inversión de libranzas y le ofrecieron por participar en el negocio una rentabilidad equivalente al interés bancario corriente.

Al respecto vale la pena señalar que las anteriores afirmaciones se refieren a las condiciones ofrecidas por la referida sociedad para la ejecución del negocio jurídico celebrado con la demandante, relación en la que esta Superintendencia no tuvo ningún tipo de participación o injerencia.

4.2. En los **HECHOS 4) y 5)** se afirma que la accionante indagó ante esta Superintendencia y la Superintendencia de Sociedades (en adelante SS) sobre la legalidad de las operaciones desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., lo que le permitió establecer que las demandadas conocían de las operaciones, 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 al revisar en el Sistema de Gestión Documental – SOLIP, que contiene la totalidad de trámites adelantados por esta Entidad, **no se encontró que la aquí accionante hubiera presentado ante esta Superintendencia petición alguna mediante la que indagara sobre el negocio ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., razón por la que NO ES CIERTO lo afirmado por la actora en el dicho.**

Llama la atención que con el libelo introductorio no se haya aportado prueba alguna que acredite la presentación de la petición o las supuestas respuestas dadas por esta Superintendencia.

Ahora bien, **ES CIERTO**, que esta Entidad adelantó visita de inspección a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S y que una vez analizada la información recabada en la misma se llegó a la conclusión que las actividades desarrolladas por la referida sociedad, relativas a la compra y venta de “pagarés-libranzas” para la fecha, no configuraban los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y en el Decreto 4334 de 2008. Respecto de las actuaciones relacionadas con la visita, nos referiremos con detalle en el punto 7.1.1. del presente escrito.

En cuanto a las demás manifestaciones, 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 la demandante a lo largo del proceso.

4.3 En los **HECHOS 6) al 9) y 11)** se indica que la demandante con ocasión de las presuntas indagaciones elevadas ante la SFC y SS suscribió con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. un contrato de compraventa para la adquisición de libranzas, que con ocasión del negocio realizó unos pagos a la referida sociedad y recibió una suma de dinero por concepto de amortización y que ante la

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

cesación de dicho pago le quedaron adeudando dinero. Al respecto, debemos señalar que dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no fue parte de la relación comercial celebrada entre la citada sociedad y la demandante.

**4.4.** Frente a los **HECHOS 10) y 12)**, en los que se señala que a mediados del año 2016 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. cesó el pago de las amortizaciones, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de cartera, además de asuntos relacionados con las pagadurías y menesteres internos de las cooperativas originadoras de los pagarés-libranza las cuales adujeron siniestros de cartera, debemos indicar que el contenido de los dichos corresponde a apreciaciones o señalamientos de la demandante que deberán ser probados en el proceso.

En este orden de ideas **NO NOS CONSTA** lo manifestado en los mismos, ya que como se indicó anteriormente mi prohijada no hizo parte del negocio jurídico al que se ha hecho referencia. De otro lado, es pertinente que se **tenga por sentado y a manera de confesión de la accionante, que desde esa fecha se produjo el presunto incumplimiento contractual que le originó una afectación, esto para efectos del conteo del término de caducidad respectivo.**

**4.5.** Respecto al **HECHO 13) ES CIERTO** que la SS mediante Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 adoptó una medida de intervención administrativa respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y ordenó a dicha sociedad la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que el referido acto administrativo no fue expedido por la Entidad que represento y que es un documento público, nos atenemos al tenor literal del mismo.

**4.6.** En cuanto al **HECHO 14)** es de indicar que no corresponde a un antecedente fáctico sino a una consideración subjetiva del accionante, quien estima que con la Resolución de la SS se modificó el concepto que había dado relacionado con que la actividad desarrollada por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. era ajustada a derecho. Por lo tanto, al estar relacionada la afirmación con el actuar de una entidad distinta a la SFC, debemos señalar que la misma **NO NOS CONSTA**, además son apreciaciones subjetivas de la demandante, que deberán ser probadas por aquella.

**4.7.** Frente a lo señalado en los **HECHOS 15) y 10)**, relativos a que la señora BERTHA YANETH PRADA OCHOA se hizo parte en el proceso de liquidación de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., que se entiende corresponde a la medida de intervención mediante toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y patrimonio y que en el proyecto de graduación y calificación del crédito fue reconocida su acreencia, es de indicar que tales afirmaciones **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no hizo parte de dicho proceso, por lo tanto, nos atenemos a lo que se pruebe dentro del presente medio de control.

Sin embargo, lo manifestado en los dichos es susceptible de ser tenido en cuenta como confesión de parte, en ese orden de ideas deberá ser valorado de tal manera por el Despacho en el momento procesal oportuno, a efectos de establecer que la aquí demandante ya se encuentra reclamando las sumas pretendidas a través del presente medio de control, en la instancia por ella referida.

**4.8.** Respecto a lo señalado en los **HECHOS 16) y 17)**, en los que indican que la SFC y la SS conocieron a plenitud el modelo de negocio desarrollado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y no obstante ello, no desplegaron acciones para evitar que continuaran en operación, debemos indicar



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

que son meras apreciaciones subjetivas que deben ser probadas dentro del proceso, pues dan a entender una realidad totalmente distorsionada y amañada del asunto que **NO ES CIERTA**.

De otro lado, como se dijo anteriormente la SFC realizó una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación. Culminada la visita se concluyó que no se configuraban los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008. Es de precisar que la citada actuación será explicada más adelante.

Frente a las manifestaciones relacionadas con la SS, debemos señalar que se refieren a una autoridad distinta a la Superfinanciera, razón por la que **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas por la demandante.

**4.9.** En cuanto al **HECHO 18) NO NOS CONSTA** que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. haya defraudado a aproximadamente trescientas trece (313) personas bajo su modalidad de negocio, por lo tanto, dicha afirmación deberá ser probada dentro de la presente acción, en consecuencia, nos atenemos a lo que se pruebe.

**4.10.** Respecto al **HECHO 19)**, en el que se hace una transcripción de las actividades inscritas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, es de señalar que las mismas corresponden a la autonomía de la voluntad de los socios, quienes determinaron qué actividades iban a registrar. **Se observa que ninguna corresponde a una actividad exclusiva de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, razón por la cual es dable afirmar, sin lugar a duda, que dicha sociedad no se encontraba sometida a la vigilancia e inspección de esta Entidad.**

**4.11.** En relación con los **HECHOS 20) y 21)**, en los que se indica que la demandante se involucró en el proceso comercial ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. debido a la información brindada por la SFC y la SS, **NO ES CIERTO RESPECTO DE LA SFC Y NO NOS CONSTA FRENTE A LA SS**. Como se puso de presente al contestar el hecho 4), **NO ES CIERTO** que la accionante haya realizado algún tipo de indagación ante esta Superintendencia.

**4.12.** En lo atinente al **HECHO 22)** en el que se hace mención a las actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público y así de los supuestos de captación contenidos en el decreto 3227 de 1982, es necesario señalar previamente que dicha norma fue modificada por el decreto 1981 de 1988 y hoy están contenidas en el artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015. Precisado lo anterior, debe indicarse que no se trata de un hecho, sino de la cita textual de una norma, por ende, nos atenemos al tenor literal de la misma.

**4.13.** Señala el **HECHO 23)**, que para el momento en que se practicó la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., dicha empresa había celebrado contratos para la venta de libranzas con más de 313 personas.

Sobre el particular, dicho hecho **NO NOS CONSTA**, pero es necesario reiterar que la SFC realizó **una visita de inspección a dicha sociedad** que se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, y una vez culminada no se evidenciaron hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público. En ese orden de ideas nos atenemos al tenor literal del citado informe.

**4.14.** En relación con los **HECHOS 24) al 26)** que se refieren al promedio de operaciones realizadas por cada persona con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., indican que las ofertas para la celebración de contratos de venta de libranzas se hacían de manera abierta y finalmente que para la fecha de celebración del contrato suscrito por la demandante con dicha sociedad, la misma había celebrado más de 20 contratos durante 3 meses, es menester señalar lo siguiente:

Ya que lo pretendido por la demandante es referirse a los supuestos de captación, debemos mencionar que tal y cómo se ha señalado a lo largo de este escrito, para las fechas en que la SFC realizó una visita a OPTIMAL LIBRANZAS 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, la SFC mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014 remitió el informe de visita a la Superintendencia de la Economía Solidaria (en adelante SES) y Superintendencia de Sociedades.** No obstante, tales afirmaciones son apreciaciones subjetivas de la actora, la cuales deberán ser probadas debidamente.

Por otro lado, respecto a las demás consideraciones realizadas por la accionante, relacionadas con la operación de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., nos atenemos a lo establecido en el informe de la visita adelantada a dicha sociedad, pues en aquel se consagran las evidencias recaudadas por esta autoridad y para el efecto tal documento se aporta como prueba.

**4.15.** En relación con el **HECHO 27)** en el que se transcriben apartes del numeral 10.1 del acápite de antecedentes de la Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 proferida por la SS, debe indicarse que esta Superintendencia se atiene al contenido literal del acto administrativo, proferido por una entidad distinta a la SFC.

**4.16.** Frente a los **HECHOS 28) y 29)**, en los que se hace referencia al contenido del artículo 2 del Decreto 4334 de 2008, resulta necesario distinguir que tal disposición corresponde a las atribuciones de intervención otorgadas a la SS respecto de las personas naturales o jurídicas que desarrollan las actividades descritas en los literales a) y b) de dicho artículo. Dicha norma difiere de las competencias y facultades conferidas a la SFC en los artículos 108 y 326 numeral 4) literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), las cuales se fundamentan en lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política. En virtud de aquellas esta Superintendencia puede adoptar medidas cautelares frente a las personas naturales o jurídicas de derecho privado que, sin contar con autorización, desarrollen actividades exclusivas de las entidades vigiladas por la SFC, así como de cualquier otra que pueda estar incurriendo en captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público.

La facultad mencionada, no es otra que la materialización de lo que se puede denominar como función administrativa de supervisión y control en desarrollo de la cual a esta Superintendencia le corresponde inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que cuentan con autorización para



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

constituirse, funcionar y que a la vez son habilitadas legalmente para manejar recursos captados del público. Lo anterior de conformidad con las normas legales pertinentes, como son, entre otros, los artículos 325 y ss. del EOSF que definen la naturaleza, los objetivos, las funciones y las facultades de este Organismo, así como también la obligación de prevenir y controlar que las personas no vigiladas realicen actividades como la captación ilegal de dinero, para lo cual aplica lo establecido en el artículo 108, literal d) numeral 1, del artículo 325, literal a) numeral 4 y literal b) numeral 5 del artículo 326 del EOSF y observa los supuestos y hechos objetivos y notorios definidos en los Decreto 1068 de 2015 y Decreto 4334 de 2008.

No obstante lo anterior, conforme a lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 es competencia privativa de la SS adelantar la intervención y toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y patrimonio de las entidades que no están sometidas a la vigilancia de la SFC y por ende no cuentan con la autorización para captar recursos del público.

**4.17.** En cuanto a lo argüido en los **HECHOS 30) al 32)**, en los que se afirma que la SS y la SFC a pesar de advertir el tipo de negocios que ejecutaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., no ejercieron ninguna medida que buscara detener la comercialización de libranzas, a pesar de las visitas celebradas durante los años 2014, 2015 y 2016, y que solamente hasta el 15 de noviembre de 2017 fueron adoptadas.

Debemos anotar que tal aseveración es una apreciación subjetiva de la demandante y debe ser probada al interior del proceso, pues da a entender una realidad distorsionada y amañada del asunto, que por lo menos en lo que atañe a la SFC, **NO ES CIERTA.**

Con el fin de desvirtuar las afirmaciones relacionadas con esta Superintendencia, se procede a hacer un breve resumen de las actuaciones desplegadas por mi representada:

Mediante Oficio No. 2013058932-000 del 8 de julio de 2013 se ordenó realizar una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-005 del 29 de noviembre de 2013.

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “pagarés – libranza” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente. Por lo anterior, la SFC consideró pertinente realizar visita de inspección tanto a la sociedad, como a algunas de las Cooperativas.

Teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.

De otro lado, al evidenciar que las Cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los “pagarés-libranza” independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad que se podía predicar de las mismas, se estimó que dicho tema era del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la cual se le trasladó una copia del informe de inspección, para lo de su competencia.

**4.18.** En lo atinente al **HECHO 33)** que se refiere a las supuestas investigaciones realizadas por la demandante mediante peticiones administrativas dirigidas a la SFC y a la SS, es de mencionar que **NO ES CIERTO en lo que atañe a la SFC**, pues tal y como ya se indicó, una vez verificado el Sistema de Gestión Documental - SOLIP que contiene los trámites adelantados por esta autoridad, **no se encontró petición alguna formulada por la señora BERTHA YANETH PRADA OCHOA.** Además, se reitera que con la demanda no se allegó prueba alguna que acredite lo que afirma el accionante.

**4.19.** Frente a los **HECHOS 34) al 36)** , atinentes a que la SFC y SS con ocasión de las respuestas de las supuestas peticiones administrativas interpuestas por la demandante, avalaron y tuvieron pleno conocimiento de las actividades delictivas que desarrollaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., al igual que del conocimiento de la suscripción de más de 20 contratos para la venta de libranzas en un período de tres meses, debemos mencionar que respecto de la SFC **NO ES CIERTO** lo acotado, pues como se ha expuesto, no se recibieron solicitudes de la aquí demandante relacionadas con el negocio celebrado con la referida sociedad. De igual manera, se hace hincapié en que de la visita realizada por la SFC se concluyó para la fecha, que las actividades realizadas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., NO configuraban actividades de captación o recaudo no autorizado según el Decreto 4334 de 2008 y el Decreto 1981 de 1988, tal y como consta en el informe de inspección que se aporta.

Con fundamento en lo anterior, se desprende con total claridad que lo afirmado por la demandante en estos hechos, como se dijo atrás, no son más que simples juicios de valor por completo ajenos a la realidad de las actuaciones adelantadas por la SFC, lo que puede ser constatado con las pruebas documentales que se aportan con el presente escrito.

De otro lado, **NO NOS CONSTAN** las afirmaciones relacionadas con la SS, por lo que nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

## 5. FUNDAMENTOS JURÍDICO DE LA DEFENSA

### 5.1. Estructura de la responsabilidad extracontractual de la administración pública.

En la Constitución Política, específicamente en el artículo 90, se estableció que:

*“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.*



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir con éste”.*

En virtud de dicha norma, la estructura de la responsabilidad sufrió un proceso de “constitucionalización”, erigiéndose en garantía de los derechos e intereses de los administrados, así como de su patrimonio, en el entendido de que el Estado será obligado a reparar los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, ya sea por la acción o la omisión de sus agentes.

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha entendido que a la luz de lo prescrito por el referido artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual de la Administración<sup>1</sup>, tiene como fundamento<sup>2</sup> la determinación de una serie de elementos que deben concurrir para la declaración de la responsabilidad estatal, siendo estos: la determinación de un **daño antijurídico** causado a un administrado, así como la **imputación** del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de un deber y, por último, el **fundamento del deber de reparar**, que debe dar cuenta de las razones de derecho por la que los perjuicios deben ser indemnizados.

En cuanto a la imputación debe destacarse que se trata de juicio que demanda un doble esquema de análisis en el cual debe efectuarse un juicio de **imputación fáctica**, por un lado, y uno de **imputación jurídica**, por el otro, siendo la imputación desde un punto de vista fáctico, un ejercicio de atribución material o eminentemente causal del origen del daño o los elementos naturales que han intervenido en su producción. Entretanto, la imputación jurídica hace referencia a un escenario en el que el juez debe determinar si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica o de tipo normativo de reparar el daño.

Ahora, desde una perspectiva clásica la responsabilidad también ha sido entendida bajo los siguientes derroteros, los cuales entraremos a desarrollar:

### 5.1.1. El 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 1993<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son el resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976). Actor: Cleofas Tumbajoy Alarcón; Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y otros. Medio de Control: Reparación Directa. Sentencia del 16 de febrero de 2017.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 333 del 1° de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.



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 de este instituto jurídico es lograr reparar e indemnizar a una persona que ha sufrido una merma que no está en la obligación de soportar conforme al ordenamiento jurídico.

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

Para poder endilgar responsabilidad en cabeza del Estado es necesario determinar cuál fue la fuente que originó el daño, es decir, es necesario 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.*”<sup>4</sup>, 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 esa razón, **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 éste 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, como quiera que la

---

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. Editorial Temis. Bogotá 2000. Págs. 195 a 198.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado<sup>5</sup>. Frente a este tópico ha señalado:

*“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 coestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero.**”<sup>6</sup> (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.

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa ha precisado:

*“(…) 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,*

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*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 (...)<sup>7</sup>” (Se resalta)*

A tenor de lo anteriormente señalado, es claro que la culpa exclusiva de la víctima es exigente de responsabilidad estatal cuando además de demostrada la causalidad material, se demuestra que la víctima participó 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*”<sup>8</sup>.

### 6. ANALISIS PROBATORIO DEL CASO CONCRETO

Conforme lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. Por ello, 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*’. A partir del estudio de dicho principio, es dable afirmar que tanto demandante como demandada tienen el deber de probar los hechos en que sustentan las pretensiones y excepciones propuestas, y en caso tal que dicha situación no se verifique por parte del Juez, la consecuencia jurídica es la negación de las pretensiones elevadas, como quiera que ante la falta de la prueba no puede tenerse por cierto el hecho. Sin embargo, no está de más advertir que una vez son arrimadas 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.

Bajo ese escenario, cabe indicar en relación con el asunto que se discute, que la SFC realizó las visitas de inspección a la que se ha hecho referencia a lo largo de esta contestación, atendiendo las facultades contenidas en el literal d) numeral 1 del artículo 325 y literal a) del numeral 4 del artículo 326 del EOSF, los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 108 del Decreto 663 de 1993 o EOSF, modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de

<sup>7</sup> Consejo de Estado. 25 de Julio de 2002. Radicado 13744. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 28 de enero de 2015. Radicado 32912. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2003, en función de las cuales este ente de control revisó el modelo de negocios de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para establecer si recibía dinero del público, cuál era la forma en que lo hacía y determinar si en desarrollo de tal actividad se evidenciaba la existencia de hechos objetivos o notorios de captación en los términos previstos en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con los supuestos de captación de recursos del público consagrados en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.

A tenor de lo anterior, se determinó que la sociedad visitada realizaba compra y posterior venta al descuento de pagarés libranzas en virtud de la suscripción de contratos de compraventa de estos títulos valores, pero del análisis y estudio de la información recabada en la visita desarrollada, se concluyó que no se configuraban los hechos objetivos y notorios de los supuestos de captación masiva de recursos del público, por lo que las afirmaciones contenidas en la presente demanda, que aducen una supuesta conducta omisiva por parte de mi representada, no se corresponden con los antecedentes y conclusiones consignadas en el Informe de Inspección, por lo que los dichos del demandante terminan siendo solo conjeturas. En efecto, el material probatorio que anexa la SFC a esta intervención, acredita que contrario a lo señalado por el accionante, esta Entidad actuó de manera diligente y dentro del marco de sus competencias frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Así las cosas, estos elementos junto con el escaso material probatorio aportado por la parte actora, nos permitirá probar que no existió omisión alguna por parte de la SFC en el ejercicio de sus funciones y por tanto el presunto daño sufrido no tiene la connotación de antijurídico. No obstante, si el Despacho llegara a considerar que el daño existió, el mismo material probatorio nos permitirá acreditar que aquél, no puede ser imputable jurídicamente a la actuación de la Administración y por ende ser resarcible, ya que el mismo solo es imputable a la parte demandante y/o a terceros por completo ajenos a la administración pública.

Atendiendo las previsiones señaladas, consideramos del caso hacer las siguientes reflexiones:

### **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 SFC, es carga de la parte reclamante acreditar la existencia del daño antijurídico cuyo resarcimiento pretende y la antijuridicidad del mismo, según las previsiones del artículo 90 de la Carta Política.

En ese sentido, la demandante pretende que el presunto perjuicio que alega y que identifica como la pérdida de los dineros que aduce haber entregado a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. sea resarcido por el Estado, sin embargo, no sustenta sus afirmaciones con material probatorio idóneo que permita identificar en qué consistió la presunta omisión en que habría incurrido esta Superintendencia.

Es claro entonces que como quiera que en la demanda se reclama una indemnización derivada de la pérdida de los dineros que según se afirma fueron invertidos en OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ante la deficiencia de los medios de prueba aportados, no es posible predicar la existencia cierta y actual de la pérdida a que se hace referencia. Debe recordarse que, conforme a lo afirmado por la accionante, el reclamo que se pretende ya fue objeto de estudio en el proceso de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

intervención que adelanta la SS respecto de la referida sociedad. Por lo tanto, no es procedente tener por probadas las pretensiones de la demanda ante el carácter hipotético del presunto daño, ya que la demandante pretende la reparación de los perjuicios presuntamente irrogados en el escenario de la intervención. Así las cosas, consideramos se impone la necesidad de proferir un fallo que desestime la existencia misma del daño, así como el carácter antijurídico del mismo y que en consecuencia niegue las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, en el evento en el que el Despacho considerara que efectivamente existe un daño, ese menoscabo no tendría las características de un daño antijurídico, pues se habría originado en la decisión libre, deliberada y autónoma de las partes involucradas de realizar un negocio jurídico, en cuya materialización no tuvo injerencia alguna la SFC, pues esta Entidad no tuvo relación de ninguna naturaleza con el acto de inversión y entrega de dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Para ilustrar esta noción resulta oportuno traer a colación los criterios que ha señalado el Consejo de Estado en cuanto a la antijuridicidad del daño como fuente del deber de reparar:

*“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*



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*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 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.**"<sup>9</sup> (Negrilla fuera del texto)*

En ese sentido, como bien lo anota la jurisprudencia citada, no todo daño entendido como menoscabo a un interés o un derecho, es **antijurídico**, es decir, no todo perjuicio irrogado a un particular conlleva de suyo los ingredientes normativos que estructuran el deber de reparar. Así, para que exista un daño y este sea **antijurídico**, es necesario que la víctima demuestre que no estaba en el deber conforme al ordenamiento jurídico, de soportarlo. De allí que acertadamente se tenga que, si se llegaran a probar los supuestos daños que se reclaman por el demandante, los mismos no son antijurídicos, pues se debe considerar que aquel experimentó 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 la accionante señala le fueron prometidos.**

Así, si se llegará a demostrar que la actora efectivamente hizo entrega de una suma de dinero a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. la misma fue una decisión libre y voluntaria de aquella, debiendo considerarse que quizá lo hizo obnubilada por la rentabilidad ofrecida en la operación de compra de pagarés libranzas. Se debe recalcar que para la actora los deudores de las libranzas eran personas desconocidas, aspecto que conlleva a que la operación que realizó fuera riesgosa. De otro lado, en el expediente no reposan pruebas que acrediten que la demandante por precaución hubiera revisado físicamente los pagarés que aduce haber adquirido o bien en las oficinas de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la empresa que indica tenía la custodia de dichos título; es decir, no se cercioró si quiera de 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 la accionante que entregó su dinero sin verificar las condiciones reales del negocio.

En el presente caso no se puede desconocer que la demandante esperaba obtener unas utilidades del negocio aleatorio que celebró, de las cuales sería ella la única beneficiaria. Por lo tanto, no tendría sentido que las pérdidas del negocio o los riesgos de la operación emprendida tenga que

<sup>9</sup> 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

asumirlos el Estado, asumiendo como si la Administración hubiese participado en el acto autónomo y libre que hoy viene a ser la causa de los perjuicios. En ese escenario, consideramos que una correcta aproximación al asunto que nos concita, debe tener en cuenta que como no todo daño es antijurídico, el daño que no tiene esta característica debe ser soportado por el particular cuando este ha concurrido a su causación, pues los riesgos de su decisión no pueden socializarse para que el Estado y la sociedad en su conjunto respondan por decisiones de que haber prosperado solo habrían supuesto un beneficio individual para la hoy demandante.

Así las cosas, ante el escaso material probatorio que acredite las existencias de los daños que se pretenden sean indemnizados, así como su antijuridicidad, la falta de acreditación de alguna conducta omisiva a cargo del Estado, o que de dicha conducta haya generado el perjuicio, elementos sobre los que se estructura la responsabilidad extracontractual del Estado, lo jurídicamente procedente es negar la totalidad de las pretensiones, pues aunado a tal circunstancia, tal y como se verá más adelante, tampoco se configuran los dos elementos restantes que permitirían imputar una eventual responsabilidad a mi prohilada por los hechos alegados en la demanda.

### **6.2. Inexistencia de una omisión imputable a la SFC.**

Superado el aspecto relacionado con la existencia del daño cuya reparación se pretende por la presente vía judicial y como quiera que en los hechos de la demanda se evidencia que la responsabilidad de mi representada se afinca o atribuye a una supuesta falla del servicio por “omisión”, procede poner de presente la **inexistencia de omisión imputable** a esta Entidad, por lo que a continuación se señalarán los principales aspectos de la actuación administrativa que con diligencia, previsividad y asertividad este ente de control efectuó respecto OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

#### **6.2.1. La sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia.**

Debe llamarse preliminarmente la atención frente a una realidad incuestionable y es que la referida sociedad con la que la hoy demandante estableció en su momento el vínculo contractual causante del daño, no estuvo ni ha estado sometida a la vigilancia de la SFC. Es oportuno precisar que las entidades y actividades respecto de las que esta autoridad ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control, corresponden a las previstas en el numeral 2 del artículo 325 del EOSF, numeral 1 del párrafo 3 del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, así como el inciso 2 del artículo 40 de la Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 102 de la Ley 795 de 2003 y el artículo 11.2.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010.

Bajo este entendimiento, es claro que 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. En virtud de ello, es necesario que se constituyan en la forma y términos que establecen el artículo 53 y siguientes del EOSF y la Parte Primera, Título Primero, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica de la SFC. Tales disposiciones señalan 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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S a pesar de no ser una entidad vigilada, con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público. Inexistencia de omisión imputable por parte de este Organismo de Inspección y Vigilancia.**

Aunque la citada sociedad, insistimos, nunca estuvo sometida a la inspección y vigilancia de la SFC, esta autoridad realizó dos visitas de inspección a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., que se adelantaron entre el 9 y 17 de julio de 2013, sin embargo, entre el 2 y 6 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación. La finalidad de la misma era establecer si dicha persona jurídica se encontraba realizando operaciones de captación o recaudo no autorizado de recursos del público, a tenor de lo dispuesto por los artículos 108 y 326 numeral 4) literal e) del EOSF, en armonía con el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, concordante con las disposiciones previstas en el Decreto 4334 de 2008.

**6.2.2.1. Resumen y conclusiones de la visita realizada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.:**

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “*pagarés – libranza*” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

Ahora bien, dada la necesidad de conocer de manera detallada las operaciones de venta de libranzas que realizaban las cooperativas a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A se consideró pertinente realizar visitas de carácter administrativo.

Ahora bien, de lo expuesto en el informe quedó demostrado que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. llevó a cabo una operación de compraventa de “*pagarés-libranza*” con los clientes compradores, en la cual esa sociedad dio a cambio un bien o activo representado en aquellos títulos y entregó los respectivos pagos de los flujos, que recibió a su vez de ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S., LIBRANZAS GROUP S.A.S. y finalmente de las Cooperativas. Lo anterior bajo el entendido que la cartera no presentó siniestros ni prepagos que conllevaran a no pagar a los compradores y hacer exigible la cláusula de responsabilidad cambiaria pactada en cada contrato de venta.

**De igual forma y teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.**

**6.3. Ninguna autoridad del estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.**

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Como se ha señalado a lo largo del presente escrito, la demandante acude al presente medio de control de Reparación Directa, para reclamar solidariamente de las entidades demandadas, un resarcimiento de índole económico, fundado en una presunta responsabilidad extracontractual de la administración pública por supuestamente “avalara” el desarrollo de las actuaciones de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Indica que dicha sociedad desplegó conductas de captación masiva e ilegal de recursos del público, que en virtud de ello las demandadas habrían incumplido sus deberes de inspección, vigilancia y control en relación con el funcionamiento de la sociedad encartada en el asunto, a la que afirma haber entregado sumas de dinero con el fin de comprar títulos valores. Por ello, en su sentir ese hecho la 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.

Pues bien, frente al cumplimiento de los contenidos obligacionales a los que está sometida esta Entidad, conviene precisar que desde los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, se establece que las autoridades públicas, como es el caso de mi prohijada, no pueden ejercer funciones distintas de las que expresamente les atribuye la Constitución y la ley. Por ende, la responsabilidad que se quiere endilgar en el presente caso, basada en el supuesto incumplimiento de las funciones a cargo de las demandadas, debe analizarse, considerando los límites impuestos por el mandato constitucional en ciernes, en tanto las autoridades no pueden responder por hechos o cadenas causales diferentes a aquellas que expresamente están bajo su tutela.

Bajo esa óptica, debe decirse que la SFC no tuvo participación, directa o indirecta, en los actos y hechos con base en los cuales ahora se pretende derivar su responsabilidad. Y es que no basta con efectuar acusaciones temerarias e irreflexivas para que se configuren las condiciones en las que ha de incurrirse para que el Estado deba responder por su acción u omisión. En relación con las exigencias de orden jurídico que deben acreditarse para que el Estado pueda ser responsable, ha dicho la jurisprudencia del 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”.*<sup>10</sup> (Negrilla fuera del texto)

De modo que, ante la inexistencia de prueba que sustente no solo el presunto perjuicio o daño patrimonial alegado por la accionante, sino la omisión en que habría incurrido el Estado y cómo ésta sería la causa eficiente del daño, se impone negar las pretensiones de la demanda, con mayor razón cuando el eventual daño no es ni puede ser consecuencia directa de un acción u omisión que pueda atribuirse a la SFC, aspecto al que con facilidad podrá arribar el Despacho al realizar un simple cotejo del marco jurídico que regula las funciones y competencias de esta Superintendencia.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 6 de octubre de 1995, expediente 9535. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Siguiendo la argumentación ofrecida hasta este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delimitado los presupuestos necesarios para que prospere la responsabilidad del Estado por la omisión de sus funciones:

*“En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico y; d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a éste último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión (...)”<sup>11</sup>*

Como puede observarse, en el caso de las Superintendencias no basta con argumentar dentro del proceso que éstas tienen una competencia legal de supervisión sobre la actividad de los particulares, **adicionalmente se debe demostrar que una vez se tuvo conocimiento de la irregularidad cometida no se adelantaron, se adelantaron tardíamente o se usaron los medios inadecuados para interrumpir el proceso causal que genera el daño en el patrimonio económico de los usuarios del servicio o actividad objeto de control, inspección y vigilancia.**

Al referirse sobre la inspección y vigilancia del ejercicio de la actividad financiera, el Consejo de Estado ha sostenido:

*“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 haber dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares**”<sup>12</sup>*

De lo anterior, surge con claridad que la responsabilidad por omisión en la función de policía no se genera sólo porque se haya demostrado que se incumplieron las competencias que se han asignado jurídicamente, sino que adicionalmente debe probarse que de haberse cumplido las obligaciones se habría podido impedir la generación del daño. Así las cosas, no hay deber de reparar cuando aún en cumplimiento de labores de inspección, control y vigilancia, el análisis

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-27-000-2001-00009-01 (AG).

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

probatorio conduce a la conclusión inexorable de que tal consecuencia negativa se habría dado con independencia de la intervención estatal.

En este punto resulta pertinente manifestar que la SFC como entidad estatal de carácter técnico, adscrita 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 el Decreto 2399 de 2019), y las demás normas que las modifiquen o adicionen.

De tal manera, 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.

De ahí que a 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.**

Dicho de otro modo, la SFC, dado su carácter de entidad pública, solamente puede realizar aquellas funciones para las que ha sido expresamente facultada por la ley. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa no podría haber decretado medidas administrativas dirigidas a ordenar la toma de posesión de los bienes y haberes de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. , primero, porque en la visita realizada a la sociedad en cuestión **no se encontraron a la fecha de su realización hechos objetivos y notorios de los supuestos de captación masiva e ilegal de recursos del público, que conllevaran a la adopción de una medida cautelar para la fecha en que la misma se llevó a cabo y, segundo, porque ésta medida de intervención en el marco del Decreto 4334 de 2008 solo podía ser adoptada por la SS.**

Con todo, no se avizora en el presente caso el despliegue de conducta alguna que haya quebrantado los deberes a cargo de la SFC y de la que pueda derivarse que los presuntos daños sufridos por la accionante deban ser reparados por el Estado, al haber tenido ocurrencia por causa de una conducta que no puede endilgarse a la administración pública.

### **6.4. Ninguna autoridad pública en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control está obligada a lo imposible.**



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Para finalizar, no puede soslayarse el hecho de que la omisión que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado en el caso de la omisión de las Superintendencias se concreta, en primer término, por la ausencia de adopción de medidas administrativas cuando se tiene conocimiento de irregularidades en la actividad de las industrias vigiladas, y al cual puede llegarse por quejas de la ciudadanía, o como resultado del propio cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, o de hechos que sean materia de denuncia por los particulares.

Ello, en la medida en que sin este conocimiento previo no es posible pretender responsabilidad, pues aun cuando el Estado tiene una obligación de garantía de bienes jurídicos no está obligado a lo imposible y, por lo tanto su deber de policía administrativa no puede, bajo ninguna circunstancia, implicar el que tenga un funcionario público al interior de cada establecimiento sujeto a su control, por lo que quien demanda debe demostrar supuestos fácticos y jurídicos que permitan deducir la presencia de elementos suficientes, como para considerar que la Autoridad incurrió en un obrar irregular.

En esa línea argumentativa, sobre la naturaleza de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las Superintendencias, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*“El propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan – constitucionales, legales y reglamentarias -, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente, en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judge pudiere consistir en hacerle asumir sus obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daño a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. **La responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, 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 falta en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se depreca**”<sup>13</sup>.*

Como puede apreciarse, las entidades públicas deben ser absueltas si demuestran que frente a una situación irregular adoptaron las medidas y decisiones que de ella se esperaban, **por lo que no tiene por qué asegurar que su intervención ofrezca una recuperación de una actividad económica o la recuperación de pérdidas dinerarias debidas al comportamiento de los particulares.**

Se trata, entonces, de un régimen **subjetivo** de responsabilidad atado directamente al contenido obligacional impuesto al Órgano de inspección, vigilancia y control, y limitado a su vez por éste, en función del cual:

*“La responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, **pues la función de supervisión no consiste en***

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).



**garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector**, no puede perderse de vista que el contenido obligacional a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda -so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar (...) cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado – el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión-, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general. Frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser -se itera- la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales”<sup>14</sup>.

En el caso concreto habría que agregar un hecho al que ya hemos hecho referencia a lo largo de este escrito, pero el que, insistimos, no puede ser inobservado, y es que la sociedad que concita el presente debate judicial, a diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia en relación con los eventos en que puede ser declarada la responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, **nunca estuvo bajo la inspección y vigilancia de la SFC.**

Por lo tanto, las actuaciones desplegadas por este Organismo frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en ningún caso se llevaron a cabo por ser ésta una industria supervisada por la SFC. Por el contrario, las mismas se hicieron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presume, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora, que sí tiene bajo su égida la Superintendencia Financiera de Colombia.

## 7. EXCEPCIONES

Sea lo primero informar al Despacho que las excepciones previas, conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, concordante con los artículos 100 al 102 del Código General del Proceso, se presentarán en escrito separado. En ese orden, nos referiremos a continuación a las que consideramos son presupuestos necesarios para proferir una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda, y en ese sentido sea favorable a los intereses de mi representada. Así:

### 7.1. EXCEPCIONES DE FONDO

**7.1.1. Actuación diligente y conforme al marco de sus competencias por parte de la SFC respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público.**

<sup>14</sup> Ibid.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

### 7.1.1.1. Visita realizada a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.:

El día 6 de mayo de 2013 se recibieron en esta Entidad dos correos electrónicos a los que se adjuntó copia un folleto donde se invitaba a invertir en “pagarés-libranza” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide. Esta Superintendencia atendiendo las funciones de prevención y control del ejercicio ilegal de la actividad financiera consideró pertinente evaluar si en el desarrollo del objeto social de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se presentaban operaciones en las cuales se pudieran estar configurando hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público.

En virtud de lo anterior, mediante Oficio No. 2013058932-001-000 del 8 de julio de 2013 se ordenó realizar una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-006-000 del 29 de noviembre de 2013.

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “pagarés – libranza” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

Ahora bien, dada la necesidad de conocer de manera detallada las operaciones de venta de libranzas que realizaban las cooperativas a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A se consideró pertinente realizar visitas de carácter administrativo, como se describen a continuación:

Nombre Cooperativa a sociedad	Radicado	Fecha de Inicio	Fecha de Finalización.
Estrategia Patrimonial S.A.S	2013064058	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Libranzas Group S.A.S	2013081468	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
Cooperativa Multiactiva COOPDOMUS LTDA.	2013064063	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Cooperativa Multiactiva de Palmira - COOMUPAL	2013064064	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
COOPERATIVA DE CRÉDITOS MEDINA - COOCREDIMED	2013081431	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

COOINVERCOR	2013081463	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
-------------	------------	--------------------------------	--------------------------------

En cuanto a la sociedad ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. se determinó:

- Que suscribió un contrato con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. denominado “*Contrato marco de compraventa de cartera*”, vigente hasta el 13 de noviembre de 2013. En dicho documento se aclaró que los “*pagarés – libranza*” vendidos a OPTIMAL provenían de las Cooperativas COOPDOMUS Y COOMUPAL.
- Celebró un contrato de cesión con OPTIMAL y COOPUMAL, por lo tanto, a partir del 23 de septiembre de 2013 OPTIMAL LIBRANZAS empezó a comprar los “*pagarés-libranza*” libranza directamente a la cooperativa y a recibir de manera directa el pago de los flujos.

Respecto de la sociedad LIBRANZAS GROUP S.A.S., se encontró:

- Que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. suscribió con aquella un contrato denominado “*Contrato de compra de cartera con responsabilidad*”, a través del que le compró los derechos de crédito incorporados en los “*pagarés-libranza*” que eran adquiridos de las cooperativas COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL.
- Se probó que el 26 de septiembre de 2013, LIBRANZAS GROUP S.A.S., OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y COOCREDIMED celebraron un contrato de cesión, con el objeto de comprar los “*pagarés-libranza*” directamente a la Cooperativa sin la intervención de LIBRANZAS GROUP S.A.S.

De otro lado, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. celebró contratos de compraventa de cartera que equivalen al 3.66% de la cartera adquirida con las Cooperativas COOINVERCOR, COOMUNDOCRÉDITO, COOCREDIANGULO y COOPROCO KAPITAL SOCIAL; sin embargo, la comisión de visita centró su revisión y verificación en las ventas de pagarés-libranza realizadas por ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., pues eran ellas quienes habían vendido el 96.34% del total de la cartera reportada por la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

En cuanto a las operaciones de compraventa de “*pagarés-libranza*” entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y los inversionistas, se evidenció que suscribían un “*Contrato de compraventa de cartera modalidad pagaré-libranzas-persona natural*”, en el que se establecían las condiciones de la negociación. Vale la pena mencionar que el modelo de negocio consistía en la venta de los derechos de crédito incorporados en títulos denominados “*pagarés-libranza*”, que se originaban en los préstamos que otorgaban las cooperativas ya mencionadas a sus asociados y que eran cancelados mediante descuento de nómina, aplicada por las pagadurías de las entidades para las que laboraban los deudores. A su vez se observó que, las cooperativas consignaban o giraban el valor recaudado a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., para que fueran consignados a favor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. quien adquiriría los títulos a descuento



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

y se encargaba de pagar el flujo mensual a los inversionistas que los compraban, hasta su cancelación.

Con fundamento en lo expuesto, la comisión de visita concluyó en su informe:

- Los contratos suscritos entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., no gobernaban en su totalidad la relación comercial y las prácticas operativas que tenían vigentes, pues no se incluyeron aspectos relativos al procedimiento para hacer efectiva la cláusula de responsabilidad cambiaria en el evento de presentarse “pagarés-libranzas” siniestrados, incumplimiento en pagos, prepagos o títulos viciados.
- En el numeral 4.3 de la cláusula 4 y 7 de los denominados “*Contratos de Compraventa de Cartera Persona Natural y Persona Jurídica*”, utilizados para oficializar la venta de “pagarés-libranza”, se hacía referencia a una Fiduciaria y a la firma ERNEST & YOUNG, sin embargo, para el momento de la visita no habían sido formalizados, lo que inducía a que los inversionistas de manera errónea creyeran que esas entidades hacían parte del proceso y de los controles establecidos en la venta.
- Efectuada la revisión del contrato marco firmado con la sociedad Estrategia Patrimonial S.A., se encontró que en la consideración primera y cláusula sexta se hace referencia a operaciones de “*factoring*” contrario a lo señalado en el texto y forma del documento, pues en este se hace referencia a la compra de “pagarés-libranza”.
- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no conocía ni tenía el control de los “pagarés-libranza” que presentaban mora o impagos en los flujos mensuales. En el contrato suscrito con Estrategia Patrimonial S.A. no se contempló que dicha situación debía ser informada.
- Las sociedades Estrategia Patrimonial S.A.S. y Libranzas Group S.A.S. no reportaron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. los pagarés siniestrados, toda vez que esa información no se solicitaba a las Cooperativas, lo que llevó a que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. asignara “pagarés-libranza” con recaudo en cero o con recaudos que presentaban cuotas menores al valor esperado.
- Las Cooperativas COOMUPAL y COOCREDIMED giraban a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. el valor de los flujos que se vencían durante el mes, sin embargo, no se encontró evidencia de la verificación por parte de las Cooperativas del reporte de descuentos generado por las pagadurías para constatar si existían pagarés que no hubieran sido objeto de descuento.
- ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. giraron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. el valor total de los flujos que se vencían en el mes para cancelar la mensualidad a los inversionistas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- Se revisó el caso particular del señor Farid Stefenn Uribe quien realizó una compra por \$500.000.000. OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. le asignó 116 “pagarés –libranza” por valor de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

\$668.498.202 a un plazo de 36 meses, con pagos mensuales de \$19.100.000. Se identificó que 11 de los títulos no recaudaron su flujo mensual, no obstante, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. recibió los dineros girados por las cooperativas a Estrategia Patrimonial para pagar los flujos convenidos con el inversionista.

- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. solicitó a las cooperativas COOPNALCRES, LEGALCOOP, MUNDOCREDITO, HABITAT, COOCREDIMED, COOMUPAL y COOPDOMUS certificaciones de la cartera siniestrada. Sin embargo, las dos ultima no remitieron la información solicitadas. Esta Superintendencia realizó visita de inspección<sup>15</sup> a dichas cooperativas, en la cual se evidenció que vendieron “pagarés-libranza” con flujos cero o sin recaudar el 100% de la cuota o flujo mensual. COOCREDIMED remitió fotocopia simple de una certificación donde señaló que los pagos de los flujos de la cartera negociada se pagaban con oportunidad y suficiencia, pero no se hizo referencia a la existencia o no de cartera siniestrada, situación contraria a lo que evidenció la SFC en la visita realizada a esa cooperativa, pues se encontraron “pagarés-libranza” con flujos cero y con recaudo menor al esperado.
- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. a partir de noviembre de 2013 modificó su modelo de negocio, toda vez que en la venta de “pagarés-libranza” procedió a endosar los títulos en propiedad, pero sin responsabilidad a favor del comprador.
- Se hizo una revisión del “Archivo Visita Super 5 Dic 13” entregado el 10 de diciembre por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con el fin de verificar que el periodo de maduración de los “pagarés-libranza” vendidos coincidieran con los meses pactados y vendidos a los compradores de esos títulos, no se encontró irregularidad alguna.
- De acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el informe y el análisis de la información suministrada por la entidad visitada, como aquella que se recaudó por la comisión de visita en la inspección, se concluyó que para la fecha de la visita, en el desarrollo de la operación de venta de “pagarés-libranza” llevada a cabo por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con sus clientes compradores, no se configuraban los supuestos o los hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y en el Decreto 4334 de 2008.
- De lo expuesto en el informe quedó demostrado que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. llevó a cabo una operación de compraventa de “pagarés-libranza” con los clientes compradores, en la cual esa sociedad dio a cambio un bien o activo representado en aquellos títulos y entregó los respectivos pagos de los flujos, que recibió a su vez de ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S., LIBRANZAS GROUP S.A.S. y finalmente de las Cooperativas. Lo anterior bajo el entendido que la cartera no presentó siniestros ni prepagos que conllevaran a no pagar a los compradores y hacer exigible la cláusula de responsabilidad cambiaria pactada en cada contrato de venta.

**Sea oportuno mencionar que las cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los “pagarés-libranza” independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad**

<sup>15</sup> Se realizaron visitas de carácter administrativo a las Cooperativas: COOPDOMUS LTDA, COOMUPAL, COOCREDIMED, COOINVERCOR y a las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A. entre los meses de julio y septiembre de 2013.



que se podía predicar de las mismas, tema que resultaba ser del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la que esta Superintendencia le trasladó copia del informe de inspección a dicho Organismo.

De igual forma y teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.

Ahora bien, el hecho de que con posterioridad la Superintendencia de Sociedades (en diciembre del año 2016) hubiese verificado la existencia de hechos objetivos que dieron cuenta de la realización de operaciones de captación de dineros del público por parte de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en modo alguno significa que la SFC haya sido omisiva en el cumplimiento de sus funciones, porque, la información que esta Entidad evaluó corresponde a la recabada y entregada respecto de un periodo de 17 meses de operación de la misma, esto teniendo en cuenta que el modelo de negocio empezó en mayo de 2012.

#### **7.1.2. Causales de exoneración de responsabilidad – Inexistencia de nexo causal entre la actuación de la SFC y el daño irrogado.**

En el evento en que el Despacho llegare a considerar acreditada la existencia de un daño en el presente caso, las pretensiones deberían ser igualmente negadas ya que el mismo no es imputable ni atribuible a la SFC, pues concurren en el caso causales que deben exonerar de responsabilidad al Estado pues rompen el juicio de imputación fáctica y jurídica.

##### **7.1.2.1. Hecho de un tercero**

En el evento en que la demandante lograra probar a lo largo del presente proceso la existencia de un eventual perjuicio en virtud de la entrega de dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o llegare a demostrar que las pérdidas que aduce haber sufrido devienen de la existencia y funcionamiento de esa sociedad, ese hecho **NO PUEDE SER ATRIBUIBLE A LA SFC**, pues claramente la causa del daño estaría afincada en la acción propiamente dicha de esa sociedad, con la que la aquí demandante entabló un negocio jurídico, siendo así responsabilidad de los representantes legales y/o administradores de esa persona jurídica las actuaciones que confluyeron en la pérdida de los recursos depositados, acciones que son completamente ajenas a mi representada.

En ese sentido, cuando en los hechos de la demanda se afirma que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. dejó de pagar las amortizaciones que mes a mes venía realizando a la demandante, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de la cartera, además de asuntos y menesteres internos de las cooperativas originadoras de las obligaciones adquiridas por la actora, debe indicarse que, respecto de estos hechos, ningún vínculo o relación causal tiene la SFC. Las mismas afirmaciones de la accionante denotan que fue el hecho del tercero con quien se había establecido el vínculo contractual, el que provocó la cesación de pagos que afectó el patrimonio de la reclamante.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Bajo ese entendimiento, de comprobarse que pudo haberse producido un daño, el mismo tendrá que ser objeto de litigio directamente entre las partes contratantes en desarrollo del negocio particular e individual que fue celebrado, ello, mediante el ejercicio de las acciones judiciales estatuidas por el legislador para tales fines, entre ellas, las de competencia de la jurisdicción ordinaria, e incluso a través del proceso penal respectivo, en el que cabe la reparación de los perjuicios irrogados con ocasión del injusto que llegaré a acreditarse más allá de toda duda razonable.

No puede perderse de vista que aun cuando se quiera imputar responsabilidad a la Administración y se pretenda de ella el pago de los recursos que de forma libre y autónoma se invirtieron en la sociedad hoy intervenida, el punto central de la discusión que aquí se plantea, es que el presente asunto versa sobre la celebración de un contrato entre particulares, del cual la SFC no fue parte, ni dio su consentimiento o aval, razón por la que mal podría pretenderse que el cumplimiento de las prestaciones a las que se comprometió cada uno de los obligados recaiga en esta autoridad de supervisión, y no en el tercero que se obligó jurídicamente con la demandante, esto es, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Así las cosas, resulta evidente que en el caso puesto a consideración del Despacho la atribución material del hecho dañoso, constituida como un fenómeno estrictamente naturalístico, se relaciona directamente con la acción del particular y no con la del Estado, siendo así que la responsabilidad solo puede endilgarse a la referida sociedad.

Por lo tanto, con fundamento en los hechos y pruebas vertidas dentro del proceso, para esta Superintendencia es claro que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. estructuró un modelo de negocio partiendo de una operación legal, como lo es la compra venta de “pagarés-libranzas”, atrayendo a particulares inversores al mismo con falsas promesas de rendimientos elevados, aun cuando podían establecer que los flujos recibidos resultaban insuficientes para garantizar el pago de lo prometido y que los títulos valores ofrecidos presentaban inconsistencias.

### 7.1.2.2. Culpa exclusiva de la víctima.

Sea lo primero señalar que la demandante tiene los conocimientos que dan las máximas de la experiencia y que con base en ellos tomó de forma libre, autónoma y consciente una decisión de inversión que por sus características tenía un riesgo inherente, del cual no puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por su resultado, **pues la función de supervisión a cargo de esta Superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida**, ello, tratándose aún de entidades vigiladas.

Cabe señalar, con base en las conclusiones contenidas en el Informe de Inspección analizado a lo largo de este escrito, que al parecer lo que ocurrió con la aquí accionante 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, y el cual se materializó en la compra de una cartera, que se generó en el alea de una posible rentabilidad atada al recaudo de unos recursos que se lograría en un periodo de tiempo determinado. Por ende, no se puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por el resultado de un negocio determinado por la autonomía de la voluntad de las partes, menos aun cuando el resultado del



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

mismo dependía o estaba íntimamente ligado a los riesgos propios de los negocios realizados, y que la demandante consintió asumir libre y voluntariamente.

En ese sentido, debe auscultarse con especial énfasis el hecho que la accionante, según se infiere del libelo, obró en todo momento de manera libre, consciente y voluntaria al momento de entregar sus dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ello bajo el principio de la autonomía de la voluntad, que conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, en función del cual se les reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios. Razón por la cual no es dable asumir que el Estado deba tener responsabilidad por los perjuicios que los particulares sufran como resultado de su propia iniciativa.

Y es que proceder en un sentido contrario a éste, supone un riesgo evidente, que no es otro que el de llevar a concluir que cada que un inversionista, en un negocio de riesgo, pierda, el Estado habrá de responder por su dinero. Lo cual conllevaría a unas consecuencias contraproducentes, pues se daría cabida a la idea que las personas realicen toda clase de inversiones riesgosas, pues en el evento de fracasar el Estado responderá por ellas. Un argumento en esa dirección es que al Estado no pueden socializársele solo las pérdidas, cuando las ganancias son privatizadas en los sujetos contratantes. Por lo que mal podrían instrumentalizarse las funciones de inspección, vigilancia y control, para sostener un modelo en el que las utilidades son individualizadas en unos pocos, mientras las pérdidas son compartidas entre todo el conglomerado social.

De otro lado, es importante considerar que la presunta relación contractual entre la demandante y OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., se trata de un negocio privado sin intervención alguna de la SFC, en el cual el interesado asevera haber realizado una “inversión” de dinero, tipo de negocio 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. 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.

Respecto de lo anterior, se debe señalar que:

*“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.”<sup>16</sup>*

---

<sup>16</sup> Definición ABC: <http://www.definicionabc.com/economia/inversiones>.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En otras palabras, está el demandante obligado a actuar con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como a proceder con la diligencia debida y el cuidado que se espera frente a esta clase de operaciones comerciales. Esa diligencia lo hubiese llevado, al menos, a interrogarse e indagar sobre algunas cuestiones esenciales de la cartera que estaba adquiriendo, tales como el origen de los pagarés libranza, lo que le habría llevado a verificar si dichos títulos existían en las cooperativas originadoras que celebraban negocios con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la sociedad contratada para la custodia de los mismos.

Nótese que aun cuando el actor reprocha al Estado por un presunto actuar negligente, el dicho no ofrece prueba de ninguna clase, pasa por alto señalar que nunca acreditó haber verificado o realizado alguna investigación sobre el efectivo pago de los deudores de las obligaciones contenidas en los títulos valores que estaba adquiriendo. Tampoco hizo nada por establecer de qué tipo de cartera se trataba, si la misma estaba siniestrada, o los títulos valores presentaban inconsistencias, duplicidades, si la información que le brindaba vía correo electrónico sobre montos y plazos de los pagarés era verídica o fidedigna.

Por el contrario, simplemente existen una serie de manifestaciones que dejan ver que el demandante se limitó a recibir información, sin comprobarla, y acto seguido a suscribir documentos sin un soporte válido, amparándose únicamente en la “*confianza*” que le brindaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Debe plantearse, entonces, la existencia manifiesta de una desidia del demandante en los términos a los que hemos hecho referencia, como causa determinante del posible perjuicio irrogado, por lo que la apreciación del daño, en caso de existir éste, deberá estar sujeta a la valoración de la conducta de quien se expuso a él imprudentemente.

En definitiva, en el presente caso consideramos están dados los elementos de tipo normativo que hacen improcedente la imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico, pues nos encontramos ante una actuación del accionante que evidencia imprudencia y la aceptación de riesgos o aleas propias del negocio jurídico que celebraron, lo cual tendría que excluir la responsabilidad de la Administración por el hecho o la culpa exclusiva de la víctima.

### **7.2. Intervención 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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, el cual fue ordenado por la SS mediante Auto 400-005087 del 13 de abril de 2018, a través del que se decretó la toma de posesión como medida de intervención de OPTIMAL LIBRANZAS 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 el demandante que a través del medio de control de reparación directa le sean restituidos como pretensión el valor de los dineros entregados a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., conllevaría al cobro de lo no debido e incluso de un enriquecimiento sin causa, por cuanto al restituirse al actor dentro del proceso de intervención de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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.

### 8. PETICIÓN

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho que han sido expuestas en el presente escrito de contestación, respetuosamente solicito a su señoría:

En forma principal:

1. Que de **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.
2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

En forma subsidiaria:

1. Se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones de mérito o de fondo denominadas: **ACTUACIÓN DILIGENTE Y CONFORME AL MARCO DE SUS COMPETENCIAS POR PARTE DE LA SFC RESPECTO DE OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.; CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD – INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN DE LA SFC Y EL DAÑO IRROGADO (HECHO DE UN TERCERO – CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA); INTERVENCIÓN COMO ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONOMICO COMO LA QUE SE PRETENDE**.
2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

En cualquier 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 incorporadas como fundamento del presente acápite de objeción, todas las razones y manifestaciones en torno a la INEXISTENCIA DEL DAÑO Y SU ANTIJURIDICIDAD.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

### **10. RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DEMANDANTE.**

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:

#### **10.1. Remisión de expedientes:**

En el acápite titulado “*REMISIÓN DE EXPEDIENTE*” del escrito de demanda, el demandante solicita que se “(...) ordene a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA Y FINANCIERA, que allegue el expediente que se produjo con ocasión de las investigaciones que realizaron a la Empresa OPTIMAL LIBRANZAS S.A (...), con anterioridad a junio del año 2016 y los resultados de las visitas de los años 2014-2015-, 2016 y 2017, incluyendo:

*Los registros de todas las visitas realizadas por parte de la Superintendencia de Sociedades a la OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, con NIT N° 900.496.573-1, entre los años 2014-2015, 2016 y 2017.*

*1.2. Qué tipo de actuaciones se realizaron en dichas visitas.*

*1.3. Las denuncias administrativas en contra de la Empresa OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, con NIT N° 900.496.573-1, que hayan sido instauradas para los años 2014, 2015, 2016 y 2017.*

*1.4. Los resultados de las investigaciones que se hayan adoptado con ocasión de tales denuncias.*

*1.5. Los actos proferidos con ocasión de toda visita realizada por parte de las SUPERINTENDENCIAS respecto de la Empresa OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, con NIT N° 900.496.573-1.*

*1.6. Actas, decisiones o conceptos relacionados con las visitas que hubiere realizado las SUPERINTENDENCIAS en comento a la Empresa OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, con NIT N° 900.496.573-1”*

En relación con dicha solicitud, es de mencionar que con la presente contestación se adjunta el Informe de Inspección de la visita realizada por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A. que contiene los antecedentes y conclusiones de la misma, así como copia de las quejas y/o solicitudes de



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

investigación recibidas en esta Superintendencia respecto de la referida sociedad, con su respectiva respuesta, que corresponde a la decisión final adoptada frente a cada queja, dentro de las que se refiere el traslado a la Superintendencia de Sociedades, como entidad encargada de la vigilancia por lo que la prueba solicitada resulta, por sustracción de materia, innecesaria.

### 10.2. Informe juramentado.

En el numeral 1 del acápite “*INFORME JURAMENTADO*”, la demandante solicita “(...) ordenar al representante legal de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o quien haga sus veces, que rinda un informe juramentado en relación con las actuaciones administrativas que se surgieron con antelación a julio de 2016”.

Al respecto, es importante reiterar que conforme lo establece el artículo 168 del Código General de Proceso “*El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles*”.

En el caso que nos ocupa, el informe sobre las actuaciones adelantadas por la SFC respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., fueron relatadas a lo largo del presente escrito, además con la contestación de aporta copia del informe de la visita de inspección. Por ende, el informe juramentado que se solicita no solo resulta inútil para el proceso, en la medida en la que se limitaría a reiterar el contenido del mencionado informe, además de generar una carga y un desgaste adicional para la administración pública.

Por ello, **ME OPONGO** al decreto de dicho informe y pido al (a) señor (a) juez (a) rechazarlo, pues al ya existir unos documentos que contienen la misma información que se obtendría con su decreto y contar con un resumen detallado de la actuación y conclusiones, la prueba carecería de utilidad y se torna innecesaria para el proceso, pues en caso de decretarse, sería del todo superflua, reiterativa y redundante.

## 11. PRUEBAS.

Con el propósito de acreditar y respaldar los hechos y afirmaciones que se han expuesto a lo largo de la presente contestación, solicito que se decreten y valoren como pruebas, además de aquellas que oficiosamente disponga decretar y practicar el Despacho, las siguientes:

### 11.1. Documentales que se aportan.

Conforme al numeral 4 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la contestación de la demanda debe acompañarse todas las pruebas que la demandada pretenda hacer valer en el proceso, por lo que para el caso que nos incumbe se allegan:

1. Trámite No. 2013041076 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Alvaro Iván Rojas y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2. Trámite No. 2013041086 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Mauricio Santiago Jiménez y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
3. Copia del Oficio No. 2013058932-000 mediante el que se ordenó adelantar la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 9 y 17 de julio de 2013.
4. Copia del Oficio No. 2013058932-005 mediante el que se ordenó realizar visita de actualización a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 2 y 6 de diciembre de 2013.
5. Informe de Inspección de fecha 15 de julio de 2013 que contiene los resultados de las dos visitas practicadas a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.
6. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Economía Solidaria remitido través del oficio No. 2013058932-009 del 27 de febrero de 2014.
7. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Sociedades remitido través del oficio No. 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014.
8. Informe de Inspección No. 2013064058-008 de la visita practicada a ESTRAREGIA PATRIMONIAL S.A.S.
9. Informe de Inspección No. 2013064063-003 de la visita practicada a COOPDOMUS LTDA.
10. Informe de Inspección No. 2013064064-003 de la visita practicada a COOMUTUAL.
11. Informe de Inspección No. 2013081431-014 de la visita practicada a COOCREDIMED.
12. Informe de Inspección No. 2013081463-009 de de la visita practicada a COOINVERCOR.
13. Informe de Inspección No. 2013081468-007 de la visita practicada a LIBRANZAS GROUP S.A.S.
14. Trámite No. 2016112058 mediante el que se atendió la petición presentada por el Dr. Diego Vega en representación de Rubén Darío Maldonado Benitez, Carlos Humberto Garzón y Diana Patricia Maldonado Rincon, en la que solicitó se promoviera la intervención y toma de posesión por captación de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
15. Copia del requerimiento y orden de inspección de la Fiscalía General de la Nación junto con las respectivas respuestas.
16. Trámite No. 2018019222 mediante el que se atendió la petición presentada por la señora Luisa Fernanda Daza Manrique.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Para que obren como pruebas en el proceso adjuntamos copia de la documentación en comento, **trasladándole la reserva sobre dichos documentos al Despacho Judicial, por cuanto al tratarse de una actuación administrativa, contiene información clasificada y/o reservada.**

### 11.2. Pruebas que se solicitan.

#### 11.2.1. Interrogatorio de parte.

En los términos del artículo 184 y siguientes del Código General del Proceso y demás normas concordantes, comedidamente solicito se fije hora y fecha, para **INTERROGAR** bajo la gravedad de juramento a la demandante en este proceso, BERTHA YANETH PRADA OCHOA, lo cual haré de forma oral o escrita, en relación con los hechos materia del medio de control de Reparación Directa, persona que será citada a través de su apoderado judicial en los términos autorizados por el artículo 78 del CGP.

## 12. NOTIFICACIONES

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4 - 49 Segundo Piso, Zona C, Oficinas del Grupo Contencioso Administrativo Dos, en Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico: [notificaciones\\_ingreso@superfinanciera.gov.co](mailto:notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co). El suscrito las recibe en la dirección de correo electrónico: [albustamante@superfinanciera.gov.co](mailto:albustamante@superfinanciera.gov.co) también puedo ser contactado en la línea celular 3002843775

Cordialmente,



T.P. 310 494 del C.S.J

C.C. 1.096.209.421 de Barrancabermeja

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ**

70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

Elaboró:

ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ

Revisó y aprobó:

ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ



# SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020267034-007-000

Fecha: 2021-04-06 15:26 Sec.día 3407

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 317-317 MEMORANDO GENÉRICO

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM189783-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Señores

## JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Dr. Alejandro Bonilla Aldana – Juez

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020267034-007-000  
Trámite : 132 DEMANDAS  
Actividad : 317 317 MEMORANDO GENÉRICO  
Anexos :

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicado:** 11001-33-43-060-2020-00049-00  
**Demandante:** BERTHA YANETH PRADA OCHOA  
**Demandados:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO  
**Asunto:** ESCRITO EXCEPCIONES PREVIAS  
**Radicado Interno SFC:** 2020267034

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTÍNEZ**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.096.209.421 de Barrancabermeja, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 310.494, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante, la SFC)**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito presentar las **EXCEPCIONES PREVIAS** relativas al proceso de la referencia, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, concordante con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, para lo cual proceso en los siguientes términos:

### 1. EXCEPCIONES PREVIAS.

#### 1.1. 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 (...).”*



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 (...).** (Negrilla fuera del 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.”

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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.). De aceptarse en gracia de discusión que la SFC omitió el cumplimiento de sus funciones, el momento en que cesó la presunta omisión corresponde a la fecha en que culminó la actuación administrativa adelantada por esta Entidad respecto de la mencionada sociedad y se remitió a la Superintendencia de la Economía Solidaria y Superintendencia de Sociedades las circunstancias evidenciadas en las visitas., traslados que se surtieron el 27 de febrero de 2014, mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010, respectivamente,

Al respecto, tenemos que es desde esa 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 28 de febrero de 2016, momento para el 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 diciembre de 2019, ante la Procuraduría 129 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.

Consideramos oportuno indicar que **para el caso particular se debe establecer la ocurrencia del fenómeno de la caducidad respecto de cada una de las entidades demandadas, de forma separada, pues las actuaciones adelantadas por la SFC y la SS son independientes y se desarrollaron con fundamento en facultades legales distintas.** Sobre el particular, y como se explicó con suficiencia en la contestación de la demanda, las visitas realizadas por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se adelantaron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presume, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora.

### **1.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva de la SFC**



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En el presente asunto la demandante aduce que la SFC fue omisiva en el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del funcionamiento de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., así como de las operaciones que realizaba dicha sociedad.

En ese sentido, como quiera que la redacción de los fundamentos de hecho y derecho del libelo demandatorio no son claros respecto de si la presunta omisión que se imputa a esta Entidad corresponde al cumplimiento de las atribuciones contenidas en el Decreto 2555 de 2010, Decreto 4334 de 2008 o en la Ley 1527 de 2012, abordaremos este punto desde cada uno de los supuestos normativos precitados.

### **1.2.1. En relación con el Decreto 2555 de 2010.**

Debe llamarse preliminarmente la atención en el hecho que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., 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 1° 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 y el artículo 11.2.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010.

Adicionalmente, debe indicarse que 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 tienen que 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.

### **1.2.2. En relación con los artículos 108, 325 y 326 del EOSF, concordantes con el Decreto 4334 de 2008.**

Cabe señalar que, con el objetivo de evitar que personas no autorizadas ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas y en cumplimiento de las atribuciones establecidas en los artículos 108, el literal a), numeral 4, del artículo 325 y el artículo 326 del EOSF, concordantes con el Decreto 4334 de 2008 así como 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, la SFC entre el 9 y 17 de julio y el 2 y 6 de diciembre de 2013, adelantó visitas de inspección a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., las cuales se originaron con ocasión de dos correos electrónicos recibido el 6 de mayo de 2013, a los que se adjuntó copia de un folleto donde se invitaba a invertir en “pagarés-libranza” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide.

Por lo anterior y una vez analizada la información recabada en la visita se llegó a la conclusión que en las actividades desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., relativas a la compra y venta al descuento de “pagarés-libranzas” no se configuran los hechos objetivos o notorios, ni los supuestos de captación masiva de recursos del público.

### **1.2.3. En relación con la Ley 1527 de 2012.**

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



El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Es oportuno precisar que si bien la Ley 1527 de 2012 le otorgó a la SFC las funciones de inspección, vigilancia y control sobre algunas de las entidades operadoras de libranzas, vale la pena precisar que las únicas cooperativas vigiladas por esta Entidad son las cooperativas financieras, las cuales son autorizadas para captar recursos del público.

Ahora bien, debe señalarse que las cooperativas originadoras de los “pagarés-libranzas” en este caso fueron: COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, las cuales están bajo la vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

De igual manera la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en su modelo de negocio manifestó que para la compraventa de los “pagarés-libranza” tenía contratos suscritos con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.

De lo expuesto podemos concluir que la SFC no está legitimada en la causa por pasiva para ser demandada por omisión en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, puesto que:

- No tenía la obligación de ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., conforme a lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 y demás normas concordantes.
- Habiendo ejercido las funciones que le competían para evitar que personas no autorizadas ejercieran actividades exclusivas de las entidades vigiladas (literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF), no encontró que se configuraran los hechos objetivos o notorios ni los supuestos de captación masiva de recursos del público, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.
- Las cooperativas con las que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., adquiría las libranzas no se encontraban ni se encuentran sometidas al control y vigilancia de la SFC, debido a que no tienen la naturaleza de cooperativas financieras.

Así las cosas, queda clara la ausencia de conductas omisivas de la SFC en relación con los posibles perjuicios ocasionados a la aquí demandante, pues esta Entidad ejerció en su momento las actuaciones que le correspondían, sin encontrar en ellas los supuestos de captación en que luego incurrió la sociedad involucrada en el asunto.

**En cuanto a las excepciones aquí propuestas, estimamos oportuno informar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A – Magistrado Ponente: Juan Carlos Garzón Martínez, en auto del 03 de diciembre de 2020 emitido en el proceso con radicado No. 2018-0616, de Convento Santo Domingo contra la SFC y SS, relacionado con la comercializadora de libranzas Estraval, declaró expresamente probadas las excepciones previas de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la SFC.**



**En cuanto a la caducidad indicó que el término debe ser contado desde el momento en que la Superfinanciera efectuó el traslado por competencia a la Superintendencia de Sociedades de los informes de visita. Frente a la falta de legitimación, consideró que este ente de control no participó en los hechos que dieron lugar a la demanda y que no le correspondía la obligación de vigilancia de Estraval, como en el presente caso tampoco le correspondía la vigilancia de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., por lo que las omisiones que se imputaban en la demanda, no eran atribuibles a la SFC.**

**Similar determinación adoptó el magistrado Garzón Martínez en auto del 3 de diciembre de 2020, proferido en el proceso 2019-00078 de Federico Aristizábal Correa y Otros contra la SFC y SS, pues al resolver la excepción de caducidad propuesta por esta Entidad, indicó:**

***“(…) la actuación por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia culminó el 27 de marzo de 2014, fecha en la que envió la información a la Superintendencia de Sociedades, relacionada con la sociedad Estraval S.A, la cual no estaba bajo su vigilancia.***

***Por lo tanto, computando el término de caducidad únicamente frente a la Superintendencia Financiera, desde su última actuación esto es, 27 de marzo de 2014, la parte actora contaba en principio hasta el 28 de marzo de 2016, como fecha límite, para presentar acción contenciosa en ejercicio del medio de control de reparación directa.”***

## **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. Copia del Oficio No. 2013058932-000 mediante el que se ordenó adelantar la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 9 y 17 de julio de 2013.
2. Copia del Oficio No. 2013058932-005 mediante el que se ordenó realizar visita de actualización a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 2 y 6 de diciembre de 2013.
3. Informe de Inspección de fecha 15 de julio de 2013 que contiene los resultados de las dos visitas practicadas a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.
4. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Economía Solidaria remitido través del oficio No. 2013058932-009 del 27 de febrero de 2014.
5. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Sociedades remitido través del oficio No. 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014.
6. Informe de Inspección No. 2013064058-008 de la visita practicada a ESTRAREGIA PATRIMONIAL S.A.S.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

7. Informe de Inspección No. 2013064063-003 de la visita practicada a COOPDOMUS LTDA.
8. Informe de Inspección No. 2013064064-003 de la visita practicada a COOMUTUAL.
9. Informe de Inspección No. 2013081431-014 de la visita practicada a COOCREDIMED.
10. Informe de Inspección No. 2013081463-009de de la visita practicada a COOINVERCOR.
11. Informe de Inspección No. 2013081468-007 de la visita practicada a LIBRANZAS GROUP S.A.S.
12. Copia del auto del 3 de diciembre de 2020 proferido en el proceso 2018-00616.
13. Copia del auto del 3 de diciembre de 2020 proferido en el proces0 2019-00078.

Reiteramos al Despacho el traslado de la reserva sobre dichos documentos, por cuanto al tratarse de una actuación administrativa, contiene información clasificada y/o reservada.

### 3. PETICIÓN.

En atención a lo manifestado, respetuosamente solicito al Despacho:

- 3.1. Que se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.
- 3.2. Como consecuencia de lo anterior, se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declare la terminación del proceso.
- 3.3. Se **CONDENE** en costas y agencias en derecho a la parte demandante

### 4. NOTIFICACIONES

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4 - 49 Segundo Piso, Zona C, Oficinas del Grupo Contencioso Administrativo Dos, en Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico: [notificaciones\\_ingreso@superfinanciera.gov.co](mailto:notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co). El suscrito las recibe en la dirección de correo electrónico: [albustamante@superfinanciera.gov.co](mailto:albustamante@superfinanciera.gov.co), también puedo ser contactado en la línea celular 3002843775.

Cordialmente,

*Alexander Bustamante M*

T.P. 310 494 del C.S.J  
C.C. 1.096.209.421 de Barrancabermeja

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



El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda

**SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ**

70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

*Elaboró:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*

*Revisó y aprobó:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*





Al contestar cite el No. 2021-01-400829



Tipo: Salida Fecha: 11/06/2021 03:30:16 PM
Trámite: 9002 - CONTESTACION DEMANDA
Sociedad: 900496573 - OPTIMAL LIBRANZAS S Exp. 76809
Remitente: 221 - GRUPO DE DEFENSA JUDICIAL
Destino: - Juzgado 60 Administrativo Seccion Tercera - Bogota -
Folios: 12 Anexos: SI
Tipo Documental: OFICIO Consecutivo: 221-079383

Señor
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN TERCERA
0
E. S. D.

Referencia.: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.
Demandante: BERTHA YANETH PRADA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y OTROS.
Radicación. No: 110013343060-2020-00049-00

NELSON ALBERTO QUINTERO BARBOSA, actuado como apoderado de la Superintendencia de Sociedades, tal como consta en poder adjunto, por lo que comedidamente solicito el reconocimiento de personería, e identificado con la cédula de ciudadanía No 19.455.782 de Bogotá, y TP 83.422 del CSJ, procedo a contestar la presente demanda, 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:

Table with 2 columns: Description and Date. Rows include: Auto que admite reforma (20/05/2021), Notificación por estado (20/05/2021), Término para contestar reforma (11/06/2021)

II. 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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en toma de posesión como medida de intervención.

En el año 2013, debido a diferentes quejas trasladadas a esta Entidad mediante radicados Nos. 2013-01-207741 y 2013-01-209902 por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta Superintendencia procedió1 a realizar las gestiones tendientes a verificar la veracidad de tales quejas y se dispuso realizar una primera diligencia de toma de información a la Sociedad.

1 Credenciales 420-00232 del 2 de julio de 2013 y 306-00271 del 3 de agosto de 2016



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





No obstante, al dirigirse los funcionarios comisionados a las instalaciones de la Sociedad, encontraron que la Superintendencia Financiera de Colombia adelantaba también una toma de información derivada de las mismas denuncias, razón por la cual se decidió solicitar el informe de la visita adelantada por la misma.

Con base en lo anterior, mediante radicaciones Nos. 2014-01-096526 y 2014-01-113129 del 27 de febrero y 10 de marzo de 2014, la Superintendencia Financiera de Colombia remitió el informe de la visita de inspección realizada por esa Entidad a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., dentro del cual, entre otros aspectos, se estableció que las entidades originadoras que figuraban como proveedoras de cartera de la Sociedad, dentro de las cuales se encontraban las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL SAS y LIBRANZAS GROUP S.A.S., realizaron una cesión de derechos a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., mediante un documento denominado “*Cesión de Contratos de Compraventa*” cuya finalidad era que la sociedad adquiriera directamente de las cooperativas los “pagarés - libranza” y los flujos que estos generaran.

A mediados del año 2016 y en el transcurso del año 2017, clientes compradores de cartera de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., empiezan a radicar solicitudes de información y quejas sobre esta compañía, procediendo la Superintendencia de Sociedades a realizarle una nueva diligencia de toma de información.

Del análisis de la operación de la Sociedad<sup>2</sup>, así como de las diferentes quejas presentadas por los compradores de cartera ante la entidad, y de las verificaciones realizadas con las pagadurías respecto a algunos de los créditos que hacían parte de la cartera comercializada, logró evidenciarse que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., actuando como intermediaria entre las entidades operadoras de libranza originadoras de esa cartera y sus clientes, recibió masivamente recursos de terceros por la venta de una cartera materializada en pagarés-libranza que resultó ser inexistente en algunos casos, y que no fue inscrita ante la entidad pagadora respectiva para su descuento como fue reportado a la entidad, encontrándose así incurso en hechos objetivos de captación o recaudo de dinero del público no autorizado a la luz de lo establecido en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008.

Atendiendo a lo anterior, la entidad ordenó a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva, y posteriormente adopta la medida de toma de posesión como medida de intervención, de los bienes, haberes y patrimonio de la sociedad<sup>3</sup>.

### III 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 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

<sup>2</sup> Resolución No. 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Adopta medida de Intervención Administrativa

<sup>3</sup> Auto No. 400-005087 del 13 de abril de 2018 Ordena Toma de Posesión

solicito se tenga como respuesta los argumentos de contestación pronunciado por la Superintendencia de Sociedades.

**Al 2º. No me consta**, son aspectos personales adelantados por cada uno de los demandantes en forma voluntaria y libre de apremio (no se demuestra lo contrario), y sin participación directa o indirecta de la Superintendencia de Sociedades.

Y menos me consta la información suministrada por los asesores de tan renombrada sociedad.

**Al 3º. No me consta**, por lo que me atengo a lo que se pruebe en el proceso. Pero además, los intereses que se dice ofrecidos no podían ser superiores a los certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

**Al 4º. No me consta**, por lo que me atengo al tenor literal a lo que sobre el tema certifique la Superintendencia Financiera.

**Al 5º.** Como parte del hecho debe ser contestado por otra Entidad, no me pronunciaré sobre lo que a la Financiera corresponda.

En cuanto refiere a la Superintendencia de Sociedades, a las apreciaciones subjetivas se responde.

**No es cierto** que mi defendida haya conocido la operación ejecutada por OPTIMAL, pues entregaban información distinta en las tomas de información realizadas, o lo que es igual, distrayendo la real.

Tan cierto es lo precedente, que en la Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017, en el acápite DÉCIMO PRIMERO (“Análisis Jurídico de las conductas”) de manera clara se estableció que la sociedad se encontraba en el centro de la actividad no autorizada de captación, es decir, ostentaba la calidad de “captador” o “estructurador”. De esta manera, dicho acto administrativo estableció:

***“[Optimal Libranzas S.A.S] actuando como intermediaria entre las entidades operadoras de libranza originadoras de esa cartera y sus clientes, recibió masivamente recursos de terceros por la venta de una cartera materializada en pagarés-libranza que resultó ser inexistente en los casos descritos, y que no fue inscrita ante la entidad pagadora respectiva para su descuento, como fue reportado a esta Entidad. Además, se comprobó que a pesar de ello, en tales operaciones la sociedad trasladó flujos mensuales a sus compradores, sin que se hubieran realizado descuentos a los supuestos deudores de dicha cartera por parte de la Entidad Pagadora que justificaran financieramente tales traslados de recursos.” (Subrayado y negrilla del texto original).***

De otro lado, y para conocimiento de la demandante se le indica:



i. El artículo 23 de la Constitución Política de Colombia establece que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

ii. Por su parte el inciso primero del artículo 15 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, establece que las peticiones podrán presentarse verbalmente (quedando constancia de la misma), o por escrito, u otro medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos.

A su turno, el parágrafo 3° de la norma en mención señala que: *"Cuando la petición se presente verbalmente ella deberá efectuarse en la oficina o dependencia que cada entidad defina para ese efecto"*.

iii Siguiendo la Sentencia C-951 de 2011, la Corte Constitucional advirtió que el ordenamiento constitucional colombiano ampara las expresiones verbales del derecho de petición y no otorga trato diferente al de las solicitudes escritas, máxime cuando el ejercicio del derecho en comento, independiente a la forma como se practique, promueve el acceso de la ciudadanía a los servicios ofrecidos por el Estado, de manera que el requisito de la presentación por escrito no debe ser obstáculo para el ejercicio de los derechos individuales y, de la misma manera, afectar la celeridad de los trámites administrativos.

En el presente caso no demuestra la demandante haber realizado diligencia alguna ante la Superintendencia de Sociedades, lo que hace concluir que se trata de simples especulaciones para sustentar el hecho en su integridad, lo que en otros términos significa tratar de exculparse de su incuria.

**Ahora bien, no puede perderse de vista que el negocio de compraventa de pagarés libranzas está regulado por la Ley 1527 de 2012, siendo diferente que subrepticamente se haya incumplido la misma en el desarrollo del negocio, al punto de llegar a la captación ilegal de dinero del público, por lo que el daño que se dice sufrido no es consecuencia de una acción u omisión de la entidad que represento, sino de un tercero.**

**Es decir, la Superintendencia de Sociedades no tenía conocimiento del negocio oculto que realizaba OPTIMAL.**

Por último me atengo a lo que se indique en los informes de las visitas realizadas por la Superintendencia de Sociedades y a las evidencias que se encontraron en ese momento.

**Al 6º.** Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no haré referencia sobre el particular

**Al 7º. No me consta,** sin embargo vuelvo y repito, no existe prueba alguna en la Superintendencia de Sociedades que la demandante se haya tomado el trabajo de hacer alguna averiguación ante mi representada, lo que se corrobora al decirse en el hecho que se utilizó por la demandante *medios informáticos*.



**Al 8º.** Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no haré referencia sobre el particular.

**Al 9º. No me consta** sobre la indagación que la demandante haya realizado ante la Cámara de Comercio. No obstante me atengo expresamente a lo que indique el certificado expedido por dicha entidad sobre el objeto social de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., y por cuanto tal como es posible predicar de la demandante, la Superintendencia de Sociedades es una tercera respecto al señalado documento.

Igualmente me atengo al tenor literal de lo señalado en la Resolución 2017-01-653242 del 22/12/2017 (300-005082) sobre el particular, y con la cual se *adopta una medida de intervención administrativa respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS*

**Al 10º.** Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no haré referencia sobre el particular.

**Al 11º. Es cierto.**

**Al 12º.** Siguiendo los hechos precedentes en cuanto refieren a la Superfinanciera, este hecho debe ser respondido por otra Entidad, por lo que no haré referencia sobre el particular.

**Al 13º.** Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no haré referencia sobre el particular.

**Al 14º. A partir que Superintendencia de Sociedades en los 2016 y 2017 recibido una serie de quejas por parte de clientes compradores de cartera a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS, quienes denunciaron incumplimientos con relación al pago de los flujos mensuales pactados mediante “Contratos de Compraventa de Cartera” suscritos con la Sociedad incluso desde los meses de mayo, junio y julio de 2016 en los distintos casos.**

**Al 15º.** Por ser un hecho que debe ser respondido por otra Entidad, no haré referencia sobre el particular.

**Al 16º total. No me consta,** no se allegó prueba.

**Al 17º Total. No me consta,** me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.

**Al 18º. No me consta,** me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso

**Del 21º al 25º: No me consta,** me atengo a las pruebas que se allegaron con la contestación de la demanda.

Sin embargo debo aclarar que la actividad de reconocimiento en estos procesos se despliega por la persona auxiliar de la justicia.



**Al 27º. Es cierto**

**Al 29º. No me consta**, me atengo a las pruebas que se allegaron con la contestación de la demanda.

**Al 30º. Es cierto**

**Al 31º. Tratando de entender la redacción del hecho**, me remito a la respuesta dada al hecho 5º

**Al 37º.** Por ser una norma legal, me atengo al tenor literal de la misma.

**Al 43º. Es cierto**, lo que es indicativo del cumplimiento de la ley por parte de la Superintendencia de Sociedades, tal como lo ordena el artículo 6º Superior en concordancia con el 121 ídem. De otro lado, me atengo al tenor literal del correspondiente acto administrativo, el cual fue proferido por el Delegado de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades.

**Al 45º.** Por ser una norma legal, me atengo al tenor literal de la misma.

**Al 47º. A la apreciación subjetiva** se le debe decir a la demandante que **no es cierto**, como se indicó al comienzo del presente escrito, las primeras investigaciones iniciaron en el año 2014 por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia donde no se encontró anormalidad en el funcionamiento de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Posteriormente a mediados del año 2016, cuando se inician las quejas de falta de pago de los inversionistas de aquella ante la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Financiera de Colombia, se inician investigaciones administrativas muy meticulosas, enfocadas a establecer como es el negocio jurídico que ofrecía la empresa y como efectivamente se estaba ejecutando, es por ello que al encontrar irregularidades se somete a intervención administrativa, se ordena la suspensión inmediata de las actividades de captación de dinero y finalmente, al encontrar pruebas contundentes sobre la existencia de captación no autorizada, procede a ordenar la toma de posesión como medida de intervención.

**Del 52º al 55.** Por ser hechos que debe ser respondido por otra Entidad, no haré referencia sobre el particular.

#### **IV. OTROS ARGUMENTOS DE DEFENSA**

##### **1) ARGUMENTA LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

1.1. La Supervisión ejercida sobre la sociedad se encontraba circunscrita a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica, por tanto, la entidad no es responsable de la supervisión del objeto social o de la actividad desarrollada por OPTIMAL, ya que ello desbordaría sus competencias y no contaría con soporte legal para llevar a cabo tales atribuciones;



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

1.3. Tal como lo establece el Decreto 4334 de 2008, el procedimiento de intervención por captación ilegal tiene una naturaleza 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;

1.4. Cuando un inversionista realizaba operación de compraventa de créditos otorgados bajo la modalidad de libranza con OPTIMAL, era plenamente consciente que se trataba de operaciones de alto riesgo, asumidas libre y deliberadamente por el comprador, cuya responsabilidad no se puede desplazar hacia el Estado;

1.5. La demandante no actuó con la debida diligencia, prudencia y sensatez que el negocio requería, transgrediendo las cargas contractuales que le corresponde como la sagacidad, conocimiento, legalidad y claridad y, por ello, junto con OPTIMAL fueron los causantes del daño; y

1.6. La demandante se hizo parte dentro del proceso de liquidación judicial como medida de intervención, y dicho procedimiento aún se encuentra en trámite, lo que evidencia una intención de doble reconocimiento.

## **2. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR OMISIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES**

Siguiendo sentencias del Consejo de Estado:

Radicación No. 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789). C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Sentencia de 8 de marzo de 2007. Radicación No. 25000-23-26-000-2000- 02359-01(27434). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Para atribuir responsabilidad al Estado por omisión consistente en el incumplimiento de un deber legal se debe establecer i) que existía la obligación y que la misma no fue cumplida satisfactoriamente y ii) que la omisión fue la causa del daño, es decir, que de no haberse incurrido en la omisión de cumplimiento de obligaciones atribuidas por el ordenamiento jurídico no se hubiese materializado el daño.

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, posteriormente, reiteró que “... *el daño antijurídico puede ser ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en el incumplimiento de una obligación legal. Así, ‘el análisis*



del caso debe hacerse bajo el régimen de la falla del servicio, toda vez que según la jurisprudencia de esta Corporación en los casos en que se analiza la responsabilidad como consecuencia de la producción de daños, por omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, es necesario confrontar el deber funcional con el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto” Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21768. C.P. Olga Melida Valle De De la Hoz y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de octubre de 2014. Radicación No. 25000-23- 26-000-1998-01906-01(27136) C.P.: Olga Melida Valle De De la Hoz

De lo expuesto, es claro que la falla atribuida a la Administración proviene del supuesto incumplimiento de una obligación legal, como en este caso, en el que se alega que la Superintendencia de Sociedades no cumplió en debida forma con las facultades legales de inspección, vigilancia y control de la sociedad OPTIMAL SAS., y como consecuencia, la demandante sufrió unos perjuicios con ocasión de la celebración de un contrato de compraventa de cartera de persona natural con esta sociedad, desconociendo que estaba sometida a *control* de la entidad.

### 3. HECHOS DEMOSTRADOS CON LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL PROCESO

✓ La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, actuando de manera oficiosa, llevó a cabo diligencias de toma de información a la sociedad OPTIMAL SAS, actividad administrativa que conllevó a dictar la Resolución 2017-01-653242 del 22/12/2017 (300-005082), con la cual se adopta una medida de intervención administrativa respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS.

✓ En desarrollo de su objeto social, se pudo establecer que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS, concentró su operación en comprar con descuento y posteriormente vender a sus clientes cartera instrumentalizada en pagarés – libranza suscritos por deudores adscritos a pagadurías estatales y privadas. La Sociedad realizó contratos de compraventa con diferentes entidades operadoras de libranza, originadoras de la cartera, o intermediarios tales como la corporación CORPOSER, quienes endosaron los títulos a favor de OPTIMAL LIBRANZAS SAS, en propiedad y con responsabilidad cambiaria. Posteriormente, esta sociedad los comercializó a sus clientes compradores, con la particularidad que el endoso se realizó sin responsabilidad cambiaria<sup>4</sup>.

✓ Que habiéndose solicitado en dos (2) oportunidades el proceso de reorganización (la representante legal de la sociedad y una acreedora), se negó la misma;

✓ La Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 es clara en establecer que en consideración a las facultades dadas a la Superintendencia por el Decreto 4334 de 2008, las cuales se limitan a la comprobación de la existencia de hechos objetivos o notorios de una actividad ilegal, la misma no era competente para efectuar juicios de responsabilidad y, en consecuencia, las alegadas causas eficientes, la buena fe y a la ausencia de

<sup>4</sup> Radicación No. 2016 – 01 - 428724



responsabilidad de la Sociedad son ajenas al procedimiento de intervención establecido en la citada norma;

(...)

✓ La entidad demandada igualmente debió inhibirse de decretar la intervención de la sociedad Optimal Libranzas SAS, tal y como lo hizo en su momento mediante el Auto Inhibitorio No. 400-0005237 de 9 de abril de 2014, proferido por la entonces Superintendente Delegada para Procedimientos de Insolvencia de esta Entidad, e indicó que en dicha actuación adelantada se advirtió que de aparecer nuevas pruebas o elementos que permitan a este Despacho inferir la realización de actividades que regula el decreto 4334 de 2008, se procedería a dar apertura al proceso de intervención y demás medidas pertinentes.

**Por lo anterior y teniendo en cuenta que esta Superintendencia recaudó elementos probatorios nuevos y determinó la existencia de hechos objetivos que indicaban la captación masiva del público no autorizada por parte de Optimal Libranzas SAS, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4334 de 2008, la Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 fue proferida de manera motivada y ajustada a la ley.**

4. En virtud del artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, lo que en el presente caso no es cierto, en la medida que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato que suscribió la demandante con la sociedad OPTIMAL SAS, no constituye fundamento de la responsabilidad estatal.

A partir de allí, entonces:

- I. El daño es el primer elemento que debe acreditarse para que pueda predicarse la responsabilidad, al respecto, se advierte que lo señalado en relación con el artículo 90 Superior, de manera que lo exigido en la norma no es solo la existencia de un daño, entendido éste como un menoscabo, afectación o lesión de un bien, sino que además se requiere que éste sea antijurídico, es decir, aquel que no se tiene la obligación de padecer y que es contrario a derecho, que vulnera el ordenamiento jurídico y con ello lesiona los bienes e intereses jurídicamente protegidos.
- II. Según la demanda, la señora Bertha sufrió un daño antijurídico al invertir dinero en virtud de la celebración de un contrato de compraventa de cartera de persona natural, suscrito con la renombrada sociedad, teniendo en cuenta que, posteriormente, la Superintendencia de Sociedades le decretó la apertura de un proceso de intervención en voces del Decreto 4334/08, momento en el cual, la actora solo había alcanzado a recibir como retorno de inversión inferior a lo entregado.
- III. El propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico asigna a la Superintendencia de Sociedades (Ley 222 de 1995, art 83 y siguientes), no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su



actividad a las normas jurídicas que la gobiernan -constitucionales, legales y reglamentarias-, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente, en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judice pudiere consistir en hacerle asumir obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daños a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia.

Por tanto, la responsabilidad patrimonial del Estado en este tipo de casos, 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 la que condujo a la materialización del daño cuya reparación se deprecia; de manera que, en estos casos resulta necesario situar la responsabilidad bajo un esquema de responsabilidad subjetiva (falla en el servicio), por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales, puesto que la función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector.

Lo anterior para decir que, si se tiene en cuenta que cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados, son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado -el cual sólo desarrolla labores de supervisión-, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida OPTIMAL; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general, frente al Estado debe examinarse este eximente de responsabilidad.

Por el contrario, se encuentra que la Superintendencia acredita haber desplegado de manera diligente, prudente, cuidadosa, objetiva y suficientemente justificada sus labores de inspección, vigilancia y control, al demostrar un ejercicio razonado, ponderado, sustentado en hechos concretos y debidamente motivado de los márgenes de apreciación que el ordenamiento jurídico le confiere frente a este tipo de situaciones, por lo que no cabrá declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en consideración a que los daños sufridos por los clientes o usuarios de la sociedad OPTIMAL no resulta jurídicamente imputables a la entidad pública Superintendencia de Sociedades.

**Es decir, las funciones administrativas desarrolladas, no garantizan que el patrimonio de la inversionista no resultara afectado como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la actividad de intermediación financiera, puesto que el contenido obligacional que la ley le impone en esta materia, consiste en procurar la salvaguarda del cumplimiento de la ley mas no el éxito económico de la inversión, si se tiene en cuenta que, las obligaciones de la administración al ejercitar estas facultades son de medio y no de resultado.**

Se encuentra probado que solamente cuando la entidad demandada tuvo la oportunidad de realizar otra visita a OPTIMAL, las nuevas pruebas analizadas a las cuales se hizo, se pudo comprobar que aquella, en calidad de intermediaria entre las entidades

operadoras de libranzas y sus clientes, recibió masivamente recursos de terceros por la venta de cartera materializada en pagarés libranza que resultó ser inexistente en algunos casos y, en otros, no fue inscrita ante la entidad pagadora para su descuento.

Además se comprobó que a pesar de ello, en tales operaciones la sociedad trasladó flujos mensuales a sus compradores, sin que se hubieran realizado descuentos a los supuestos deudores de dicha cartera por parte de la Entidad Pagadora que justificaran financieramente tales traslados de recursos;

Por tanto, la Superintendencia de Sociedades no incurrió en una actuación deficiente, ineficaz, tardía o improvisada, por el contrario, adelantó las tomas de información para constatar la situación financiera, jurídica y contable de la sociedad, impartió instrucciones encaminadas a que se suspendieran de manera inmediata de las operaciones de captación masiva e ilegal de dineros del público en la que estaba sumida a la sociedad Optimal Libranzas S.A.S identificada con Nit. 900.496.573 y la remisión del acto administrativo No. 400-005087 del 13/04/2017 a la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia a efectos de examinar la viabilidad de adoptar otras medidas de las previstas en el artículo 7 del Decreto 4334 de 2008, como efectivamente aconteció.

Del análisis se tiene que lejos de evidenciarse que la Supersociedades hubiere obrado de manera negligente o displicente, el panorama descrito da cuenta que desplegó las atribuciones jurídicas a su alcance y adelantó múltiples actividades en ejercicio de sus facultades, que permiten concluir que no incurrió en falla alguna en la prestación del servicio a su cargo.

### **EXCEPCIONES**

Además de las señaladas en la contestación de la demandan, solicito, de conformidad con el artículo 187, inciso 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se declare aquella que aparezca probada en el curso del presente medio de control.

### **CONCLUSIÓN**

Por tanto, al no haber incurrido la Superintendencia de Sociedades en una omisión constitutiva de falla del servicio y generadora de los perjuicios ocasionados a la demandante, deben negarse las pretensiones de la demanda.

### **PRUEBAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

Solcito se tengan como tales las alegadas con la contestación de la demanda.

Asimismo se decrete el testimonio solicitado en aquella, y ante el evento en que se recepcione el mismo en otro proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 174 del CGP, se traslade a este, al cumplirse los presupuestos establecidos en la norma.

### **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:

**Personal institucional:** [NelsonQ@supersociedades.gov.co](mailto:NelsonQ@supersociedades.gov.co)  
Institucional [notificacionesjudiciales@supersociedades.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@supersociedades.gov.co)

### ANEXOS

- I. Poder para actuar
- II. Copia de la Resolución del presente año contentiva de la delegación de funciones de la Superintendencia de Sociedades, con la cual se asignan competencias al interior de la Entidad, en este caso para el otorgamiento de poderes a quien ejerce el cargo de Coordinador (a) del Grupo de Defensa Judicial de la Entidad.
- III. Certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Administración de Personal en la que se señala a la persona que actualmente está en ejercicio del Cargo, Dra. Consuelo Vega Merchán.
- IV. Copia de mi tarjeta profesional

Cordialmente,

**NELSON ALBERTO QUINTERO BARBOSA**  
Funcionario Grupo de Defensa Judicial

TRD: DEMANDAS

# SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020267034-015-000

Fecha: 2021-06-15 16:03 Sec.día 1931

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc.: 39-RESPUESTA FINAL E

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM193999-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Señores

## JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Dr. Alejandro Bonilla Aldana - Juez  
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co  
Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020267034-015-000  
Trámite : 132 DEMANDAS  
Actividad : 39 RESPUESTA FINAL E  
Anexos :

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicado:** 11001-33-43-060-2020-00049-00  
**Demandante:** BERTHA YANETH PRADA OCHOA  
**Demandados:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO  
**Asunto:** CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA  
**Radicado Interno SFC:** 2020267034

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTÍNEZ**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.096.209.421 de Barrancabermeja, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 310.494, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante, la SFC)**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito dar **CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA** de la referencia, para lo cual procedo 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.

En su nombre y representación interviene el suscrito apoderado, en virtud del poder que me fue conferido por el Coordinador del Grupo Contencioso Administrativo Dos de la Subdirección de Defensa Jurídica de la Entidad, a quien le fue delegada la función de otorgar poderes a los



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 PARA PRESENTAR LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA A LA DEMANDA

El numeral primero del artículo 173 de la Ley 1437 de 2011, dispone entre otras cosas lo siguiente: *“De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial”*.

Ahora bien, mediante auto del 20 de mayo de 2021, notificado por estado del día 21 del mismo mes y año, se admitió la reforma de la demanda y se corrió traslado de la misma por la mitad del término, es decir por 15 días hábiles, los cuales empezaron a correr a partir del día 24 de mayo de 2021 y fenecen el 15 de junio del año en curso. Por lo tanto, es evidente que esta Superintendencia se encuentra dentro del término para pronunciarse frente a la reforma de la demanda.

Con el fin de evitar confusiones y con el ánimo de hacer más clara y organizada la intervención de mi prohilada, se hará un pronunciamiento general de los escritos de demanda y de reforma de la demanda, razón por la cual en el presente documento se integra la contestación de ambas.

### 3. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Con fundamento en las razones que se acreditarán a lo largo de este escrito y en general en el devenir de este proceso judicial, **ME OPONGO A TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA** por las siguientes razones, a saber:

- Carecer de fundamento respecto de mi prohilada, 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 SFC 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 deprecia 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 **SFC. 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 un asunto en el que se encuentran debidamente configuradas diversas causales que eximen de responsabilidad a la **Superintendencia Financiera de Colombia**.

**En consecuencia, consideramos que no hay lugar a que la autoridad judicial acoja las pretensiones declarativas y de condena formuladas por la demandante.**

#### 4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

4.1. A esta Superintendencia **NO LE CONSTAN** los **HECHOS 1) al 3)** en los que se indica que la demandante fue contactada por la fuerza comercial de la empresa **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.)**, que le explicaron en qué consistía el sistema de inversión en libranzas y el papel que dicha sociedad desarrollaba en la operación de títulos valores de esas características, los cuales le ofrecían en venta, prometiéndole a su vez una rentabilidad equivalente al interés bancario corriente.

Al respecto vale la pena señalar que las anteriores afirmaciones se refieren a las condiciones ofrecidas por la referida sociedad para la ejecución del negocio jurídico celebrado con la demandante, relación en la que esta Superintendencia no tuvo ningún tipo de participación o injerencia.

4.2. Frente al **HECHO 4) NO NOS CONSTAN** los valores que allí se relacionan y nos atenemos a lo que para la época haya certificado la Entidad que represento. La tasa de interés certificada puede ser consultada en nuestra página web [www.superfinanciera.gov.co](http://www.superfinanciera.gov.co), sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 180 del Código General del Proceso los indicadores económicos se consideran un hecho notorio.

4.3. En el **HECHO 5)** se afirma que la demandante indagó ante esta Superintendencia y la Superintendencia de Sociedades (en adelante SS) sobre la legalidad de las operaciones desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., lo que le permitió establecer que las demandadas conocían de las operaciones, 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 al revisar en el Sistema de Gestión Documental – SOLIP, que contiene la totalidad de trámites adelantados por esta Entidad, **no se encontró que la aquí demandante haya presentado ante esta Superintendencia petición alguna mediante la que indagara sobre el negocio ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., razón por la que NO ES CIERTO lo afirmado por la actora en el dicho. Valga la pena manifestar que en las pruebas allegadas con la reforma no reposa documento alguno que acredite tal antecedente.**

Finalmente, lo relacionado con la SS **NO NOS CONSTA** pues se refiere al actuar de una entidad distinta a la SFC.

4.4. Frente a los **HECHOS 6) y 7) NO NOS CONTAN** los términos de la información suministrada a la aquí demandante por los asesores de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. pues son personas ajenas a esta Superintendencia. En cuanto a las verificaciones realizadas por medios informáticos, es deber de la actora acreditar que las mismas fueron ejecutadas.

4.5. En cuanto al **HECHO 8)** en el que se manifiesta, sin hacer especificación respecto de una determinada persona, que varios inversionistas solicitaron a esta Superintendencia información sobre la legalidad de las operaciones adelantadas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., debemos señalar que al revisar el Sistema de Gestión Documental – SOLIP, que contiene la totalidad de

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

trámites atendidos por esta Entidad, se encontraron las siguientes peticiones relacionada con la referida sociedad:

No.	RADICADO	PETICIONARIO
1	2013041076-000 del 6 de mayo de 2013.	Alvaro Iván Rojas
2	2013041086-000 del 6 de mayo de 2013.	Mauricio Santiago Jiménez
3	2016112058-000 del 5 de octubre de 2016.	Dr. Diego Felipe Vega Jiménez en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Diana Patricia Maldonado Rincón y Carlos Humberto Garzón.
4	2018019222-000 del 14 de febrero de 2018.	Luisa Fernanda Daza Manrique.

Frente a dichas comunicaciones estimamos oportuno hacer un breve resumen del objeto de las mismas, así como del actuar y respuesta dadas por esta Superintendencia. Veamos:

### **2013041076-000 y 2013041086-000.**

Los señores Alvaro Iván Rojas y Mauricio Santiago Jiménez reenviaron a esta Superintendencia vía correo electrónico copia de un folleto que les fue enviado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en el que se promocionaba el negocio de venta de pagarés-libranza, comunicaciones en la que cuestionaban si dicho ofrecimiento era “(...) *otro DMG*” y se solicitó “(...) *para su revisión no hay (sic) sea otra pirámide.*”

Con fundamentos en lo anterior se procedió a consultar la página web de dicha sociedad y se identificó que ofrecía sus servicios mediante tres sociedades, siendo una de ellas **OPTIMAL FACTORING** la cual se dedicaba a desarrollar actividades de factoring y dado que tales compañías no se encontraban, ni se encuentran sometida a la vigilancia de la SFC, con fundamento en establecido en el Capítulo II y artículo 11 de la Ley 35 de 1993 se realizó mediante los Oficios No. 2013041076-001 y 2013041086-001 del 27 de febrero de 2014 el respectivo traslado a la entidad competente, que para el caso es la Superintendencia de Sociedades.

De otro lado, mediante los Oficios de respuesta No. 2013041076-002 y 2013041086-002 del 30 de mayo de 2014, se informó a los accionantes entre otras cosas que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. “(...) **NO** se encuentra sometida a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, razón por la que no está autorizada para adelantar actividades exclusivas de las entidades vigiladas por este Organismo y dentro de ellas, captar masivamente recursos del público.”, así como el traslado realizado a la SS.

### **2016112058-000.**

Mediante petición del 5 de octubre el 2016 el Dr. Diego Felipe Vega Jiménez en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Diana Patricia Maldonado Rincón y Carlos Humberto

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Garzón solicitó a este Organismo “(...) **INTERVENCIÓN Y TOMA DE POSESIÓN POR CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL SIN AUTORIZACIÓN ESTATAL** debido a que **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.** (...) ha realizado Captación masiva y habitual de dineros del público (...)”

Considerando que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no se encuentra bajo vigilancia de esta Superintendencia y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, se remitió la mencionada comunicación a la SS para los efectos propios de su competencia, teniendo en cuenta que la mencionada firma se encuentra en la lista de las sociedades vigiladas por esa Entidad. Actuación que se surtió mediante Oficio No. 2016112058-001 del 12 de octubre de 2016.

Igualmente, al Dr. Vega Jiménez a través del Oficio No. 2016112058-002 del 18 de octubre de 2016 se le informó que conforme a lo dispuesto en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero este Organismo ejerce las funciones de sanción, supervisión, certificación y publicidad, entre otras, respecto de entidades sometidas a su vigilancia. Se precisó que la referida sociedad **NO** se encuentra sometida a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia y que su comunicación había sido remitida por competencia a la SS. Pues se evidenció que OPTIMAL se encontraba dentro de la lista de entidades sometidas a la vigilancia de esta autoridad, además por ser la competente para vigilar las sociedades que desarrollan operaciones de factoring y la facultada conforme al Decreto 4334 de 2008 para verificar si la citada sociedad desarrollaba operaciones que configuraran una captación ilegal de recursos del público, así como para adoptar las medidas administrativa pertinente y proceder con su intervención.

### **2018019222-000.**

La señora Luisa Fernanda Daza Manrique mediante petición radicada el 14 de febrero de 2018 solicitó información y copia de los documentos relacionados con la visita de inspección realizada por esta Superintendencia a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. A través del Oficio No. 2018019222-001 del 28 de febrero de 2018 se atendió dicha solicitud, señalando que la citada sociedad no está sometida a la inspección, vigilancia o control de la SFC, se precisó que “(...) *la información relacionada con las labores de supervisión que desarrolle esta Entidad en cumplimiento de sus funciones tiene la connotación de “Información Pública Reservada” protegida por lo establecido en el literal e), numeral 3 del artículo 326 del EOSF, además los informes de las visitas de inspección que se lleven a cabo en razón de una actuación administrativa, son reservados, en virtud de lo establecido en el numeral 3° del artículo 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*”

En virtud de lo anterior se le solicitó a la señora Luisa Fernanda remitir “(...) *la correspondiente autorización del Juez de Garantías, o en su defecto cumplir con lo señalado en el parágrafo del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.*”, pero lo que se le otorgó un (1) mes de plazo. Teniendo en cuenta que dentro del referido término no se recibió respuesta alguna de la ciudadana, esta Entidad mediante Oficio No. 2018019222-003 del 5 de abril de 2018 le indicó: “(...) *este Organismo encuentra procedente decretar el desistimiento tácito de la petición y en consecuencia se ordena el ARCHIVO de la presente actuación administrativa, frente a la cual únicamente procede el recurso de reposición. Lo anterior sin perjuicio, que pueda presentar una nueva petición con el lleno de los requisitos legales (...)*”

**4.6.** En cuanto al **HECHO 9), NO NOS CONSTA** que la demandante haya adelantado algún tipo de indagación ante la Cámara de Comercio con el fin de averiguar el objeto social registrado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., por lo que nos atenemos a las pruebas que sobre este dicho reposen en el expediente.

**4.7.** Los **HECHOS 10) y 11) SON PARCIALMENTE CIERTOS**, debe precisarse que el día 6 de mayo de 2013 se recibieron en esta Entidad dos correos electrónicos a los que se adjuntó copia un folleto donde se invitaba a invertir en “pagarés-libranza” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide. Esta Superintendencia atendiendo las funciones de prevención y control del ejercicio ilegal de la actividad financiera consideró pertinente evaluar si en el desarrollo del objeto social de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se presentaban operaciones en las cuales se pudieran estar configurando hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público.

Por lo anterior la SFC, practicó una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación.

Así las cosas, nos atenemos al tenor literal de los antecedentes y en general al total del contenido de informe producto de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., documento que reposa en el plenario y que se allega nuevamente con el presente escrito.

**4.8.** El **HECHO 12) ES PARCIALMENTE CIERTO.** En el punto “6 CONCLUSIONES” del informe de inspección No. 11300809201300263 se indicó que: *“(…) de acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el presente informe y del análisis efectuado tanto a la información suministrada por la entidad visitada, como aquella que la Comisión de Visita recaudó en el transcurso de la inspección, se concluye que en la operación de venta de ‘pagarés-libranza’ llevada a cabo por la sociedad Optimal Libranzas S.A.S., con sus clientes compradores, a la fecha de la presente visita, no se encuentran configurados lo supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008.*

(...)

*Finalmente, es pertinente precisar que el modelo de negocio de la sociedad Optimal Libranzas S.A.S. empezó en mayo de 2012, período corto para determinar y establecer el impacto que puede presentar la siniestralidad de pagarés libranzas en los estados financieros de la sociedad, toda vez que el período evaluado corresponde a sólo 17 meses de operación.”*

**4.9.** Los **HECHOS 13) y 14) ES PARCIALMENTE CIERTO**, se debe precisar que mediante Oficio No. 2013058932-010 esta Superintendencia remitió a la SS copia del informe de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., esto debido a que cuando se estaba adelantando la misma se presentaron en la dicha sociedad tres funcionarios de esa entidad que habían sido

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

comisionados para llevar a cabo una toma de información, diligencia que se abstuvieron de practicar hasta tanto la SFC culminara la visita y remitiera el informe.

Ahora bien, con Oficio No. 2013058932-009 se remitió el informe de visita a la Superintendencia de la Economía Solidaria (en adelante SES), ya que en el curso de la misma se evidenciaron algunos hechos que podían ser del resorte de dicha entidad debido a la operación de compra y venta de pagarés-libranza originados de créditos otorgados por cooperativas.

**4.10.** Se indica en el **HECHO 15)** que la SFC es competente para imponer medidas cautelares con el fin de evitar que cualquier persona natural y/o jurídicas ejerzan sin autorización, actividades exclusivas de las entidades vigiladas.

Al respecto es oportuno señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 108 del Decreto Ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la SFC puede imponer a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las vigiladas sin contar con autorización, una o varias de las medidas descritas en tal disposición.

Igualmente, en los artículos 325 y 326 *ibidem* se otorgan a esta Entidad facultades de supervisión, prevención y sanción respecto de personas que desarrollas actividades propias de las instituciones vigiladas.

De lo anterior, se puede inferir que para que la SFC adopte alguna medida contra una no vigilada se debe evidenciar que esté desarrollando sin autorización una actividad propia de una entidad vigilada y para el caso en particular la sociedad Optimal Libranzas S.A.S. realizaba compra y venta al descuento de cartera de créditos instrumentada en títulos valores de contenido crediticio denominados “pagarés-libranza” y como se ha señalado anteriores y se explicará con detalle más adelante en la visita practicada a la referida sociedad se concluyó que la fecha en que se practicó *no se encontraron configurados lo supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008.*

**4.11.** En los **HECHOS 16) al 19) y 21)** se indica que la demandante con ocasión de las presuntas indagaciones elevadas ante la SFC y SS suscribió con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. un contrato de compraventa para la adquisición de libranzas, que con ocasión del negocio realizó unos pagos a la referida sociedad y que no recibió suma alguna por concepto de amortización y que ante la cesación de pagos le quedaron adeudando dinero. Al respecto, debemos señalar que dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no fue parte de la relación negocial celebrada entre la citada sociedad y el demandante.

Finalmente vale la pena llamar la atención pues con el traslado de la demanda y reforma no se allegó copia del contrato y consignaciones. No obstante, si dichos documentales reposan en el expediente, en relación con su validez, nos atenemos a lo que se pruebe a lo largo del proceso, así como a lo que resulte del juicio que deba realizarse en torno a su legalidad y veracidad y, en general, lo que pueda concluirse a partir de ellos

**4.12.** Respecto a los **HECHOS 22) al 26) y 29) al 31)** en los que se indica que el demandante recibió en el plan de pagos por parte del interventor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. unas

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

determinadas sumas de dinero y le quedaron adeudando otro monto, que se hizo parte del proceso de liquidación de dicha sociedad, se entiende que se refieren al proceso de intervención, y se hace mención a las funciones de los interventores o agentes liquidadores nombrados por la Supersociedades, debemos manifestar que **NO NOS CONTAN** tales afirmaciones ya que se refieren a actuaciones surtidas al interior del proceso jurisdiccional que adelanta una entidad distinta a la SFC, en este caso la SS.

No obstante, lo relatado en estos numerales es susceptible de ser tenido en cuenta como confesión de parte, a efectos de establecer que la aquí demandante ya se encuentran reclamando las sumas pretendidas a través del presente medio de control, en la instancia por ellas referida.

Finalmente, los dichos relativos a las funciones del agente interventor o liquidador no constituyen un hecho sino una manifestación subjetiva del actor la cual debe acreditarse.

**4.13.** Frente a los **HECHOS 20) y 27)**, en los que se señala que a mediados del año 2016 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. cesó el pago de las amortizaciones, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de cartera, además de asuntos relacionados con las pagadurías y menesteres internos de las cooperativas originadoras de los pagarés-libranza las cuales adujeron siniestros de cartera, debemos indicar que el contenido de los dichos corresponde a apreciaciones o señalamientos de la demandante que deberán ser probados en el proceso.

En este orden de ideas **NO NOS CONSTA** lo manifestado en los mismos, ya que como se indicó anteriormente mi prohijada no hizo parte del negocio jurídico al que se ha hecho referencia. De otro lado, es pertinente que se **tenga por sentado y a manera de confesión del accionante, que desde esa fecha se produjo el presunto incumplimiento contractual que le originó una afectación, esto para el conteo del término de caducidad.**

**4.14.** Respecto al **HECHO 28) ES CIERTO** que la SS mediante Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 adoptó una medida de intervención administrativa respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y ordenó a dicha sociedad la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que el referido acto administrativo no fue expedido por la Entidad que representó y que es un documento público, nos atenemos al tenor literal del mismo.

**4.15.** Respecto a lo señalado en el **HECHO 32)** en el que se indican que la SFC y la SS conocieron a plenitud el modelo de negocio desarrollado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y no obstante ello, no desplegaron acciones para evitar que continuaran en operación, debemos indicar que son meras apreciaciones subjetivas que deben ser probadas dentro del proceso, pues dan a entender una realidad totalmente distorsionada y amañada del asunto que **NO ES CIERTA.**

De otro lado, como se dijo anteriormente la SFC realizó una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de

negocio y fuentes de financiación. Culminada la visita se concluyó que no se configuraban los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008. Es de precisar que la citada actuación será explicada más adelante.

Frente a las manifestaciones relacionadas con la SS, debemos señalar que se refieren a una autoridad distinta a la Superfinanciera, razón por la que **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas por la demandante.

**4.16.** Señala el **HECHO 33)** que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. haya defraudado a aproximadamente trescientos trece (313) personas bajo su modalidad de negocio, por lo tanto, dicha afirmación deberá ser probada dentro de la presente acción, en consecuencia, nos atenemos a lo que se pruebe.

**4.17.** Respecto al **HECHO 34)**, en el que se hace una transcripción de las actividades inscritas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, es de señalar que las mismas corresponden a la autonomía de la voluntad de los socios, quienes determinaron que actividades iban a registrar. **Se observa que ninguna corresponde a una actividad exclusiva de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, razón por la cual es dable afirmar, sin lugar a duda que dicha sociedad no se encontraba sometida a la vigilancia e inspección de esta Entidad.**

**4.18.** En relación con los **HECHOS 35) y 36)**, en los que se indica que la demandante se involucró en el proceso comercial ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. debido a la información brindada por la SFC y la SS, **NO ES CIERTO RESPECTO DE LA SFC Y NO NOS CONSTA FRENTE A LA SS.** Como se puso de presente al contestar el hecho 5), **NO ES CIERTO** que el accionante haya realizado algún tipo de indagación ante esta Superintendencia.

**4.19.** En lo atinente al **HECHO 37)** en el que se hace mención a las actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público y así de los supuestos de captación contenidos en el decreto 3227 de 1982, es necesario señalar previamente que dicha norma fue modificada por el decreto 1981 de 1988 y hoy están contenidas en el artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015. Preciado lo anterior, debe indicarse que no se trata de un hecho, sino de la cita textual de una norma, por ende, nos atenemos al tenor literal de la misma.

**4.20.** En cuanto a los **HECHOS 38), 45), 46), 53), 49) y 50) que conforme a la numeración correcta corresponden a los HECHOS 54) y 55)** en los que se citan artículos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Decreto 4334 de 2008, debe indicarse que no se trata de hechos sino de la cita de normas, en consecuencia, nos atenemos al tenor literal de las mismas.

No obstante, resulta necesario distinguir que el artículo 2 del Decreto 4334 de 2008 corresponde a las atribuciones de intervención otorgadas a la SS respecto de las personas naturales o jurídicas que desarrollan las actividades descritas en los literales a) y b) de dicha disposición. Así, dicha norma difiere de las competencias y facultades conferidas a la SFC en los artículos 108 y 326 numeral 4) literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), las que con un contenido normativo autónomo se fundamentan a su vez en lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política. Y es que en virtud de éstas últimas disposiciones la SFC

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

puede adoptar medidas cautelares frente a cualquier persona natural o jurídica de derecho privado que, sin contar con la autorización respectiva, desarrolle actividades exclusivas de las entidades vigiladas por la SFC, así como de cualquier otra que pueda estar incurriendo en captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público.

La facultad mencionada en cabeza de la SFC, no es otra que la materialización de lo que se puede denominar como función administrativa de supervisión y control en desarrollo de la cual a esta Superintendencia le corresponde inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que cuentan con autorización para constituirse, funcionar y que a la vez son habilitadas por la ley para manejar recursos captados del público. Lo anterior de conformidad con las normas legales pertinentes, como son, entre otros, los artículos 325 y ss. del EOSF que definen la naturaleza, los objetivos, las funciones y las facultades de este Organismo, así como también la obligación de prevenir y controlar que las personas no vigiladas realicen actividades como la captación ilegal de dinero, para lo cual aplica lo establecido en el artículo 108, literal d) numeral 1, del artículo 325, literal a) numeral 4 y literal b) numeral 5 del artículo 326 del EOSF, Decreto 1068 de 2015 y Decreto 4334 de 2008.

No obstante lo anterior, conforme a lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 es competencia privativa de la SS adelantar la intervención y toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y patrimonio de las entidades que no están sometidas a la vigilancia de la SFC y por ende no cuentan con la autorización para ejercer la captación de recursos del público.

**Finalmente, es importante resaltar que la SFC no adoptó medidas respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, toda vez que de la visita efectuada, 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 para ese momento, tal y como se explicará más adelante.**

**4.21.** Señala el **HECHO 39)** que para el momento en que se practicó la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., dicha empresa había celebrado contratos para la venta de libranzas con más de 313 personas.

Sobre el particular, dicho hecho **NO NOS CONSTA**, pero es necesario reiterar que la SFC realizó **una visita de inspección a dicha sociedad** que se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, y una vez culminada no se evidenciaron hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público. En ese orden de ideas nos atenemos al tenor literal del citado informe.

**4.22.** En relación con los **HECHOS 40) al 42)** que se refieren al promedio de operaciones realizadas por cada persona con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., indican que las ofertas para la celebración de contratos de venta de libranzas se hacían de manera abierta y finalmente que para la fecha de celebración del contrato suscrito por la demandante con dicha sociedad, la misma había celebrado más de 20 contratos durante 3 meses, es menester señalar lo siguiente:

Ya que lo pretendido por la demandante es referirse a los supuestos de captación, debemos

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

mencionar que tal y cómo se ha señalado a lo largo de este escrito, para las fechas en que la SFC realizó una visita a OPTIMAL LIBRANZAS 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, la SFC mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014 remitió el informe de visita a la Superintendencia de la Economía Solidaria (en adelante SES) y Superintendencia de Sociedades**. No obstante, tales la afirmación son apreciaciones subjetivas del actor, la cuales deberán ser probadas.

Por otro lado, respecto a las demás consideraciones realizadas por el accionante, relacionadas con la operación de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., me atengo a lo establecido en el informe de la visita adelantada a dicha sociedad, pues en aquel se consagran las evidencias recaudadas por esta autoridad y para el efecto tal documento se aporta como prueba.

**4.23.** En relación con los **HECHOS 43) y 44)** en los que se transcriben apartes del numeral 10.1 del acápite de antecedentes de la Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 proferida por la SS y se indica que conforme a lo dispuesto dicho acto administrativo se fijó en la página web de la entidad un aviso de prenda del agente interventor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., debemos señalar que esta Superintendencia se atiene al contenido literal de la Resolución y a lo que se pruebe en relación con el cumplimiento a lo ordenado en la misma, pues son actuaciones que no fueron ejecutadas por mi representada.

**4.24.** En cuanto a lo argüido en los **HECHOS 47) y 48)** en los que se afirma que la SS y la SFC a pesar de advertir el tipo de negocios que ejecutaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., no ejercieron ninguna medida que buscara detener la comercialización de libranzas, a pesar de las visitas celebradas durante los años 2014, 2015 y 2016, y que solamente hasta el 15 de noviembre de 2017 fueron adoptadas.

Debemos anotar que tal aseveración es una apreciación subjetiva de la demandante y debe ser probada al interior del proceso, pues da a entender una realidad distorsionada y amañada del asunto, que por lo menos en lo que atañe a la SFC, **NO ES CIERTA**.

Con el fin de desvirtuar las afirmaciones relacionadas con esta Superintendencia, se procede a hacer un breve resumen de las actuaciones desplegadas por mi representada:

Mediante Oficio No. 2013058932-000 del 8 de julio de 2013 se ordenó realizar una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-005 del 29 de noviembre de 2013.

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “pagarés – libranza” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente. Por lo anterior, la SFC consideró pertinente realizar visita de inspección tanto a la sociedad, como a algunas de las Cooperativas.

Teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.

De otro lado, al evidenciar que las Cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los “pagarés-libranza” independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad que se podía predicar de las mismas, se estimó que dicho tema era del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la cual se le trasladó una copia del informe de inspección para lo de su competencia.

**4.25.** En lo atinente al **HECHO 49)** que se refiere a las supuestas investigaciones realizadas por la demandante mediante peticiones administrativas dirigidas a la SFC y a la SS, es de mencionar que **NO ES CIERTO en lo que atañe a la SFC**, pues tal y como ya se indicó, una vez verificado el Sistema de Gestión Documental - SOLIP que contiene los trámites adelantados por esta autoridad, **no se encontró petición alguna formulada por la señora BERTHA YANETH PRADA OCHOA.** Además, se reitera que con la demanda no se allegó prueba alguna que acredite lo que afirma la demandante.

**4.26.** Frente a los **HECHOS 50) al 52)** atinentes a que la SFC y SS con ocasión de las respuestas de las supuestas peticiones administrativas interpuestas por la demandante, avalaron y tuvieron pleno conocimiento de las actividades delictivas que desarrollaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., al igual que del conocimiento de la suscripción de más de 20 contratos para la venta de libranzas en un período de tres meses, debemos mencionar que respecto de la SFC **NO ES CIERTO** lo acotado, pues como se ha expuesto, no se recibieron solicitudes de la aquí demandante relacionadas el negocio celebrado con la referida sociedad. De igual manera, se hace hincapié en que de la visita realizada por la SFC se concluyó para la fecha, que las actividades realizadas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., NO configuraban actividades de captación o recaudo no autorizado según el Decreto 4334 de 2008 y el Decreto 1981 de 1988, tal y como consta en el informe de inspección que se aporta.

Con fundamento en lo anterior, se desprende con total claridad que lo afirmado por la demandante en estos hechos, como se dijo atrás, no son más que simples juicios de valor por completo ajenos a la realidad de las actuaciones adelantadas por la SFC, lo que puede ser constatado con las pruebas documentales que se aportan con el presente escrito.

De otro lado, **NO NOS CONSTAN** las afirmaciones relacionadas con la SS, por lo que nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

**4.27.** En el **HECHO 55)** se indica que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. dado el número de operaciones, desarrollaba actuaciones privativas o reservas de manera exclusiva al sistema financiero aprobado por la SFC como bancos, entidades de ahorro y vivienda, debe señalarse que se trata de apreciaciones de la parte demandante que **NO SON CIERTAS** y deberán ser probadas por la aquí demandante.

## 5. FUNDAMENTOS JURÍDICO DE LA DEFENSA

### 5.1. Estructura de la responsabilidad extracontractual de la administración pública.

En la Constitución Política, específicamente en el artículo 90, se estableció que:

*“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 sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir con éste”.*

En virtud de dicha norma, la estructura de la responsabilidad sufrió un proceso de “constitucionalización”, erigiéndose en garantía de los derechos e intereses de los administrados, así como de su patrimonio, en el entendido de que el Estado será obligado a reparar los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, ya sea por la acción o la omisión de sus agentes.

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha entendido que a la luz de lo prescrito por el referido artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual de la Administración<sup>1</sup>, tiene como fundamento<sup>2</sup> la determinación de una serie de elementos que deben concurrir para la declaración de la responsabilidad estatal, siendo estos: la determinación de un **daño antijurídico** causado a un administrado, así como la **imputación** del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de un deber y, por último, el **fundamento del deber de reparar**, que debe dar cuenta de las razones de derecho por la que los perjuicios deben ser indemnizados.

En cuanto a la imputación debe destacarse que se trata de juicio que demanda un doble esquema de análisis en el cual debe efectuarse un juicio de **imputación fáctica**, por un lado, y uno de **imputación jurídica**, por el otro, siendo la imputación desde un punto de vista fáctico, un ejercicio de atribución material o eminentemente causal del origen del daño o los elementos naturales que han intervenido en su producción. Entretanto, la imputación jurídica hace referencia a un escenario en el que el juez debe determinar si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica o de tipo normativo de reparar el daño.

<sup>1</sup> La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son el resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976). Actor: Cleofas Tumbajoy Alarcón; Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y otros. Medio de Control: Reparación Directa. Sentencia del 16 de febrero de 2017.

Ahora, desde una perspectiva clásica la responsabilidad también ha sido entendida bajo los siguientes derroteros, los cuales entraremos a desarrollar:

### 5.1.1. El 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 1993<sup>3</sup>, 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 de este instituto jurídico es lograr reparar e indemnizar a una persona que ha sufrido una merma que no está en la obligación de soportar conforme al ordenamiento jurídico.

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

Para poder endilgar responsabilidad en cabeza del Estado es necesario determinar cuál fue la fuente que originó el daño, es decir, es necesario 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.”*<sup>4</sup>, 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.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 333 del 1° de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. Editorial Temis. Bogotá 2000. Págs. 195 a 198.

Por esa razón, 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 éste 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, como quiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado<sup>5</sup>. Frente a este tópico ha señalado:

*“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 cogerestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero.**”<sup>6</sup> (Negrillas fuera de texto).*

### 5.1.3. Nexo de causalidad

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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.

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa ha precisado:

*“(…) 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 (...)”* (Se resalta)

A 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 participó 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*”<sup>7</sup>.

## 6. ANALISIS PROBATORIO DEL CASO CONCRETO

Conforme lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. Por

<sup>7</sup> Consejo de Estado. 25 de Julio de 2002. Radicado 13744. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. 28 de enero de 2015. Radicado 32912. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

ello, 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*'. A partir del estudio de dicho principio, es dable afirmar que tanto demandante como demandada tienen el deber de probar los hechos en que sustentan las pretensiones y excepciones propuestas, y en caso tal que dicha situación no se verifique por parte del Juez, la consecuencia jurídica es la negación de las pretensiones elevadas, como quiera que ante la falta de la prueba no puede tenerse por cierto el hecho. Sin embargo, no está de más advertir que una vez son arrimadas 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.

Bajo ese escenario, cabe indicar en relación con el asunto que se discute, que la SFC realizó las visitas de inspección a la que se ha hecho referencia a lo largo de esta contestación, atendiendo las facultades contenidas en el literal d) numeral 1 del artículo 325 y literal a) del numeral 4 del artículo 326 del EOSF, los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 108 del Decreto 663 de 1993 o EOSF, modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, en función de las cuales este ente de control revisó el modelo de negocios de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para establecer si recibía dinero del público, cuál era la forma en que lo hacía y determinar si en desarrollo de tal actividad se evidenciaba la existencia de hechos objetivos o notorios de captación en los términos previstos en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con los supuestos de captación de recursos del público consagrados en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.

A tenor de lo anterior, se determinó que la sociedad visitada realizaba compra y posterior venta al descuento de pagarés libranzas en virtud de la suscripción de contratos de compraventa de estos títulos valores, pero del análisis y estudio de la información recabada en la visita desarrollada, se concluyó que no se configuraban los hechos objetivos y notorios de los supuestos de captación masiva de recursos del público, por lo que las afirmaciones contenidas en la presente demanda, que aducen una supuesta conducta omisiva por parte de mi representada, no se corresponden con los antecedentes y conclusiones consignadas en el Informe de Inspección, por lo que los dichos del demandante terminan siendo solo conjeturas. En efecto, el material probatorio que anexa la SFC a esta intervención, acredita que contrario a lo señalado por el accionante, esta Entidad actuó de manera diligente y dentro del marco de sus competencias frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Así las cosas, estos elementos junto con el escaso material probatorio aportado por la parte actora, nos permitirá probar que no existió omisión alguna por parte de la SFC en el ejercicio de sus funciones y por tanto el presunto daño sufrido no tiene la connotación de antijurídico. No obstante, si el Despacho llegara a considerar que el daño existió, el mismo material probatorio nos permitirá acreditar que aquél, no puede ser imputable jurídicamente a la actuación de la Administración y por ende ser resarcible, ya que el mismo solo es imputable a la parte demandante y/o a terceros por completo ajenos a la administración pública.

Atendiendo las previsiones señaladas, consideramos del caso hacer las siguientes reflexiones:

### **6.1. Ausencia de daño antijurídico.**

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 SFC, es carga de la parte reclamante acreditar la existencia del daño antijurídico cuyo resarcimiento pretende y la antijuridicidad del mismo, según las previsiones del artículo 90 de la Carta Política.

En ese sentido, la demandante pretende que el presunto perjuicio que alega y que identifica como la pérdida de los dineros que aduce haber entregado a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. sea resarcido por el Estado, sin embargo, no sustenta sus afirmaciones con material probatorio idóneo que permita identificar en qué consistió la presunta omisión en que habría incurrido esta Superintendencia.

Es claro entonces que como quiera que en la demanda se reclama una indemnización derivada de la pérdida de los dineros que según se afirma fueron invertidos en OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ante la deficiencia de los medios de prueba aportados, no es posible predicar la existencia cierta y actual de la pérdida a que se hace referencia. Debe recordarse que, conforme a lo afirmado por la accionante, el reclamo que se pretende ya fue objeto de estudio en el proceso de intervención que adelanta la SS respecto de la referida sociedad. Por lo tanto, no es procedente tener por probadas las pretensiones de la demanda ante el carácter hipotético del presunto daño, ya que la demandante pretende la reparación de los perjuicios presuntamente irrogados en el escenario de la intervención. Así las cosas, consideramos se impone la necesidad de proferir un fallo que desestime la existencia misma del daño, así como el carácter antijurídico del mismo y que en consecuencia niegue las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, en el evento en el que el Despacho considerara que efectivamente existe un daño, ese menoscabo no tendría las características de un daño antijurídico, pues se habría originado en la decisión libre, deliberada y autónoma de las partes involucradas de realizar un negocio jurídico, en cuya materialización no tuvo injerencia alguna la SFC, pues esta Entidad no tuvo relación de ninguna naturaleza con el acto de inversión y entrega de dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Para ilustrar esta noción resulta oportuno traer a colación los criterios que ha señalado el Consejo de Estado en cuanto a la antijuridicidad del daño como fuente del deber de reparar:

*“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 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.**"<sup>9</sup> (Negrilla fuera del texto)*

En ese sentido, como bien lo anota la jurisprudencia citada, no todo daño entendido como menoscabo a un interés o un derecho, es **antijurídico**, es decir, no todo perjuicio irrogado a un particular conlleva de suyo los ingredientes normativos que estructuran el deber de reparar. Así, para que exista un daño y este sea **antijurídico**, es necesario que la víctima demuestre que no estaba en el deber conforme al ordenamiento jurídico, de soportarlo. De allí que acertadamente se tenga que, si se llegaran a probar los supuestos daños que se reclaman por el demandante, los mismos no son antijurídicos, pues se debe considerar que aquel experimentó una merma

<sup>9</sup> 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.

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 la accionante señala le fueron prometidos.**

Así, si se llegará a demostrar que la actora efectivamente hizo entrega de una suma de dinero a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. la misma fue una decisión libre y voluntaria de aquella, debiendo considerarse que quizá lo hizo obnubilada por la rentabilidad ofrecida en la operación de compra de pagarés libranzas. Se debe recalcar que para la actora los deudores de las libranzas eran personas desconocidas, aspecto que conlleva a que la operación que realizó fuera riesgosa. De otro lado, en el expediente no reposan pruebas que acrediten que la demandante por precaución hubiera revisado físicamente los pagarés que aduce haber adquirido o bien en las oficinas de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la empresa que indica tenía la custodia de dichos título; es decir, no se cercioró si quiera de 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 la accionante que entregó su dinero sin verificar las condiciones reales del negocio.

En el presente caso no se puede desconocer que la demandante esperaba obtener unas utilidades del negocio aleatorio que celebró, de las cuales sería ella la única beneficiaria. Por lo tanto, no tendría sentido que las pérdidas del negocio o los riesgos de la operación emprendida tenga que asumirlos el Estado, asumiendo como si la Administración hubiese participado en el acto autónomo y libre que hoy viene a ser la causa de los perjuicios. En ese escenario, consideramos que una correcta aproximación al asunto que nos concita, debe tener en cuenta que como no todo daño es antijurídico, el daño que no tiene esta característica debe ser soportado por el particular cuando este ha concurrido a su causación, pues los riesgos de su decisión no pueden socializarse para que el Estado y la sociedad en su conjunto respondan por decisiones de que haber prosperado solo habrían supuesto un beneficio individual para la hoy demandante.

Así las cosas, ante el escaso material probatorio que acredite las existencia de los daños que se pretenden sean indemnizados, así como su antijuridicidad, la falta de acreditación de alguna conducta omisiva a cargo del Estado, o que de dicha conducta haya generado el perjuicio, elementos sobre los que se estructura la responsabilidad extracontractual del Estado, lo jurídicamente procedente es negar la totalidad de las pretensiones, pues aunado a tal circunstancia, tal y 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 en la demanda.

## **6.2. Inexistencia de una omisión imputable a la SFC.**

Superado el aspecto relacionado con la existencia del daño cuya reparación se pretende por la presente vía judicial y como quiera que en los hechos de la demanda se evidencia que la responsabilidad de mi representada se afinca o atribuye a una supuesta falla del servicio por “omisión”, procede poner de presente la **inexistencia de omisión imputable** a esta Entidad, por lo que a continuación se señalarán los principales aspectos de la actuación administrativa que con diligencia, previsividad y asertividad este ente de control efectuó respecto OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

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

Debe llamarse preliminarmente la atención frente a una realidad incuestionable y es que la referida sociedad con la que la hoy demandante estableció en su momento el vínculo contractual causante del daño, no estuvo ni ha estado sometida a la vigilancia de la SFC. Es oportuno precisar que las entidades y actividades respecto de las que esta autoridad ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control, corresponden a las previstas en el numeral 2 del artículo 325 del EOSF, numeral 1 del párrafo 3 del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, así como el inciso 2 del artículo 40 de la Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 102 de la Ley 795 de 2003 y el artículo 11.2.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010.

Bajo este entendimiento, es claro que 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. En virtud de ello, es necesario que se constituyan en la forma y términos que establecen el artículo 53 y siguientes del EOSF y la Parte Primera, Título Primero, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica de la SFC. Tales disposiciones señalan 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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S a pesar de no ser una entidad vigilada, con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público. Inexistencia de omisión imputable por parte de este Organismo de Inspección y Vigilancia.**

Aunque la citada sociedad, insistimos, nunca estuvo sometida a la inspección y vigilancia de la SFC, esta autoridad realizó dos visitas de inspección a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., que se adelantaron entre el 9 y 17 de julio de 2013, sin embargo, entre el 2 y 6 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación. La finalidad de la misma era establecer si dicha persona jurídica se encontraba realizando operaciones de captación o recaudo no autorizado de recursos del público, a tenor de lo dispuesto por los artículos 108 y 326 numeral 4) literal e) del EOSF, en armonía con el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, concordante con las disposiciones previstas en el Decreto 4334 de 2008.

**6.2.2.1. Resumen y conclusiones de la visita realizada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.:**

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “pagarés – libranza” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

Ahora bien, dada la necesidad de conocer de manera detallada las operaciones de venta de

libranzas que realizaban las cooperativas a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A se consideró pertinente realizar visitas de carácter administrativo.

Ahora bien, de lo expuesto en el informe quedó demostrado que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. llevó a cabo una operación de compraventa de “pagarés-libranza” con los clientes compradores, en la cual esa sociedad dio a cambio un bien o activo representado en aquellos títulos y entregó los respectivos pagos de los flujos, que recibió a su vez de ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S., LIBRANZAS GROUP S.A.S. y finalmente de las Cooperativas. Lo anterior bajo el entendido que la cartera no presentó siniestros ni prepagos que conllevaran a no pagar a los compradores y hacer exigible la cláusula de responsabilidad cambiaria pactada en cada contrato de venta.

**De igual forma y teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.**

### **6.3. Ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.**

Como se ha señalado a lo largo del presente escrito, la demandante acude al presente medio de control de Reparación Directa, para reclamar solidariamente de las entidades demandadas, un resarcimiento de índole económico, fundado en una presunta responsabilidad extracontractual de la administración pública por supuestamente “avalara” el desarrollo de las actuaciones de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Indica que dicha sociedad desplegó conductas de captación masiva e ilegal de recursos del público, que en virtud de ello las demandadas habrían incumplido sus deberes de inspección, vigilancia y control en relación con el funcionamiento de la sociedad encartada en el asunto, a la que afirma haber entregado sumas de dinero con el fin de comprar títulos valores. Por ello, en su sentir ese hecho la 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.

Pues bien, frente al cumplimiento de los contenidos obligacionales a los que está sometida esta Entidad, conviene precisar que desde los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, se establece que las autoridades públicas, como es el caso de mi prohijada, no pueden ejercer funciones distintas de las que expresamente les atribuye la Constitución y la ley. Por ende, la responsabilidad que se quiere endilgar en el presente caso, basada en el supuesto incumplimiento de las funciones a cargo de las demandadas, debe analizarse, considerando los límites impuestos por el mandato constitucional en ciernes, en tanto las autoridades no pueden responder por hechos o cadenas causales diferentes a aquellas que expresamente están bajo su tutela.

Bajo esa óptica, debe decirse que la SFC no tuvo participación, directa o indirecta, en los actos y hechos con base en los cuales ahora se pretende derivar su responsabilidad. Y es que no basta con efectuar acusaciones temerarias e irreflexivas para que se configuren las condiciones en las que ha de incurrirse para que el Estado deba responder por su acción u omisión. En relación con

las exigencias de orden jurídico que deben acreditarse para que el Estado pueda ser responsable, ha dicho la jurisprudencia del 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”.*<sup>10</sup> (Negrilla fuera del texto)

De modo que, ante la inexistencia de prueba que sustente no solo el presunto perjuicio o daño patrimonial alegado por la accionante, sino la omisión en que habría incurrido el Estado y cómo ésta sería la causa eficiente del daño, se impone negar las pretensiones de la demanda, con mayor razón cuando el eventual daño no es ni puede ser consecuencia directa de un acción u omisión que pueda atribuirse a la SFC, aspecto al que con facilidad podrá arribar el Despacho al realizar un simple cotejo del marco jurídico que regula las funciones y competencias de esta Superintendencia.

Siguiendo la argumentación ofrecida hasta este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delimitado los presupuestos necesarios para que prospere la responsabilidad del Estado por la omisión de sus funciones:

*“En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico y; d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a éste último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión (...).”*<sup>11</sup>

Como puede observarse, en el caso de las Superintendencias no basta con argumentar dentro del proceso que éstas tienen una competencia legal de supervisión sobre la actividad de los particulares, **adicionalmente se debe demostrar que una vez se tuvo conocimiento de la irregularidad cometida no se adelantaron, se adelantaron tardíamente o se usaron los medios inadecuados para interrumpir el proceso causal que genera el daño en el**

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 6 de octubre de 1995, expediente 9535. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-27-000-2001-00009-01 (AG).

**patrimonio económico de los usuarios del servicio o actividad objeto de control, inspección y vigilancia.**

Al referirse sobre la inspección y vigilancia del ejercicio de la actividad financiera, el Consejo de Estado ha sostenido:

*“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 haber dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares**”<sup>12</sup>*

De lo anterior, surge con claridad que la responsabilidad por omisión en la función de policía no se genera sólo porque se haya demostrado que se incumplieron las competencias que se han asignado jurídicamente, sino que adicionalmente debe probarse que de haberse cumplido las obligaciones se habría podido impedir la generación del daño. Así las cosas, no hay deber de reparar cuando aún en cumplimiento de labores de inspección, control y vigilancia, el análisis probatorio conduce a la conclusión inexorable de que tal consecuencia negativa se habría dado con independencia de la intervención estatal.

En este punto resulta pertinente manifestar que la SFC como entidad estatal de carácter técnico, adscrita 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 el Decreto 2399 de 2019), y las demás normas que las modifiquen o adicionen.

De tal manera, 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.

De ahí que a 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

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).

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.**

Dicho de otro modo, la SFC, dado su carácter de entidad pública, solamente puede realizar aquellas funciones para las que ha sido expresamente facultada por la ley. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa no podría haber decretado medidas administrativas dirigidas a ordenar la toma de posesión de los bienes y haberes de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. , primero, porque en la visita realizada a la sociedad en cuestión **no se encontraron a la fecha de su realización hechos objetivos y notorios de los supuestos de captación masiva e ilegal de recursos del público, que conllevaran a la adopción de una medida cautelar para la fecha en que la misma se llevó a cabo y, segundo, porque ésta medida de intervención en el marco del Decreto 4334 de 2008 solo podía ser adoptada por la SS.**

Con todo, no se avizora en el presente caso el despliegue de conducta alguna que haya quebrantado los deberes a cargo de la SFC y de la que pueda derivarse que los presuntos daños sufridos por la accionante deban ser reparados por el Estado, al haber tenido ocurrencia por causa de una conducta que no puede endilgarse a la administración pública.

#### **6.4. Ninguna autoridad pública en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control está obligada a lo imposible.**

Para finalizar, no puede soslayarse el hecho de que la omisión que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado en el caso de la omisión de las Superintendencias se concreta, en primer término, por la ausencia de adopción de medidas administrativas cuando se tiene conocimiento de irregularidades en la actividad de las industrias vigiladas, y al cual puede llegarse por quejas de la ciudadanía, o como resultado del propio cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, o de hechos que sean materia de denuncia por los particulares.

Ello, en la medida en que sin este conocimiento previo no es posible pretender responsabilidad, pues aun cuando el Estado tiene una obligación de garantía de bienes jurídicos no está obligado a lo imposible y, por lo tanto su deber de policía administrativa no puede, bajo ninguna circunstancia, implicar el que tenga un funcionario público al interior de cada establecimiento sujeto a su control, por lo que quien demanda debe demostrar supuestos fácticos y jurídicos que permitan deducir la presencia de elementos suficientes, como para considerar que la Autoridad incurrió en un obrar irregular.

En esa línea argumentativa, sobre la naturaleza de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las Superintendencias, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*“El propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan – constitucionales, legales y reglamentarias -, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente,*

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judge pudiese consistir en hacerle asumir sus obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daño a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. **La responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, 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 falta en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se depreca**<sup>13</sup>.*

Como puede apreciarse, las entidades públicas deben ser absueltas si demuestran que frente a una situación irregular adoptaron las medidas y decisiones que de ella se esperaban, **por lo que no tiene por qué asegurar que su intervención ofrezca una recuperación de una actividad económica o la recuperación de pérdidas dinerarias debidas al comportamiento de los particulares.**

Se trata, entonces, de un régimen **subjectivo** de responsabilidad atado directamente al contenido obligatorio impuesto al Órgano de inspección, vigilancia y control, y limitado a su vez por éste, en función del cual:

*“La responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, **pues la función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector,** no puede perderse de vista que el contenido obligatorio a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda -so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar (...) cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado – el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión-, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general. Frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser -se itera- la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales”<sup>14</sup>.*

En el caso concreto habría que agregar un hecho al que ya hemos hecho referencia a lo largo de este escrito, pero el que, insistimos, no puede ser inobservado, y es que la sociedad que concita el presente debate judicial, a diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia en relación con los eventos en que puede ser declarada la responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, **nunca estuvo bajo la inspección y vigilancia de la SFC.**

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).

<sup>14</sup> Ibid.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Por lo tanto, las actuaciones desplegadas por este Organismo frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en ningún caso se llevaron a cabo por ser ésta una industria supervisada por la SFC. Por el contrario, las mismas se hicieron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presume, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora, que sí tiene bajo su égida la Superintendencia Financiera de Colombia.

### 7. EXCEPCIONES

Sea lo primero informar al Despacho que las excepciones previas, conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, concordante con los artículos 100 al 102 del Código General del Proceso, se presentarán en escrito separado. En ese orden, nos referiremos a continuación a las que consideramos son presupuestos necesarios para proferir una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda, y en ese sentido sea favorable a los intereses de mi representada. Así:

#### 7.1. EXCEPCIONES DE FONDO

**7.1.1. Actuación diligente y conforme al marco de sus competencias por parte de la SFC respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público.**

##### 7.1.1.1. Visita realizada a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.:

El día 6 de mayo de 2013 se recibieron en esta Entidad dos correos electrónicos a los que se adjuntó copia un folleto donde se invitaba a invertir en “*pagarés-libranza*” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide. Esta Superintendencia atendiendo las funciones de prevención y control del ejercicio ilegal de la actividad financiera consideró pertinente evaluar si en el desarrollo del objeto social de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se presentaban operaciones en las cuales se pudieran estar configurando hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público.

En virtud de lo anterior, mediante Oficio No. 2013058932-001-000 del 8 de julio de 2013 se ordenó realizar una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-006-000 del 29 de noviembre de 2013.

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “*pagarés – libranza*” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

Ahora bien, dada la necesidad de conocer de manera detallada las operaciones de venta de libranzas que realizaban las cooperativas a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A se consideró pertinente realizar visitas de carácter administrativo, como se describen a continuación:

Nombre Cooperativa a sociedad	Radicado	Fecha de Inicio	Fecha de Finalización.
Estrategia Patrimonial S.A.S	2013064058	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Libranzas Group S.A.S	2013081468	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
Cooperativa Multiactiva COOPDOMUS LTDA.	2013064063	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Cooperativa Multiactiva de Palmira - COOMUPAL	2013064064	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
COOPERATIVA DE CRÉDITOS MEDINA - COOCREDIMED	2013081431	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
COINVERCOR	2013081463	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013

En cuanto a la sociedad ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. se determinó:

- Que suscribió un contrato con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. denominado “*Contrato marco de compraventa de cartera*”, vigente hasta el 13 de noviembre de 2013. En dicho documento se aclaró que los “*pagarés – libranza*” vendidos a OPTIMAL provenían de las Cooperativas COOPDOMUS Y COOMUPAL.
- Celebró un contrato de cesión con OPTIMAL y COOPUMAL, por lo tanto, a partir del 23 de septiembre de 2013 OPTIMAL LIBRANZAS empezó a comprar los “*pagarés-libranza*” libranza directamente a la cooperativa y a recibir de manera directa el pago de los flujos.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Respecto de la sociedad LIBRANZAS GROUP S.A.S., se encontró:

- Que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. suscribió con aquella un contrato denominado “*Contrato de compra de cartera con responsabilidad*”, a través del que le compró los derechos de crédito incorporados en los “*pagarés-libranza*” que eran adquiridos de las cooperativas COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL.
- Se probó que el 26 de septiembre de 2013, LIBRANZAS GROUP S.A.S., OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y COOCREDIMED celebraron un contrato de cesión, con el objeto de comprar los “*pagarés-libranza*” directamente a la Cooperativa sin la intervención de LIBRANZAS GROUP S.A.S.

De otro lado, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. celebró contratos de compraventa de cartera que equivalen al 3.66% de la cartera adquirida con las Cooperativas COOINVERCOR, COOMUNDOCRÉDITO, COOCREDIANGULO y COOPROCO KAPITAL SOCIAL; sin embargo, la comisión de visita centró su revisión y verificación en las ventas de pagarés-libranza realizadas por ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., pues eran ellas quienes habían vendido el 96.34% del total de la cartera reportada por la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

En cuanto a las operaciones de compraventa de “*pagarés-libranza*” entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y los inversionistas, se evidenció que suscribían un “*Contrato de compraventa de cartera modalidad pagaré-libranzas-persona natural*”, en el que se establecían las condiciones de la negociación. Vale la pena mencionar que el modelo de negocio consistía en la venta de los derechos de crédito incorporados en títulos denominados “*pagarés-libranza*”, que se originaban en los préstamos que otorgaban las cooperativas ya mencionadas a sus asociados y que eran cancelados mediante descuento de nómina, aplicada por las pagadurías de las entidades para las que laboraban los deudores. A su vez se observó que, las cooperativas consignaban o giraban el valor recaudado a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., para que fueran consignados a favor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. quien adquiriría los títulos a descuento y se encargaba de pagar el flujo mensual a los inversionistas que los compraban, hasta su cancelación.

Con fundamento en lo expuesto, la comisión de visita concluyó en su informe:

- Los contratos suscritos entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., no gobernaban en su totalidad la relación comercial y las prácticas operativas que tenían vigentes, pues no se incluyeron aspectos relativos al procedimiento para hacer efectiva la cláusula de responsabilidad cambiaria en el evento de presentarse “*pagarés-libranzas*” siniestrados, incumplimiento en pagos, prepagos o títulos viciados.
- En el numeral 4.3 de la cláusula 4 y 7 de los denominados “*Contratos de Compraventa de Cartera Persona Natural y Persona Jurídica*”, utilizados para oficializar la venta de “*pagarés-libranza*”, se hacía referencia a una Fiduciaria y a la firma ERNEST & YOUNG, sin embargo, para el momento de la visita no habían sido formalizados, lo que inducía a que los

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

inversionistas de manera errónea creyeran que esas entidades hacían parte del proceso y de los controles establecidos en la venta.

- Efectuada la revisión del contrato marco firmado con la sociedad Estrategia Patrimonial S.A., se encontró que en la consideración primera y cláusula sexta se hace referencia a operaciones de “*factoring*” contrario a lo señalado en el texto y forma del documento, pues en este se hace referencia a la compra de “*pagarés-libranza*”.
- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no conocía ni tenía el control de los “*pagarés-libranza*” que presentaban mora o impagos en los flujos mensuales. En el contrato suscrito con Estrategia Patrimonial S.A. no se contempló que dicha situación debía ser informada.
- Las sociedades Estrategia Patrimonial S.A.S. y Libranzas Group S.A.S. no reportaron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. los pagarés siniestrados, toda vez que esa información no se solicitaba a las Cooperativas, lo que llevó a que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. asignara “*pagarés-libranza*” con recaudo en cero o con recaudos que presentaban cuotas menores al valor esperado.
- Las Cooperativas COOMUPAL y COOCREDIMED giraban a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. el valor de los flujos que se vencían durante el mes, sin embargo, no se encontró evidencia de la verificación por parte de las Cooperativas del reporte de descuentos generado por las pagadurías para constatar si existían pagarés que no hubieran sido objeto de descuento.
- ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. giraron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. el valor total de los flujos que se vencían en el mes para cancelar la mensualidad a los inversionistas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- Se revisó el caso particular del señor Farid Stefenn Uribe quien realizó una compra por \$500.000.000. OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. le asignó 116 “*pagarés –libranza*” por valor de \$668.498.202 a un plazo de 36 meses, con pagos mensuales de \$19.100.000. Se identificó que 11 de los títulos no recaudaron su flujo mensual, no obstante, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. recibió los dineros girados por las cooperativas a Estrategia Patrimonial para pagar los flujos convenidos con el inversionista.
- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. solicitó a las cooperativas COOPNALCRES, LEGALCOOP, MUNDOCREDITO, HABITAT, COOCREDIMED, COOMUPAL y COOPDOMUS certificaciones de la cartera siniestrada. Sin embargo, las dos ultima no remitieron la información solicitadas. Esta Superintendencia realizó visita de inspección<sup>15</sup> a dichas cooperativas, en la cual se evidenció que vendieron “*pagarés-libranza*” con flujos cero o sin recaudar el 100% de la cuota o flujo mensual. COOCREDIMED remitió fotocopia simple de una certificación donde señaló que los pagos de los flujos de la cartera negociada se pagaban con oportunidad y suficiencia, pero no se hizo referencia a la existencia o no de cartera siniestrada, situación contraria a lo que evidenció la SFC en la visita realizada a esa cooperativa, pues se encontraron “*pagarés-libranza*” con flujos cero y con recaudo menor al esperado.

<sup>15</sup> Se realizaron visitas de carácter administrativo a las Cooperativas: COOPDOMUS LTDA, COOMUPAL, COOCREDIMED, COOINVERCOR y a las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A. entre los meses de julio y septiembre de 2013.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. a partir de noviembre de 2013 modificó su modelo de negocio, toda vez que en la venta de “pagarés-libranza” procedió a endosar los títulos en propiedad, pero sin responsabilidad a favor del comprador.
- Se hizo una revisión del “Archivo Visita Super 5 Dic 13” entregado el 10 de diciembre por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con el fin de verificar que el periodo de maduración de los “pagarés-libranza” vendidos coincidieran con los meses pactados y vendidos a los compradores de esos títulos, no se encontró irregularidad alguna.
- De acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el informe y el análisis de la información suministrada por la entidad visitada, como aquella que se recaudó por la comisión de visita en la inspección, se concluyó que para la fecha de la visita, en el desarrollo de la operación de venta de “pagarés-libranza” llevada a cabo por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con sus clientes compradores, no se configuraban los supuestos o los hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y en el Decreto 4334 de 2008.
- De lo expuesto en el informe quedó demostrado que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. llevó a cabo una operación de compraventa de “pagarés-libranza” con los clientes compradores, en la cual esa sociedad dio a cambio un bien o activo representado en aquellos títulos y entregó los respectivos pagos de los flujos, que recibió a su vez de ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S., LIBRANZAS GROUP S.A.S. y finalmente de las Cooperativas. Lo anterior bajo el entendido que la cartera no presentó siniestros ni prepagos que conllevaran a no pagar a los compradores y hacer exigible la cláusula de responsabilidad cambiaria pactada en cada contrato de venta.

**Sea oportuno mencionar que las cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los “pagarés-libranza” independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad que se podía predicar de las mismas, tema que resultaba ser del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la que esta Superintendencia le trasladó copia del informe de inspección a dicho Organismo.**

**De igual forma y teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.**

Ahora bien, el hecho de que con posterioridad la Superintendencia de Sociedades (en diciembre del año 2016) hubiese verificado la existencia de hechos objetivos que dieron cuenta de la realización de operaciones de captación de dineros del público por parte de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., **en modo alguno significa que la SFC haya sido omisiva en el cumplimiento de sus funciones**, porque, la información que esta Entidad evaluó corresponde a la recabada y entregada respecto de un periodo de 17 meses de operación de la misma, esto teniendo en cuenta que el modelo de negocio empezó en mayo de 2012.

### 7.1.2. Causales de exoneración de responsabilidad – Inexistencia de nexo causal entre la actuación de la SFC y el daño irrogado.

En el evento en que el Despacho llegare a considerar acreditada la existencia de un daño en el presente caso, las pretensiones deberían ser igualmente negadas ya que el mismo no es imputable ni atribuible a la SFC, pues concurren en el caso causales que deben exonerar de responsabilidad al Estado pues rompen el juicio de imputación fáctica y jurídica.

#### 7.1.2.1. Hecho de un tercero

En el evento en que la demandante lograra probar a lo largo del presente proceso la existencia de un eventual perjuicio en virtud de la entrega de dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o llegare a demostrar que las pérdidas que aduce haber sufrido devienen de la existencia y funcionamiento de esa sociedad, ese hecho **NO PUEDE SER ATRIBUIBLE A LA SFC**, pues claramente la causa del daño estaría afincada en la acción propiamente dicha de esa sociedad, con la que la aquí demandante entabló un negocio jurídico, siendo así responsabilidad de los representantes legales y/o administradores de esa persona jurídica las actuaciones que confluyeron en la pérdida de los recursos depositados, acciones que son completamente ajenas a mi representada.

En ese sentido, cuando en los hechos de la demanda se afirma que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. dejó de pagar las amortizaciones que mes a mes venía realizando a la demandante, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de la cartera, además de asuntos y menesteres internos de las cooperativas originadoras de las obligaciones adquiridas por la actora, debe indicarse que, respecto de estos hechos, ningún vínculo o relación causal tiene la SFC. Las mismas afirmaciones de la accionante denotan que fue el hecho del tercero con quien se había establecido el vínculo contractual, el que provocó la cesación de pagos que afectó el patrimonio de la reclamante.

Bajo ese entendimiento, de comprobarse que pudo haberse producido un daño, el mismo tendrá que ser objeto de litigio directamente entre las partes contratantes en desarrollo del negocio particular e individual que fue celebrado, ello, mediante el ejercicio de las acciones judiciales estatuidas por el legislador para tales fines, entre ellas, las de competencia de la jurisdicción ordinaria, e incluso a través del proceso penal respectivo, en el que cabe la reparación de los perjuicios irrogados con ocasión del injusto que llegaré a acreditarse más allá de toda duda razonable.

No puede perderse de vista que aun cuando se quiera imputar responsabilidad a la Administración y se pretenda de ella el pago de los recursos que de forma libre y autónoma se invirtieron en la sociedad hoy intervenida, el punto central de la discusión que aquí se plantea, es que el presente asunto versa sobre la celebración de un contrato entre particulares, del cual la SFC no fue parte, ni dio su consentimiento o aval, razón por la que mal podría pretenderse que el cumplimiento de las prestaciones a las que se comprometió cada uno de los obligados recaiga en esta autoridad de supervisión, y no en el tercero que se obligó jurídicamente con la demandante, esto es, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Así las cosas, resulta evidente que en el caso puesto a consideración del Despacho la atribución material del hecho dañoso, constituida como un fenómeno estrictamente naturalístico, se relaciona directamente con la acción del particular y no con la del Estado, siendo así que la responsabilidad solo puede endilgarse a la referida sociedad.

Por lo tanto, con fundamento en los hechos y pruebas vertidas dentro del proceso, para esta Superintendencia es claro que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. estructuró un modelo de negocio partiendo de una operación legal, como lo es la compra venta de “pagarés-libranzas”, atrayendo a particulares inversores al mismo con falsas promesas de rendimientos elevados, aun cuando podían establecer que los flujos recibidos resultaban insuficientes para garantizar el pago de lo prometido y que los títulos valores ofrecidos presentaban inconsistencias.

### 7.1.2.2. Culpa exclusiva de la víctima.

Sea lo primero señalar que la demandante tiene los conocimientos que dan las máximas de la experiencia y que con base en ellos tomó de forma libre, autónoma y consciente una decisión de inversión que por sus características tenía un riesgo inherente, del cual no puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por su resultado, **pues la función de supervisión a cargo de esta Superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida**, ello, tratándose aún de entidades vigiladas.

Cabe señalar, con base en las conclusiones contenidas en el Informe de Inspección analizado a lo largo de este escrito, que al parecer lo que ocurrió con la aquí accionante 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, y el cual se materializó en la compra de una cartera, que se generó en el alea de una posible rentabilidad atada al recaudo de unos recursos que se lograría en un periodo de tiempo determinado. Por ende, no se puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por el resultado de un negocio determinado por la autonomía de la voluntad de las partes, menos aun cuando el resultado del mismo dependía o estaba íntimamente ligado a los riesgos propios de los negocios realizados, y que la demandante consintió asumir libre y voluntariamente.

En ese sentido, debe auscultarse con especial énfasis el hecho que la accionante, según se infiere del libelo, obró en todo momento de manera libre, consciente y voluntaria al momento de entregar sus dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ello bajo el principio de la autonomía de la voluntad, que conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, en función del cual se les reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios. Razón por la cual no es dable asumir que el Estado deba tener responsabilidad por los perjuicios que los particulares sufran como resultado de su propia iniciativa.

Y es que proceder en un sentido contrario a éste, supone un riesgo evidente, que no es otro que el de llevar a concluir que cada que un inversionista, en un negocio de riesgo, pierda, el Estado habrá de responder por su dinero. Lo cual conllevaría a unas consecuencias contraproducentes, pues se daría cabida a la idea que las personas realicen toda clase de inversiones riesgosas, pues en el evento de fracasar el Estado responderá por ellas. Un argumento en esa dirección es que al Estado no pueden socializársele solo las pérdidas, cuando las ganancias son privatizadas

en los sujetos contratantes. Por lo que mal podrían instrumentalizarse las funciones de inspección, vigilancia y control, para sostener un modelo en el que las utilidades son individualizadas en unos pocos, mientras las pérdidas son compartidas entre todo el conglomerado social.

De otro lado, es importante considerar que la presunta relación contractual entre la demandante y OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., se trata de un negocio privado sin intervención alguna de la SFC, en el cual el interesado asevera haber realizado una “inversión” de dinero, tipo de negocio 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. 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.

Respecto de lo anterior, se debe señalar que:

*“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.”<sup>16</sup>*

En otras palabras, está el demandante obligado a actuar con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como a proceder con la diligencia debida y el cuidado que se espera frente a esta clase de operaciones comerciales. Esa diligencia lo hubiese llevado, al menos, a interrogarse e indagar sobre algunas cuestiones esenciales de la cartera que estaba adquiriendo, tales como el origen de los pagarés libranza, lo que le habría llevado a verificar si dichos títulos existían en las cooperativas originadoras que celebraban negocios con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la sociedad contratada para la custodia de los mismos.

Nótese que aun cuando el actor reprocha al Estado por un presunto actuar negligente, el dicho no ofrece prueba de ninguna clase, pasa por alto señalar que nunca acreditó haber verificado o realizado alguna investigación sobre el efectivo pago de los deudores de las obligaciones contenidas en los títulos valores que estaba adquiriendo. Tampoco hizo nada por establecer de qué tipo de cartera se trataba, si la misma estaba siniestrada, o los títulos valores presentaban inconsistencias, duplicidades, si la información que le brindaba vía correo electrónico sobre montos y plazos de los pagarés era verídica o fidedigna.

---

<sup>16</sup> Definición ABC: <http://www.definicionabc.com/economia/inversiones>.

Por el contrario, simplemente existen una serie de manifestaciones que dejan ver que la demandante se limitó a recibir información, sin comprobarla, y acto seguido a suscribir documentos sin un soporte válido, amparándose únicamente en la “*confianza*” que le brindaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Debe plantearse, entonces, la existencia manifiesta de una desidia del demandante en los términos a los que hemos hecho referencia, como causa determinante del posible perjuicio irrogado, por lo que la apreciación del daño, en caso de existir éste, deberá estar sujeta a la valoración de la conducta de quien se expuso a él imprudentemente.

En definitiva, en el presente caso consideramos están dados los elementos de tipo normativo que hacen improcedente la imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico, pues nos encontramos ante una actuación del accionante que evidencia imprudencia y la aceptación de riesgos o aleas propias del negocio jurídico que celebraron, lo cual tendría que excluir la responsabilidad de la Administración por el hecho o la culpa exclusiva de la víctima.

## **7.2. Intervención 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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, el cual fue ordenado por la SS mediante Auto 400-005087 del 13 de abril de 2018, a través del que se decretó la toma de posesión como medida de intervención de OPTIMAL LIBRANZAS 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 la demandante que a través del medio de control de reparación directa le sean restituidos como pretensión el valor de los dineros entregados a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., conllevaría al cobro de lo no debido e incluso de un enriquecimiento sin causa, por cuanto al restituirse al actor dentro del proceso de intervención 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.

## **8. PETICIÓN**

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho que han sido expuestas en el presente escrito de contestación, respetuosamente solicito a su señoría:

En forma principal:

1. Que de **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.
2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

En forma subsidiaria:

1. Se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones de mérito o de fondo denominadas: **ACTUACIÓN DILIGENTE Y CONFORME AL MARCO DE SUS COMPETENCIAS POR PARTE DE LA SFC RESPECTO DE OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.; CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD – INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN DE LA SFC Y EL DAÑO IRROGADO (HECHO DE UN TERCERO – CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA); INTERVENCIÓN COMO ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONOMICO COMO LA QUE SE PRETENDE.**
2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

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

## **10. RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEMANDANTE.**

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:

### 10.1. Remisión de expedientes:

En los acápite del escrito de reforma a la demanda titulados “EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA” y “REMISIÓN DE EXPEDIENTE”, la demandante solicita las mismas pruebas documentales, que corresponde entre otras a: i) copia del informe de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ii) copia de los oficios mediante los que se remitió a la SS y SES el informe de inspección y iii) Otros documentos relacionados con la actuación administrativa.

En relación con dicha solicitud, es de mencionar que con la presente contestación se adjunta el Informe de Inspección de la visita realizada por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A. que contiene los antecedentes y conclusiones de la misma, copia de las quejas y/o solicitudes de investigación recibidas en esta Superintendencia respecto de la referida sociedad, con su respectiva respuesta, que corresponde a la decisión final adoptada frente a cada queja, copia de los oficios mediante los que se remitió a la SS y SES el informe de visita.

**Así las cosas, las referidas solicitudes probatorias por sustracción de materia son innecesarias, además, es oportuno indicar que la parte actora ya cuenta con varios de los documentos solicitados, pues lo aporta como prueba en común.**

### 10.2. Informe juramentado.

La aquí demandante solicita “(...) ordenar al representante legal de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o quien haga sus veces, que rinda un informe juramentado en relación con las actuaciones administrativas que se surgieron con antelación a julio de 2016”.

Al respecto, es importante reiterar que conforme lo establece el artículo 168 del Código General de Proceso “El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

En el caso que nos ocupa, el informe sobre las actuaciones adelantadas por la SFC respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., fueron relatadas a lo largo del presente escrito, además con la contestación se aporta copia del informe de la visita de inspección. Por ende, el informe juramentado solicitado no solo resulta inútil para el proceso, en la medida en la que se limitaría a reiterar el contenido del mencionado informe, además de generar una carga y un desgaste adicional para la administración pública.

Por ello, ME OPONGO al decreto de dicho informe y pido al (a) señor (a) juez (a) rechazarlo, pues al ya existir unos documentos que contienen la misma información que se obtendría con su decreto y contar con un resumen detallado de la actuación y conclusiones, la prueba carecería de utilidad y se torna innecesaria para el proceso, pues en caso de decretarse, sería del todo superflua, reiterativa y redundante.

## 11. PRUEBAS.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Con el propósito de acreditar y respaldar los hechos y afirmaciones que se han expuesto a lo largo de la presente contestación, solicito que se decreten y valoren como pruebas, además de aquellas que oficiosamente disponga decretar y practicar el Despacho, las siguientes:

### 11.1. Documentales que se aportan.

Conforme al numeral 4 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la contestación de la demanda debe acompañarse todas las pruebas que la demandada pretenda hacer valer en el proceso, por lo que para el caso que nos incumbe se allegan:

1. Trámite No. 2013041076 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Alvaro Iván Rojas y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
2. Trámite No. 2013041086 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Mauricio Santiago Jiménez y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
3. Copia del Oficio No. 2013058932-000 mediante el que se ordenó adelantar la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 9 y 17 de julio de 2013.
4. Copia del Oficio No. 2013058932-005 mediante el que se ordenó realizar visita de actualización a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 2 y 6 de diciembre de 2013.
5. Informe de Inspección de fecha 15 de julio de 2013 que contiene los resultados de las dos visitas practicadas a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.
6. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Economía Solidaria remitido través del oficio No. 2013058932-009 del 27 de febrero de 2014.
7. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Sociedades remitido través del oficio No. 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014.
8. Informe de Inspección No. 2013064058-008 de la visita practicada a ESTRAREGIA PATRIMONIAL S.A.S.
9. Informe de Inspección No. 2013064063-003 de la visita practicada a COOPDOMUS LTDA.
10. Informe de Inspección No. 2013064064-003 de la visita practicada a COOMUTUAL.
11. Informe de Inspección No. 2013081431-014 de la visita practicada a COOCREDIMED.
12. Informe de Inspección No. 2013081463-009de de la visita practicada a COOINVERCOR.
13. Informe de Inspección No. 2013081468-007 de la visita practicada a LIBRANZAS GROUP S.A.S.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

14. Trámite No. 2016112058 mediante el que se atendió la petición presentada por el Dr. Diego Vega en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Carlos Humberto Garzón y Diana Patricia Maldonado Rincón, en la que solicitó se promoviera la intervención y toma de posesión por captación de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
15. Copia del requerimiento y orden de inspección de la Fiscalía General de la Nación junto con las respectivas respuestas.
16. Trámite No. 2018019222 mediante el que se atendió la petición presentada por la señora Luisa Fernanda Daza Manrique.
17. Copia de la petición elevada ante el agente interventor y en la que se solicita la certificación de la suma reconocida, montos cancelados y saldo pendiente por pagar a la demandante dentro del proceso de intervención que adelanta la Superintendencia de Sociedades contra OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., junto con los respectivos soportes, decisiones y autos. Dicha prueba será allegada al Despacho una vez se obtenga la respuesta correspondiente.

Para que obren como pruebas en el proceso adjuntamos copia de la documentación en comento, siendo oportuno señalar que se autorizó a las cuentas: [jadmin60bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jadmin60bt@cendoj.ramajudicial.gov.co) y [jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co) para que la consulten en el siguiente link: [https://superfinanciera-my.sharepoint.com/:f/g/personal/albustamante\\_superfinanciera\\_gov\\_co/EhC2BJH5GSFPtAZuAKY3qyYBSLJB5sgj0ZwcQSYjUhUpeA?e=babkuV](https://superfinanciera-my.sharepoint.com/:f/g/personal/albustamante_superfinanciera_gov_co/EhC2BJH5GSFPtAZuAKY3qyYBSLJB5sgj0ZwcQSYjUhUpeA?e=babkuV)

Para que obren como pruebas en el proceso adjuntamos copia de la documentación en comento, **trasladándole la reserva sobre dichos documentos al Despacho Judicial, por cuanto al tratarse de una actuación administrativa, contiene información clasificada y/o reservada.**

### 11.2. Pruebas que se solicitan.

#### 11.2.1. Interrogatorio de parte.

En los términos del artículo 184 y siguientes del Código General del Proceso y demás normas concordantes, comedidamente solicito se fije hora y fecha, para **INTERROGAR** bajo la gravedad de juramento a la demandante en este proceso, BERTHA YANETH PRADA OCHOA, lo cual haré de forma oral o escrita, en relación con los hechos materia del medio de control de Reparación Directa, persona que será citada a través de su apoderado judicial en los términos autorizados por el artículo 78 del CGP.

## 12. NOTIFICACIONES

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4 - 49 Segundo Piso, Zona C, Oficinas del Grupo Contencioso Administrativo Dos, en Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico: [notificaciones\\_ingreso@superfinanciera.gov.co](mailto:notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co). El suscrito las recibe en la dirección de correo

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

electrónico: [albastamante@superfinanciera.gov.co](mailto:albastamante@superfinanciera.gov.co) también puedo ser contactado en la línea celular **3002843775**

Visítenos en [www.superfinanciera.gov.co](http://www.superfinanciera.gov.co) donde podrá consultar información del sistema financiero, bursátil y asegurador colombiano, realizar trámites en línea y acceder a nuestros espacios de participación ciudadana. Recuerde que también estamos en Twitter y Facebook.

Cordialmente,



T.P. 310 494 del C.S.J

C.C. 1.096.209.421 de Barrancabermeja

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ**

70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

*Elaboró:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*

*Revisó y aprobó:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*



# SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020267034-015-000

Fecha: 2021-06-15 16:03 Sec.día1931

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc.: 39-RESPUESTA FINAL E

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM193999-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Señores

## JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Dr. Alejandro Bonilla Aldana - Juez  
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co  
Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020267034-015-000  
Trámite : 132 DEMANDAS  
Actividad : 39 RESPUESTA FINAL E  
Anexos :

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicado:** 11001-33-43-060-2020-00049-00  
**Demandante:** BERTHA YANETH PRADA OCHOA  
**Demandados:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO  
**Asunto:** CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA  
**Radicado Interno SFC:** 2020267034

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTÍNEZ**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.096.209.421 de Barrancabermeja, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 310.494, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante, la SFC)**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito dar **CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA** de la referencia, para lo cual procedo 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.

En su nombre y representación interviene el suscrito apoderado, en virtud del poder que me fue conferido por el Coordinador del Grupo Contencioso Administrativo 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 PARA PRESENTAR LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA A LA DEMANDA

El numeral primero del artículo 173 de la Ley 1437 de 2011, dispone entre otras cosas lo siguiente: *“De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial”*.

Ahora bien, mediante auto del 20 de mayo de 2021, notificado por estado del día 21 del mismo mes y año, se admitió la reforma de la demanda y se corrió traslado de la misma por la mitad del término, es decir por 15 días hábiles, los cuales empezaron a correr a partir del día 24 de mayo de 2021 y fenecen el 15 de junio del año en curso. Por lo tanto, es evidente que esta Superintendencia se encuentra dentro del término para pronunciarse frente a la reforma de la demanda.

Con el fin de evitar confusiones y con el ánimo de hacer más clara y organizada la intervención de mi prohilada, se hará un pronunciamiento general de los escritos de demanda y de reforma de la demanda, razón por la cual en el presente documento se integra la contestación de ambas.

## 3. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Con fundamento en las razones que se acreditarán a lo largo de este escrito y en general en el devenir de este proceso judicial, **ME OPONGO A TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA** por las siguientes razones, a saber:

- Carecer de fundamento respecto de mi prohilada, 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 SFC 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 **SFC. 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 un asunto en el que se encuentran debidamente configuradas diversas causales que eximen de responsabilidad a la **Superintendencia Financiera de Colombia**.

**En consecuencia, consideramos que no hay lugar a que la autoridad judicial acoja las pretensiones declarativas y de condena formuladas por la demandante.**

#### 4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

4.1. A esta Superintendencia **NO LE CONSTAN** los **HECHOS 1) al 3)** en los que se indica que la demandante fue contactada por la fuerza comercial de la empresa **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.)**, que le explicaron en qué consistía el sistema de inversión en libranzas y el papel que dicha sociedad desarrollaba en la operación de títulos valores de esas características, los cuales le ofrecían en venta, prometiéndole a su vez una rentabilidad equivalente al interés bancario corriente.

Al respecto vale la pena señalar que las anteriores afirmaciones se refieren a las condiciones ofrecidas por la referida sociedad para la ejecución del negocio jurídico celebrado con la demandante, relación en la que esta Superintendencia no tuvo ningún tipo de participación o injerencia.

4.2. Frente al **HECHO 4) NO NOS CONSTAN** los valores que allí se relacionan y nos atenemos a lo que para la época haya certificado la Entidad que represento. La tasa de interés certificada puede ser consultada en nuestra página web [www.superfinanciera.gov.co](http://www.superfinanciera.gov.co), sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 180 del Código General del Proceso los indicadores económicos se consideran un hecho notorio.

4.3. En el **HECHO 5)** se afirma que la demandante indagó ante esta Superintendencia y la Superintendencia de Sociedades (en adelante SS) sobre la legalidad de las operaciones desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., lo que le permitió establecer que las demandadas conocían de las operaciones, 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 al revisar en el Sistema de Gestión Documental – SOLIP, que contiene la totalidad de trámites adelantados por esta Entidad, **no se encontró que la aquí demandante haya presentado ante esta Superintendencia petición alguna mediante la que indagara sobre el negocio ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., razón por la que NO ES CIERTO lo afirmado por la actora en el dicho. Valga la pena manifestar que en las pruebas allegadas con la reforma no reposa documento alguno que acredite tal antecedente.**

Finalmente, lo relacionado con la SS **NO NOS CONSTA** pues se refiere al actuar de una entidad distinta a la SFC.

4.4. Frente a los **HECHOS 6) y 7) NO NOS CONTAN** los términos de la información suministrada a la aquí demandante por los asesores de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. pues son personas ajenas a esta Superintendencia. En cuanto a las verificaciones realizadas por medios informáticos, es deber de la actora acreditar que las mismas fueron ejecutadas.

4.5. En cuanto al **HECHO 8)** en el que se manifiesta, sin hacer especificación respecto de una determinada persona, que varios inversionistas solicitaron a esta Superintendencia información sobre la legalidad de las operaciones adelantadas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., debemos señalar que al revisar el Sistema de Gestión Documental – SOLIP, que contiene la totalidad de

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

trámites atendidos por esta Entidad, se encontraron las siguientes peticiones relacionada con la referida sociedad:

No.	RADICADO	PETICIONARIO
1	2013041076-000 del 6 de mayo de 2013.	Alvaro Iván Rojas
2	2013041086-000 del 6 de mayo de 2013.	Mauricio Santiago Jiménez
3	2016112058-000 del 5 de octubre de 2016.	Dr. Diego Felipe Vega Jiménez en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Diana Patricia Maldonado Rincón y Carlos Humberto Garzón.
4	2018019222-000 del 14 de febrero de 2018.	Luisa Fernanda Daza Manrique.

Frente a dichas comunicaciones estimamos oportuno hacer un breve resumen del objeto de las mismas, así como del actuar y respuesta dadas por esta Superintendencia. Veamos:

### **2013041076-000 y 2013041086-000.**

Los señores Alvaro Iván Rojas y Mauricio Santiago Jiménez reenviaron a esta Superintendencia vía correo electrónico copia de un folleto que les fue enviado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en el que se promocionaba el negocio de venta de pagarés-libranza, comunicaciones en la que cuestionaban si dicho ofrecimiento era “(...) *otro DMG*” y se solicitó “(...) *para su revisión no hay (sic) sea otra pirámide.*”

Con fundamentos en lo anterior se procedió a consultar la página web de dicha sociedad y se identificó que ofrecía sus servicios mediante tres sociedades, siendo una de ellas **OPTIMAL FACTORING** la cual se dedicaba a desarrollar actividades de factoring y dado que tales compañías no se encontraban, ni se encuentran sometida a la vigilancia de la SFC, con fundamento en establecido en el Capítulo II y artículo 11 de la Ley 35 de 1993 se realizó mediante los Oficios No. 2013041076-001 y 2013041086-001 del 27 de febrero de 2014 el respectivo traslado a la entidad competente, que para el caso es la Superintendencia de Sociedades.

De otro lado, mediante los Oficios de respuesta No. 2013041076-002 y 2013041086-002 del 30 de mayo de 2014, se informó a los accionantes entre otras cosas que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. “(...) **NO** se encuentra sometida a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, razón por la que no está autorizada para adelantar actividades exclusivas de las entidades vigiladas por este Organismo y dentro de ellas, captar masivamente recursos del público.”, así como el traslado realizado a la SS.

### **2016112058-000.**

Mediante petición del 5 de octubre el 2016 el Dr. Diego Felipe Vega Jiménez en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Diana Patricia Maldonado Rincón y Carlos Humberto

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Garzón solicitó a este Organismo “(...) **INTERVENCIÓN Y TOMA DE POSESIÓN POR CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL SIN AUTORIZACIÓN ESTATAL** debido a que **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.** (...) ha realizado Captación masiva y habitual de dineros del público (...)”

Considerando que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no se encuentra bajo vigilancia de esta Superintendencia y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, se remitió la mencionada comunicación a la SS para los efectos propios de su competencia, teniendo en cuenta que la mencionada firma se encuentra en la lista de las sociedades vigiladas por esa Entidad. Actuación que se surtió mediante Oficio No. 2016112058-001 del 12 de octubre de 2016.

Igualmente, al Dr. Vega Jiménez a través del Oficio No. 2016112058-002 del 18 de octubre de 2016 se le informó que conforme a lo dispuesto en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero este Organismo ejerce las funciones de sanción, supervisión, certificación y publicidad, entre otras, respecto de entidades sometidas a su vigilancia. Se precisó que la referida sociedad **NO** se encuentra sometida a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia y que su comunicación había sido remitida por competencia a la SS. Pues se evidenció que OPTIMAL se encontraba dentro de la lista de entidades sometidas a la vigilancia de esta autoridad, además por ser la competente para vigilar las sociedades que desarrollan operaciones de factoring y la facultada conforme al Decreto 4334 de 2008 para verificar si la citada sociedad desarrollaba operaciones que configuraran una captación ilegal de recursos del público, así como para adoptar las medidas administrativa pertinente y proceder con su intervención.

### **2018019222-000.**

La señora Luisa Fernanda Daza Manrique mediante petición radicada el 14 de febrero de 2018 solicitó información y copia de los documentos relacionados con la visita de inspección realizada por esta Superintendencia a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. A través del Oficio No. 2018019222-001 del 28 de febrero de 2018 se atendió dicha solicitud, señalando que la citada sociedad no está sometida a la inspección, vigilancia o control de la SFC, se precisó que “(...) *la información relacionada con las labores de supervisión que desarrolle esta Entidad en cumplimiento de sus funciones tiene la connotación de “Información Pública Reservada” protegida por lo establecido en el literal e), numeral 3 del artículo 326 del EOSF, además los informes de las visitas de inspección que se lleven a cabo en razón de una actuación administrativa, son reservados, en virtud de lo establecido en el numeral 3° del artículo 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*”

En virtud de lo anterior se le solicitó a la señora Luisa Fernanda remitir “(...) *la correspondiente autorización del Juez de Garantías, o en su defecto cumplir con lo señalado en el parágrafo del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.*”, pero lo que se le otorgó un (1) mes de plazo. Teniendo en cuenta que dentro del referido término no se recibió respuesta alguna de la ciudadana, esta Entidad mediante Oficio No. 2018019222-003 del 5 de abril de 2018 le indicó: “(...) *este Organismo encuentra procedente decretar el desistimiento tácito de la petición y en consecuencia se ordena el ARCHIVO de la presente actuación administrativa, frente a la cual únicamente procede el recurso de reposición. Lo anterior sin perjuicio, que pueda presentar una nueva petición con el lleno de los requisitos legales (...)*”

**4.6.** En cuanto al **HECHO 9), NO NOS CONSTA** que la demandante haya adelantado algún tipo de indagación ante la Cámara de Comercio con el fin de averiguar el objeto social registrado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., por lo que nos atenemos a las pruebas que sobre este dicho reposen en el expediente.

**4.7.** Los **HECHOS 10) y 11) SON PARCIALMENTE CIERTOS**, debe precisarse que el día 6 de mayo de 2013 se recibieron en esta Entidad dos correos electrónicos a los que se adjuntó copia un folleto donde se invitaba a invertir en “pagarés-libranza” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide. Esta Superintendencia atendiendo las funciones de prevención y control del ejercicio ilegal de la actividad financiera consideró pertinente evaluar si en el desarrollo del objeto social de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se presentaban operaciones en las cuales se pudieran estar configurando hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público.

Por lo anterior la SFC, practicó una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación.

Así las cosas, nos atenemos al tenor literal de los antecedentes y en general al total del contenido de informe producto de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., documento que reposa en el plenario y que se allega nuevamente con el presente escrito.

**4.8.** El **HECHO 12) ES PARCIALMENTE CIERTO**. En el punto “6 CONCLUSIONES” del informe de inspección No. 11300809201300263 se indicó que: *“(…) de acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el presente informe y del análisis efectuado tanto a la información suministrada por la entidad visitada, como aquella que la Comisión de Visita recaudó en el transcurso de la inspección, se concluye que en la operación de venta de ‘pagarés-libranza’ llevada a cabo por la sociedad Optimal Libranzas S.A.S., con sus clientes compradores, a la fecha de la presente visita, no se encuentran configurados lo supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008.*

(...)

*Finalmente, es pertinente precisar que el modelo de negocio de la sociedad Optimal Libranzas S.A.S. empezó en mayo de 2012, período corto para determinar y establecer el impacto que puede presentar la siniestralidad de pagarés libranzas en los estados financieros de la sociedad, toda vez que el período evaluado corresponde a sólo 17 meses de operación.”*

**4.9.** Los **HECHOS 13) y 14) ES PARCIALMENTE CIERTO**, se debe precisar que mediante Oficio No. 2013058932-010 esta Superintendencia remitió a la SS copia del informe de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., esto debido a que cuando se estaba adelantando la misma se presentaron en la dicha sociedad tres funcionarios de esa entidad que habían sido

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

comisionados para llevar a cabo una toma de información, diligencia que se abstuvieron de practicar hasta tanto la SFC culminara la visita y remitiera el informe.

Ahora bien, con Oficio No. 2013058932-009 se remitió el informe de visita a la Superintendencia de la Economía Solidaria (en adelante SES), ya que en el curso de la misma se evidenciaron algunos hechos que podían ser del resorte de dicha entidad debido a la operación de compra y venta de pagarés-libranza originados de créditos otorgados por cooperativas.

**4.10.** Se indica en el **HECHO 15)** que la SFC es competente para imponer medidas cautelares con el fin de evitar que cualquier persona natural y/o jurídicas ejerzan sin autorización, actividades exclusivas de las entidades vigiladas.

Al respecto es oportuno señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 108 del Decreto Ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la SFC puede imponer a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las vigiladas sin contar con autorización, una o varias de las medidas descritas en tal disposición.

Igualmente, en los artículos 325 y 326 *ibidem* se otorgan a esta Entidad facultades de supervisión, prevención y sanción respecto de personas que desarrollan actividades propias de las instituciones vigiladas.

De lo anterior, se puede inferir que para que la SFC adopte alguna medida contra una no vigilada se debe evidenciar que esté desarrollando sin autorización una actividad propia de una entidad vigilada y para el caso en particular la sociedad Optimal Libranzas S.A.S. realizaba compra y venta al descuento de cartera de créditos instrumentada en títulos valores de contenido crediticio denominados “pagarés-libranza” y como se ha señalado anteriores y se explicará con detalle más adelante en la visita practicada a la referida sociedad se concluyó que la fecha en que se practicó *no se encontraron configurados los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008.*

**4.11.** En los **HECHOS 16) al 19) y 21)** se indica que la demandante con ocasión de las presuntas indagaciones elevadas ante la SFC y SS suscribió con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. un contrato de compraventa para la adquisición de libranzas, que con ocasión del negocio realizó unos pagos a la referida sociedad y que no recibió suma alguna por concepto de amortización y que ante la cesación de pagos le quedaron adeudando dinero. Al respecto, debemos señalar que dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no fue parte de la relación negocial celebrada entre la citada sociedad y el demandante.

Finalmente vale la pena llamar la atención pues con el traslado de la demanda y reforma no se allegó copia del contrato y consignaciones. No obstante, si dichos documentales reposan en el expediente, en relación con su validez, nos atenemos a lo que se pruebe a lo largo del proceso, así como a lo que resulte del juicio que deba realizarse en torno a su legalidad y veracidad y, en general, lo que pueda concluirse a partir de ellos

**4.12.** Respecto a los **HECHOS 22) al 26) y 29) al 31)** en los que se indica que el demandante recibió en el plan de pagos por parte del interventor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. unas

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

determinadas sumas de dinero y le quedaron adeudando otro monto, que se hizo parte del proceso de liquidación de dicha sociedad, se entiende que se refieren al proceso de intervención, y se hace mención a las funciones de los interventores o agentes liquidadores nombrados por la Supersociedades, debemos manifestar que **NO NOS CONTAN** tales afirmaciones ya que se refieren a actuaciones surtidas al interior del proceso jurisdiccional que adelanta una entidad distinta a la SFC, en este caso la SS.

No obstante, lo relatado en estos numerales es susceptible de ser tenido en cuenta como confesión de parte, a efectos de establecer que la aquí demandante ya se encuentran reclamando las sumas pretendidas a través del presente medio de control, en la instancia por ellas referida.

Finalmente, los dichos relativos a las funciones del agente interventor o liquidador no constituyen un hecho sino una manifestación subjetiva del actor la cual debe acreditarse.

**4.13.** Frente a los **HECHOS 20) y 27)**, en los que se señala que a mediados del año 2016 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. cesó el pago de las amortizaciones, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de cartera, además de asuntos relacionados con las pagadurías y menesteres internos de las cooperativas originadoras de los pagarés-libranza las cuales adujeron siniestros de cartera, debemos indicar que el contenido de los dichos corresponde a apreciaciones o señalamientos de la demandante que deberán ser probados en el proceso.

En este orden de ideas **NO NOS CONSTA** lo manifestado en los mismos, ya que como se indicó anteriormente mi prohijada no hizo parte del negocio jurídico al que se ha hecho referencia. De otro lado, es pertinente que se **tenga por sentado y a manera de confesión del accionante, que desde esa fecha se produjo el presunto incumplimiento contractual que le originó una afectación, esto para el conteo del término de caducidad.**

**4.14.** Respecto al **HECHO 28) ES CIERTO** que la SS mediante Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 adoptó una medida de intervención administrativa respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y ordenó a dicha sociedad la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que el referido acto administrativo no fue expedido por la Entidad que representó y que es un documento público, nos atenemos al tenor literal del mismo.

**4.15.** Respecto a lo señalado en el **HECHO 32)** en el que se indican que la SFC y la SS conocieron a plenitud el modelo de negocio desarrollado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y no obstante ello, no desplegaron acciones para evitar que continuaran en operación, debemos indicar que son meras apreciaciones subjetivas que deben ser probadas dentro del proceso, pues dan a entender una realidad totalmente distorsionada y amañada del asunto que **NO ES CIERTA.**

De otro lado, como se dijo anteriormente la SFC realizó una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de

negocio y fuentes de financiación. Culminada la visita se concluyó que no se configuraban los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008. Es de precisar que la citada actuación será explicada más adelante.

Frente a las manifestaciones relacionadas con la SS, debemos señalar que se refieren a una autoridad distinta a la Superfinanciera, razón por la que **NO NOS CONSTAN** y deberán ser probadas por la demandante.

**4.16.** Señala el **HECHO 33)** que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. haya defraudado a aproximadamente trescientos trece (313) personas bajo su modalidad de negocio, por lo tanto, dicha afirmación deberá ser probada dentro de la presente acción, en consecuencia, nos atenemos a lo que se pruebe.

**4.17.** Respecto al **HECHO 34)**, en el que se hace una transcripción de las actividades inscritas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, es de señalar que las mismas corresponden a la autonomía de la voluntad de los socios, quienes determinaron que actividades iban a registrar. **Se observa que ninguna corresponde a una actividad exclusiva de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, razón por la cual es dable afirmar, sin lugar a duda que dicha sociedad no se encontraba sometida a la vigilancia e inspección de esta Entidad.**

**4.18.** En relación con los **HECHOS 35) y 36)**, en los que se indica que la demandante se involucró en el proceso comercial ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. debido a la información brindada por la SFC y la SS, **NO ES CIERTO RESPECTO DE LA SFC Y NO NOS CONSTA FRENTE A LA SS.** Como se puso de presente al contestar el hecho 5), **NO ES CIERTO** que el accionante haya realizado algún tipo de indagación ante esta Superintendencia.

**4.19.** En lo atinente al **HECHO 37)** en el que se hace mención a las actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público y así de los supuestos de captación contenidos en el decreto 3227 de 1982, es necesario señalar previamente que dicha norma fue modificada por el decreto 1981 de 1988 y hoy están contenidas en el artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015. Preciado lo anterior, debe indicarse que no se trata de un hecho, sino de la cita textual de una norma, por ende, nos atenemos al tenor literal de la misma.

**4.20.** En cuanto a los **HECHOS 38), 45), 46), 53), 49) y 50) que conforme a la numeración correcta corresponden a los HECHOS 54) y 55)** en los que se citan artículos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Decreto 4334 de 2008, debe indicarse que no se trata de hechos sino de la cita de normas, en consecuencia, nos atenemos al tenor literal de las mismas.

No obstante, resulta necesario distinguir que el artículo 2 del Decreto 4334 de 2008 corresponde a las atribuciones de intervención otorgadas a la SS respecto de las personas naturales o jurídicas que desarrollan las actividades descritas en los literales a) y b) de dicha disposición. Así, dicha norma difiere de las competencias y facultades conferidas a la SFC en los artículos 108 y 326 numeral 4) literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), las que con un contenido normativo autónomo se fundamentan a su vez en lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política. Y es que en virtud de éstas últimas disposiciones la SFC

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

puede adoptar medidas cautelares frente a cualquier persona natural o jurídica de derecho privado que, sin contar con la autorización respectiva, desarrolle actividades exclusivas de las entidades vigiladas por la SFC, así como de cualquier otra que pueda estar incurriendo en captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público.

La facultad mencionada en cabeza de la SFC, no es otra que la materialización de lo que se puede denominar como función administrativa de supervisión y control en desarrollo de la cual a esta Superintendencia le corresponde inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que cuentan con autorización para constituirse, funcionar y que a la vez son habilitadas por la ley para manejar recursos captados del público. Lo anterior de conformidad con las normas legales pertinentes, como son, entre otros, los artículos 325 y ss. del EOSF que definen la naturaleza, los objetivos, las funciones y las facultades de este Organismo, así como también la obligación de prevenir y controlar que las personas no vigiladas realicen actividades como la captación ilegal de dinero, para lo cual aplica lo establecido en el artículo 108, literal d) numeral 1, del artículo 325, literal a) numeral 4 y literal b) numeral 5 del artículo 326 del EOSF, Decreto 1068 de 2015 y Decreto 4334 de 2008.

No obstante lo anterior, conforme a lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 es competencia privativa de la SS adelantar la intervención y toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y patrimonio de las entidades que no están sometidas a la vigilancia de la SFC y por ende no cuentan con la autorización para ejercer la captación de recursos del público.

**Finalmente, es importante resaltar que la SFC no adoptó medidas respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, toda vez que de la visita efectuada, 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 para ese momento, tal y como se explicará más adelante.**

**4.21.** Señala el **HECHO 39)** que para el momento en que se practicó la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., dicha empresa había celebrado contratos para la venta de libranzas con más de 313 personas.

Sobre el particular, dicho hecho **NO NOS CONSTA**, pero es necesario reiterar que la SFC realizó **una visita de inspección a dicha sociedad** que se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, y una vez culminada no se evidenciaron hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público. En ese orden de ideas nos atenemos al tenor literal del citado informe.

**4.22.** En relación con los **HECHOS 40) al 42)** que se refieren al promedio de operaciones realizadas por cada persona con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., indican que las ofertas para la celebración de contratos de venta de libranzas se hacían de manera abierta y finalmente que para la fecha de celebración del contrato suscrito por la demandante con dicha sociedad, la misma había celebrado más de 20 contratos durante 3 meses, es menester señalar lo siguiente:

Ya que lo pretendido por la demandante es referirse a los supuestos de captación, debemos

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

mencionar que tal y cómo se ha señalado a lo largo de este escrito, para las fechas en que la SFC realizó una visita a OPTIMAL LIBRANZAS 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, la SFC mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014 remitió el informe de visita a la Superintendencia de la Economía Solidaria (en adelante SES) y Superintendencia de Sociedades**. No obstante, tales la afirmación son apreciaciones subjetivas del actor, la cuales deberán ser probadas.

Por otro lado, respecto a las demás consideraciones realizadas por el accionante, relacionadas con la operación de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., me atengo a lo establecido en el informe de la visita adelantada a dicha sociedad, pues en aquel se consagran las evidencias recaudadas por esta autoridad y para el efecto tal documento se aporta como prueba.

**4.23.** En relación con los **HECHOS 43) y 44)** en los que se transcriben apartes del numeral 10.1 del acápite de antecedentes de la Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 proferida por la SS y se indica que conforme a lo dispuesto dicho acto administrativo se fijó en la página web de la entidad un aviso de prenda del agente interventor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., debemos señalar que esta Superintendencia se atiene al contenido literal de la Resolución y a lo que se pruebe en relación con el cumplimiento a lo ordenado en la misma, pues son actuaciones que no fueron ejecutadas por mi representada.

**4.24.** En cuanto a lo argüido en los **HECHOS 47) y 48)** en los que se afirma que la SS y la SFC a pesar de advertir el tipo de negocios que ejecutaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., no ejercieron ninguna medida que buscara detener la comercialización de libranzas, a pesar de las visitas celebradas durante los años 2014, 2015 y 2016, y que solamente hasta el 15 de noviembre de 2017 fueron adoptadas.

Debemos anotar que tal aseveración es una apreciación subjetiva de la demandante y debe ser probada al interior del proceso, pues da a entender una realidad distorsionada y amañada del asunto, que por lo menos en lo que atañe a la SFC, **NO ES CIERTA**.

Con el fin de desvirtuar las afirmaciones relacionadas con esta Superintendencia, se procede a hacer un breve resumen de las actuaciones desplegadas por mi representada:

Mediante Oficio No. 2013058932-000 del 8 de julio de 2013 se ordenó realizar una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-005 del 29 de noviembre de 2013.

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “pagarés – libranza” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente. Por lo anterior, la SFC consideró pertinente realizar visita de inspección tanto a la sociedad, como a algunas de las Cooperativas.

Teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.

De otro lado, al evidenciar que las Cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los “pagarés-libranza” independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad que se podía predicar de las mismas, se estimó que dicho tema era del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la cual se le trasladó una copia del informe de inspección para lo de su competencia.

**4.25.** En lo atinente al **HECHO 49)** que se refiere a las supuestas investigaciones realizadas por la demandante mediante peticiones administrativas dirigidas a la SFC y a la SS, es de mencionar que **NO ES CIERTO en lo que atañe a la SFC**, pues tal y como ya se indicó, una vez verificado el Sistema de Gestión Documental - SOLIP que contiene los trámites adelantados por esta autoridad, **no se encontró petición alguna formulada por la señora BERTHA YANETH PRADA OCHOA.** Además, se reitera que con la demanda no se allegó prueba alguna que acredite lo que afirma la demandante.

**4.26.** Frente a los **HECHOS 50) al 52)** atinentes a que la SFC y SS con ocasión de las respuestas de las supuestas peticiones administrativas interpuestas por la demandante, avalaron y tuvieron pleno conocimiento de las actividades delictivas que desarrollaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., al igual que del conocimiento de la suscripción de más de 20 contratos para la venta de libranzas en un período de tres meses, debemos mencionar que respecto de la SFC **NO ES CIERTO** lo acotado, pues como se ha expuesto, no se recibieron solicitudes de la aquí demandante relacionadas el negocio celebrado con la referida sociedad. De igual manera, se hace hincapié en que de la visita realizada por la SFC se concluyó para la fecha, que las actividades realizadas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., NO configuraban actividades de captación o recaudo no autorizado según el Decreto 4334 de 2008 y el Decreto 1981 de 1988, tal y como consta en el informe de inspección que se aporta.

Con fundamento en lo anterior, se desprende con total claridad que lo afirmado por la demandante en estos hechos, como se dijo atrás, no son más que simples juicios de valor por completo ajenos a la realidad de las actuaciones adelantadas por la SFC, lo que puede ser constatado con las pruebas documentales que se aportan con el presente escrito.

De otro lado, **NO NOS CONSTAN** las afirmaciones relacionadas con la SS, por lo que nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.

**4.27.** En el **HECHO 55)** se indica que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. dado el número de operaciones, desarrollaba actuaciones privativas o reservas de manera exclusiva al sistema financiero aprobado por la SFC como bancos, entidades de ahorro y vivienda, debe señalarse que se trata de apreciaciones de la parte demandante que **NO SON CIERTAS** y deberán ser probadas por la aquí demandante.

## 5. FUNDAMENTOS JURÍDICO DE LA DEFENSA

### 5.1. Estructura de la responsabilidad extracontractual de la administración pública.

En la Constitución Política, específicamente en el artículo 90, se estableció que:

*“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 sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir con éste”.*

En virtud de dicha norma, la estructura de la responsabilidad sufrió un proceso de “constitucionalización”, erigiéndose en garantía de los derechos e intereses de los administrados, así como de su patrimonio, en el entendido de que el Estado será obligado a reparar los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, ya sea por la acción o la omisión de sus agentes.

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha entendido que a la luz de lo prescrito por el referido artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual de la Administración<sup>1</sup>, tiene como fundamento<sup>2</sup> la determinación de una serie de elementos que deben concurrir para la declaración de la responsabilidad estatal, siendo estos: la determinación de un **daño antijurídico** causado a un administrado, así como la **imputación** del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de un deber y, por último, el **fundamento del deber de reparar**, que debe dar cuenta de las razones de derecho por la que los perjuicios deben ser indemnizados.

En cuanto a la imputación debe destacarse que se trata de juicio que demanda un doble esquema de análisis en el cual debe efectuarse un juicio de **imputación fáctica**, por un lado, y uno de **imputación jurídica**, por el otro, siendo la imputación desde un punto de vista fáctico, un ejercicio de atribución material o eminentemente causal del origen del daño o los elementos naturales que han intervenido en su producción. Entretanto, la imputación jurídica hace referencia a un escenario en el que el juez debe determinar si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica o de tipo normativo de reparar el daño.

<sup>1</sup> La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son el resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976). Actor: Cleofas Tumbajoy Alarcón; Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y otros. Medio de Control: Reparación Directa. Sentencia del 16 de febrero de 2017.

Ahora, desde una perspectiva clásica la responsabilidad también ha sido entendida bajo los siguientes derroteros, los cuales entraremos a desarrollar:

### 5.1.1. El 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 1993<sup>3</sup>, 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 de este instituto jurídico es lograr reparar e indemnizar a una persona que ha sufrido una merma que no está en la obligación de soportar conforme al ordenamiento jurídico.

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

Para poder endilgar responsabilidad en cabeza del Estado es necesario determinar cuál fue la fuente que originó el daño, es decir, es necesario 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.”*<sup>4</sup>, 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.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 333 del 1° de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. Editorial Temis. Bogotá 2000. Págs. 195 a 198.

Por esa razón, 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 éste 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, como quiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado<sup>5</sup>. Frente a este tópico ha señalado:

*“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 cogerestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero.**”<sup>6</sup> (Negrillas fuera de texto).*

### 5.1.3. Nexo de causalidad

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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.

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa ha precisado:

*“(…) 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 (...)”* (Se resalta)

A 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 participó 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*”<sup>8</sup>.

## 6. ANALISIS PROBATORIO DEL CASO CONCRETO

Conforme lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. Por

<sup>7</sup> Consejo de Estado. 25 de Julio de 2002. Radicado 13744. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>8</sup> 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

ello, 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*'. A partir del estudio de dicho principio, es dable afirmar que tanto demandante como demandada tienen el deber de probar los hechos en que sustentan las pretensiones y excepciones propuestas, y en caso tal que dicha situación no se verifique por parte del Juez, la consecuencia jurídica es la negación de las pretensiones elevadas, como quiera que ante la falta de la prueba no puede tenerse por cierto el hecho. Sin embargo, no está de más advertir que una vez son arrimadas 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.

Bajo ese escenario, cabe indicar en relación con el asunto que se discute, que la SFC realizó las visitas de inspección a la que se ha hecho referencia a lo largo de esta contestación, atendiendo las facultades contenidas en el literal d) numeral 1 del artículo 325 y literal a) del numeral 4 del artículo 326 del EOSF, los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 108 del Decreto 663 de 1993 o EOSF, modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, en función de las cuales este ente de control revisó el modelo de negocios de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para establecer si recibía dinero del público, cuál era la forma en que lo hacía y determinar si en desarrollo de tal actividad se evidenciaba la existencia de hechos objetivos o notorios de captación en los términos previstos en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con los supuestos de captación de recursos del público consagrados en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.

A tenor de lo anterior, se determinó que la sociedad visitada realizaba compra y posterior venta al descuento de pagarés libranzas en virtud de la suscripción de contratos de compraventa de estos títulos valores, pero del análisis y estudio de la información recabada en la visita desarrollada, se concluyó que no se configuraban los hechos objetivos y notorios de los supuestos de captación masiva de recursos del público, por lo que las afirmaciones contenidas en la presente demanda, que aducen una supuesta conducta omisiva por parte de mi representada, no se corresponden con los antecedentes y conclusiones consignadas en el Informe de Inspección, por lo que los dichos del demandante terminan siendo solo conjeturas. En efecto, el material probatorio que anexa la SFC a esta intervención, acredita que contrario a lo señalado por el accionante, esta Entidad actuó de manera diligente y dentro del marco de sus competencias frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Así las cosas, estos elementos junto con el escaso material probatorio aportado por la parte actora, nos permitirá probar que no existió omisión alguna por parte de la SFC en el ejercicio de sus funciones y por tanto el presunto daño sufrido no tiene la connotación de antijurídico. No obstante, si el Despacho llegara a considerar que el daño existió, el mismo material probatorio nos permitirá acreditar que aquél, no puede ser imputable jurídicamente a la actuación de la Administración y por ende ser resarcible, ya que el mismo solo es imputable a la parte demandante y/o a terceros por completo ajenos a la administración pública.

Atendiendo las previsiones señaladas, consideramos del caso hacer las siguientes reflexiones:

### **6.1. Ausencia de daño antijurídico.**

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 SFC, es carga de la parte reclamante acreditar la existencia del daño antijurídico cuyo resarcimiento pretende y la antijuridicidad del mismo, según las previsiones del artículo 90 de la Carta Política.

En ese sentido, la demandante pretende que el presunto perjuicio que alega y que identifica como la pérdida de los dineros que aduce haber entregado a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. sea resarcido por el Estado, sin embargo, no sustenta sus afirmaciones con material probatorio idóneo que permita identificar en qué consistió la presunta omisión en que habría incurrido esta Superintendencia.

Es claro entonces que como quiera que en la demanda se reclama una indemnización derivada de la pérdida de los dineros que según se afirma fueron invertidos en OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ante la deficiencia de los medios de prueba aportados, no es posible predicar la existencia cierta y actual de la pérdida a que se hace referencia. Debe recordarse que, conforme a lo afirmado por la accionante, el reclamo que se pretende ya fue objeto de estudio en el proceso de intervención que adelanta la SS respecto de la referida sociedad. Por lo tanto, no es procedente tener por probadas las pretensiones de la demanda ante el carácter hipotético del presunto daño, ya que la demandante pretende la reparación de los perjuicios presuntamente irrogados en el escenario de la intervención. Así las cosas, consideramos se impone la necesidad de proferir un fallo que desestime la existencia misma del daño, así como el carácter antijurídico del mismo y que en consecuencia niegue las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, en el evento en el que el Despacho considerara que efectivamente existe un daño, ese menoscabo no tendría las características de un daño antijurídico, pues se habría originado en la decisión libre, deliberada y autónoma de las partes involucradas de realizar un negocio jurídico, en cuya materialización no tuvo injerencia alguna la SFC, pues esta Entidad no tuvo relación de ninguna naturaleza con el acto de inversión y entrega de dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Para ilustrar esta noción resulta oportuno traer a colación los criterios que ha señalado el Consejo de Estado en cuanto a la antijuridicidad del daño como fuente del deber de reparar:

*“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 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.**"<sup>9</sup> (Negrilla fuera del texto)*

En ese sentido, como bien lo anota la jurisprudencia citada, no todo daño entendido como menoscabo a un interés o un derecho, es **antijurídico**, es decir, no todo perjuicio irrogado a un particular conlleva de suyo los ingredientes normativos que estructuran el deber de reparar. Así, para que exista un daño y este sea **antijurídico**, es necesario que la víctima demuestre que no estaba en el deber conforme al ordenamiento jurídico, de soportarlo. De allí que acertadamente se tenga que, si se llegaran a probar los supuestos daños que se reclaman por el demandante, los mismos no son antijurídicos, pues se debe considerar que aquel experimentó una merma

<sup>9</sup> 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.

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 la accionante señala le fueron prometidos.**

Así, si se llegará a demostrar que la actora efectivamente hizo entrega de una suma de dinero a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. la misma fue una decisión libre y voluntaria de aquella, debiendo considerarse que quizá lo hizo obnubilada por la rentabilidad ofrecida en la operación de compra de pagarés libranzas. Se debe recalcar que para la actora los deudores de las libranzas eran personas desconocidas, aspecto que conlleva a que la operación que realizó fuera riesgosa. De otro lado, en el expediente no reposan pruebas que acrediten que la demandante por precaución hubiera revisado físicamente los pagarés que aduce haber adquirido o bien en las oficinas de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la empresa que indica tenía la custodia de dichos título; es decir, no se cercioró si quiera de 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 la accionante que entregó su dinero sin verificar las condiciones reales del negocio.

En el presente caso no se puede desconocer que la demandante esperaba obtener unas utilidades del negocio aleatorio que celebró, de las cuales sería ella la única beneficiaria. Por lo tanto, no tendría sentido que las pérdidas del negocio o los riesgos de la operación emprendida tenga que asumirlos el Estado, asumiendo como si la Administración hubiese participado en el acto autónomo y libre que hoy viene a ser la causa de los perjuicios. En ese escenario, consideramos que una correcta aproximación al asunto que nos concita, debe tener en cuenta que como no todo daño es antijurídico, el daño que no tiene esta característica debe ser soportado por el particular cuando este ha concurrido a su causación, pues los riesgos de su decisión no pueden socializarse para que el Estado y la sociedad en su conjunto respondan por decisiones de que haber prosperado solo habrían supuesto un beneficio individual para la hoy demandante.

Así las cosas, ante el escaso material probatorio que acredite las existencia de los daños que se pretenden sean indemnizados, así como su antijuridicidad, la falta de acreditación de alguna conducta omisiva a cargo del Estado, o que de dicha conducta haya generado el perjuicio, elementos sobre los que se estructura la responsabilidad extracontractual del Estado, lo jurídicamente procedente es negar la totalidad de las pretensiones, pues aunado a tal circunstancia, tal y 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 en la demanda.

## **6.2. Inexistencia de una omisión imputable a la SFC.**

Superado el aspecto relacionado con la existencia del daño cuya reparación se pretende por la presente vía judicial y como quiera que en los hechos de la demanda se evidencia que la responsabilidad de mi representada se afinca o atribuye a una supuesta falla del servicio por “omisión”, procede poner de presente la **inexistencia de omisión imputable** a esta Entidad, por lo que a continuación se señalarán los principales aspectos de la actuación administrativa que con diligencia, previsividad y asertividad este ente de control efectuó respecto OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

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

Debe llamarse preliminarmente la atención frente a una realidad incuestionable y es que la referida sociedad con la que la hoy demandante estableció en su momento el vínculo contractual causante del daño, no estuvo ni ha estado sometida a la vigilancia de la SFC. Es oportuno precisar que las entidades y actividades respecto de las que esta autoridad ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control, corresponden a las previstas en el numeral 2 del artículo 325 del EOSF, numeral 1 del párrafo 3 del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, así como el inciso 2 del artículo 40 de la Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 102 de la Ley 795 de 2003 y el artículo 11.2.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010.

Bajo este entendimiento, es claro que 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. En virtud de ello, es necesario que se constituyan en la forma y términos que establecen el artículo 53 y siguientes del EOSF y la Parte Primera, Título Primero, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica de la SFC. Tales disposiciones señalan 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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S a pesar de no ser una entidad vigilada, con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público. Inexistencia de omisión imputable por parte de este Organismo de Inspección y Vigilancia.**

Aunque la citada sociedad, insistimos, nunca estuvo sometida a la inspección y vigilancia de la SFC, esta autoridad realizó dos visitas de inspección a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., que se adelantaron entre el 9 y 17 de julio de 2013, sin embargo, entre el 2 y 6 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación. La finalidad de la misma era establecer si dicha persona jurídica se encontraba realizando operaciones de captación o recaudo no autorizado de recursos del público, a tenor de lo dispuesto por los artículos 108 y 326 numeral 4) literal e) del EOSF, en armonía con el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, concordante con las disposiciones previstas en el Decreto 4334 de 2008.

**6.2.2.1. Resumen y conclusiones de la visita realizada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.:**

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “pagarés – libranza” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR. Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

Ahora bien, dada la necesidad de conocer de manera detallada las operaciones de venta de

libranzas que realizaban las cooperativas a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A se consideró pertinente realizar visitas de carácter administrativo.

Ahora bien, de lo expuesto en el informe quedó demostrado que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. llevó a cabo una operación de compraventa de “pagarés-libranza” con los clientes compradores, en la cual esa sociedad dio a cambio un bien o activo representado en aquellos títulos y entregó los respectivos pagos de los flujos, que recibió a su vez de ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S., LIBRANZAS GROUP S.A.S. y finalmente de las Cooperativas. Lo anterior bajo el entendido que la cartera no presentó siniestros ni prepagos que conllevaran a no pagar a los compradores y hacer exigible la cláusula de responsabilidad cambiaria pactada en cada contrato de venta.

**De igual forma y teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.**

### **6.3. Ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.**

Como se ha señalado a lo largo del presente escrito, la demandante acude al presente medio de control de Reparación Directa, para reclamar solidariamente de las entidades demandadas, un resarcimiento de índole económico, fundado en una presunta responsabilidad extracontractual de la administración pública por supuestamente “avalara” el desarrollo de las actuaciones de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Indica que dicha sociedad desplegó conductas de captación masiva e ilegal de recursos del público, que en virtud de ello las demandadas habrían incumplido sus deberes de inspección, vigilancia y control en relación con el funcionamiento de la sociedad encartada en el asunto, a la que afirma haber entregado sumas de dinero con el fin de comprar títulos valores. Por ello, en su sentir ese hecho la 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.

Pues bien, frente al cumplimiento de los contenidos obligacionales a los que está sometida esta Entidad, conviene precisar que desde los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, se establece que las autoridades públicas, como es el caso de mi prohijada, no pueden ejercer funciones distintas de las que expresamente les atribuye la Constitución y la ley. Por ende, la responsabilidad que se quiere endilgar en el presente caso, basada en el supuesto incumplimiento de las funciones a cargo de las demandadas, debe analizarse, considerando los límites impuestos por el mandato constitucional en ciernes, en tanto las autoridades no pueden responder por hechos o cadenas causales diferentes a aquellas que expresamente están bajo su tutela.

Bajo esa óptica, debe decirse que la SFC no tuvo participación, directa o indirecta, en los actos y hechos con base en los cuales ahora se pretende derivar su responsabilidad. Y es que no basta con efectuar acusaciones temerarias e irreflexivas para que se configuren las condiciones en las que ha de incurrirse para que el Estado deba responder por su acción u omisión. En relación con

las exigencias de orden jurídico que deben acreditarse para que el Estado pueda ser responsable, ha dicho la jurisprudencia del 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”.*<sup>10</sup> (Negrilla fuera del texto)

De modo que, ante la inexistencia de prueba que sustente no solo el presunto perjuicio o daño patrimonial alegado por la accionante, sino la omisión en que habría incurrido el Estado y cómo ésta sería la causa eficiente del daño, se impone negar las pretensiones de la demanda, con mayor razón cuando el eventual daño no es ni puede ser consecuencia directa de un acción u omisión que pueda atribuirse a la SFC, aspecto al que con facilidad podrá arribar el Despacho al realizar un simple cotejo del marco jurídico que regula las funciones y competencias de esta Superintendencia.

Siguiendo la argumentación ofrecida hasta este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delimitado los presupuestos necesarios para que prospere la responsabilidad del Estado por la omisión de sus funciones:

*“En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico y; d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a éste último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión (...)”*<sup>11</sup>

Como puede observarse, en el caso de las Superintendencias no basta con argumentar dentro del proceso que éstas tienen una competencia legal de supervisión sobre la actividad de los particulares, **adicionalmente se debe demostrar que una vez se tuvo conocimiento de la irregularidad cometida no se adelantaron, se adelantaron tardíamente o se usaron los medios inadecuados para interrumpir el proceso causal que genera el daño en el**

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 6 de octubre de 1995, expediente 9535. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-27-000-2001-00009-01 (AG).

**patrimonio económico de los usuarios del servicio o actividad objeto de control, inspección y vigilancia.**

Al referirse sobre la inspección y vigilancia del ejercicio de la actividad financiera, el Consejo de Estado ha sostenido:

*“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 haber dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares**”<sup>12</sup>*

De lo anterior, surge con claridad que la responsabilidad por omisión en la función de policía no se genera sólo porque se haya demostrado que se incumplieron las competencias que se han asignado jurídicamente, sino que adicionalmente debe probarse que de haberse cumplido las obligaciones se habría podido impedir la generación del daño. Así las cosas, no hay deber de reparar cuando aún en cumplimiento de labores de inspección, control y vigilancia, el análisis probatorio conduce a la conclusión inexorable de que tal consecuencia negativa se habría dado con independencia de la intervención estatal.

En este punto resulta pertinente manifestar que la SFC como entidad estatal de carácter técnico, adscrita 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 el Decreto 2399 de 2019), y las demás normas que las modifiquen o adicionen.

De tal manera, 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.

De ahí que a 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

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).

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.**

Dicho de otro modo, la SFC, dado su carácter de entidad pública, solamente puede realizar aquellas funciones para las que ha sido expresamente facultada por la ley. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa no podría haber decretado medidas administrativas dirigidas a ordenar la toma de posesión de los bienes y haberes de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. , primero, porque en la visita realizada a la sociedad en cuestión **no se encontraron a la fecha de su realización hechos objetivos y notorios de los supuestos de captación masiva e ilegal de recursos del público, que conllevaran a la adopción de una medida cautelar para la fecha en que la misma se llevó a cabo y, segundo, porque ésta medida de intervención en el marco del Decreto 4334 de 2008 solo podía ser adoptada por la SS.**

Con todo, no se avizora en el presente caso el despliegue de conducta alguna que haya quebrantado los deberes a cargo de la SFC y de la que pueda derivarse que los presuntos daños sufridos por la accionante deban ser reparados por el Estado, al haber tenido ocurrencia por causa de una conducta que no puede endilgarse a la administración pública.

#### **6.4. Ninguna autoridad pública en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control está obligada a lo imposible.**

Para finalizar, no puede soslayarse el hecho de que la omisión que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado en el caso de la omisión de las Superintendencias se concreta, en primer término, por la ausencia de adopción de medidas administrativas cuando se tiene conocimiento de irregularidades en la actividad de las industrias vigiladas, y al cual puede llegarse por quejas de la ciudadanía, o como resultado del propio cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, o de hechos que sean materia de denuncia por los particulares.

Ello, en la medida en que sin este conocimiento previo no es posible pretender responsabilidad, pues aun cuando el Estado tiene una obligación de garantía de bienes jurídicos no está obligado a lo imposible y, por lo tanto su deber de policía administrativa no puede, bajo ninguna circunstancia, implicar el que tenga un funcionario público al interior de cada establecimiento sujeto a su control, por lo que quien demanda debe demostrar supuestos fácticos y jurídicos que permitan deducir la presencia de elementos suficientes, como para considerar que la Autoridad incurrió en un obrar irregular.

En esa línea argumentativa, sobre la naturaleza de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las Superintendencias, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*“El propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan – constitucionales, legales y reglamentarias -, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente,*

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judge pudiere consistir en hacerle asumir sus obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daño a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. **La responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, 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 falta en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se deprecia**<sup>13</sup>.*

Como puede apreciarse, las entidades públicas deben ser absueltas si demuestran que frente a una situación irregular adoptaron las medidas y decisiones que de ella se esperaban, **por lo que no tiene por qué asegurar que su intervención ofrezca una recuperación de una actividad económica o la recuperación de pérdidas dinerarias debidas al comportamiento de los particulares.**

Se trata, entonces, de un régimen **subjectivo** de responsabilidad atado directamente al contenido obligatorio impuesto al Órgano de inspección, vigilancia y control, y limitado a su vez por éste, en función del cual:

*“La responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, **pues la función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector,** no puede perderse de vista que el contenido obligatorio a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda -so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar (...) cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado – el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión-, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general. Frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser -se itera- la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales”<sup>14</sup>.*

En el caso concreto habría que agregar un hecho al que ya hemos hecho referencia a lo largo de este escrito, pero el que, insistimos, no puede ser inobservado, y es que la sociedad que concita el presente debate judicial, a diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia en relación con los eventos en que puede ser declarada la responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, **nunca estuvo bajo la inspección y vigilancia de la SFC.**

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).

<sup>14</sup> Ibid.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Por lo tanto, las actuaciones desplegadas por este Organismo frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en ningún caso se llevaron a cabo por ser ésta una industria supervisada por la SFC. Por el contrario, las mismas se hicieron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presume, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora, que sí tiene bajo su égida la Superintendencia Financiera de Colombia.

### 7. EXCEPCIONES

Sea lo primero informar al Despacho que las excepciones previas, conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, concordante con los artículos 100 al 102 del Código General del Proceso, se presentarán en escrito separado. En ese orden, nos referiremos a continuación a las que consideramos son presupuestos necesarios para proferir una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda, y en ese sentido sea favorable a los intereses de mi representada. Así:

#### 7.1. EXCEPCIONES DE FONDO

**7.1.1. Actuación diligente y conforme al marco de sus competencias por parte de la SFC respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público.**

##### 7.1.1.1. Visita realizada a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.:

El día 6 de mayo de 2013 se recibieron en esta Entidad dos correos electrónicos a los que se adjuntó copia un folleto donde se invitaba a invertir en “*pagarés-libranza*” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide. Esta Superintendencia atendiendo las funciones de prevención y control del ejercicio ilegal de la actividad financiera consideró pertinente evaluar si en el desarrollo del objeto social de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se presentaban operaciones en las cuales se pudieran estar configurando hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público.

En virtud de lo anterior, mediante Oficio No. 2013058932-001-000 del 8 de julio de 2013 se ordenó realizar una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-006-000 del 29 de noviembre de 2013.

De acuerdo con el informe de visita y los documentos que se recabaron en la misma, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para la compra y venta de los “*pagarés – libranza*” tenía contratos vigentes y en ejecución con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. LIBRANZAS GROUP S.A. y la Cooperativa de Inversiones de Córdoba – COOINVERCOR.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Igualmente se determinó que los títulos eran comprados por las referidas sociedades a las cooperativas COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

Ahora bien, dada la necesidad de conocer de manera detallada las operaciones de venta de libranzas que realizaban las cooperativas a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A se consideró pertinente realizar visitas de carácter administrativo, como se describen a continuación:

Nombre Cooperativa a sociedad	Radicado	Fecha de Inicio	Fecha de Finalización.
Estrategia Patrimonial S.A.S	2013064058	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Libranzas Group S.A.S	2013081468	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
Cooperativa Multiactiva COOPDOMUS LTDA.	2013064063	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Cooperativa Multiactiva de Palmira - COOMUPAL	2013064064	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
COOPERATIVA DE CRÉDITOS MEDINA - COOCREDIMED	2013081431	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
COINVERCOR	2013081463	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013

En cuanto a la sociedad ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. se determinó:

- Que suscribió un contrato con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. denominado “*Contrato marco de compraventa de cartera*”, vigente hasta el 13 de noviembre de 2013. En dicho documento se aclaró que los “*pagarés – libranza*” vendidos a OPTIMAL provenían de las Cooperativas COOPDOMUS Y COOMUPAL.
- Celebró un contrato de cesión con OPTIMAL y COOPUMAL, por lo tanto, a partir del 23 de septiembre de 2013 OPTIMAL LIBRANZAS empezó a comprar los “*pagarés-libranza*” libranza directamente a la cooperativa y a recibir de manera directa el pago de los flujos.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Respecto de la sociedad LIBRANZAS GROUP S.A.S., se encontró:

- Que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. suscribió con aquella un contrato denominado “*Contrato de compra de cartera con responsabilidad*”, a través del que le compró los derechos de crédito incorporados en los “*pagarés-libranza*” que eran adquiridos de las cooperativas COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL.
- Se probó que el 26 de septiembre de 2013, LIBRANZAS GROUP S.A.S., OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y COOCREDIMED celebraron un contrato de cesión, con el objeto de comprar los “*pagarés-libranza*” directamente a la Cooperativa sin la intervención de LIBRANZAS GROUP S.A.S.

De otro lado, se estableció que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. celebró contratos de compraventa de cartera que equivalen al 3.66% de la cartera adquirida con las Cooperativas COOINVERCOR, COOMUNDOCRÉDITO, COOCREDIANGULO y COOPROCO KAPITAL SOCIAL; sin embargo, la comisión de visita centró su revisión y verificación en las ventas de pagarés-libranza realizadas por ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., pues eran ellas quienes habían vendido el 96.34% del total de la cartera reportada por la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

En cuanto a las operaciones de compraventa de “*pagarés-libranza*” entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y los inversionistas, se evidenció que suscribían un “*Contrato de compraventa de cartera modalidad pagaré-libranzas-persona natural*”, en el que se establecían las condiciones de la negociación. Vale la pena mencionar que el modelo de negocio consistía en la venta de los derechos de crédito incorporados en títulos denominados “*pagarés-libranza*”, que se originaban en los préstamos que otorgaban las cooperativas ya mencionadas a sus asociados y que eran cancelados mediante descuento de nómina, aplicada por las pagadurías de las entidades para las que laboraban los deudores. A su vez se observó que, las cooperativas consignaban o giraban el valor recaudado a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., para que fueran consignados a favor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. quien adquiriría los títulos a descuento y se encargaba de pagar el flujo mensual a los inversionistas que los compraban, hasta su cancelación.

Con fundamento en lo expuesto, la comisión de visita concluyó en su informe:

- Los contratos suscritos entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., no gobernaban en su totalidad la relación comercial y las prácticas operativas que tenían vigentes, pues no se incluyeron aspectos relativos al procedimiento para hacer efectiva la cláusula de responsabilidad cambiaria en el evento de presentarse “*pagarés-libranzas*” siniestrados, incumplimiento en pagos, prepagos o títulos viciados.
- En el numeral 4.3 de la cláusula 4 y 7 de los denominados “*Contratos de Compraventa de Cartera Persona Natural y Persona Jurídica*”, utilizados para oficializar la venta de “*pagarés-libranza*”, se hacía referencia a una Fiduciaria y a la firma ERNEST & YOUNG, sin embargo, para el momento de la visita no habían sido formalizados, lo que inducía a que los

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

inversionistas de manera errónea creyeran que esas entidades hacían parte del proceso y de los controles establecidos en la venta.

- Efectuada la revisión del contrato marco firmado con la sociedad Estrategia Patrimonial S.A., se encontró que en la consideración primera y cláusula sexta se hace referencia a operaciones de “*factoring*” contrario a lo señalado en el texto y forma del documento, pues en este se hace referencia a la compra de “*pagarés-libranza*”.
- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no conocía ni tenía el control de los “*pagarés-libranza*” que presentaban mora o impagos en los flujos mensuales. En el contrato suscrito con Estrategia Patrimonial S.A. no se contempló que dicha situación debía ser informada.
- Las sociedades Estrategia Patrimonial S.A.S. y Libranzas Group S.A.S. no reportaron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. los pagarés siniestrados, toda vez que esa información no se solicitaba a las Cooperativas, lo que llevó a que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. asignara “*pagarés-libranza*” con recaudo en cero o con recaudos que presentaban cuotas menores al valor esperado.
- Las Cooperativas COOMUPAL y COOCREDIMED giraban a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. el valor de los flujos que se vencían durante el mes, sin embargo, no se encontró evidencia de la verificación por parte de las Cooperativas del reporte de descuentos generado por las pagadurías para constatar si existían pagarés que no hubieran sido objeto de descuento.
- ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. giraron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. el valor total de los flujos que se vencían en el mes para cancelar la mensualidad a los inversionistas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- Se revisó el caso particular del señor Farid Stefenn Uribe quien realizó una compra por \$500.000.000. OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. le asignó 116 “*pagarés –libranza*” por valor de \$668.498.202 a un plazo de 36 meses, con pagos mensuales de \$19.100.000. Se identificó que 11 de los títulos no recaudaron su flujo mensual, no obstante, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. recibió los dineros girados por las cooperativas a Estrategia Patrimonial para pagar los flujos convenidos con el inversionista.
- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. solicitó a las cooperativas COOPNALCRES, LEGALCOOP, MUNDOCREDITO, HABITAT, COOCREDIMED, COOMUPAL y COOPDOMUS certificaciones de la cartera siniestrada. Sin embargo, las dos ultima no remitieron la información solicitadas. Esta Superintendencia realizó visita de inspección<sup>15</sup> a dichas cooperativas, en la cual se evidenció que vendieron “*pagarés-libranza*” con flujos cero o sin recaudar el 100% de la cuota o flujo mensual. COOCREDIMED remitió fotocopia simple de una certificación donde señaló que los pagos de los flujos de la cartera negociada se pagaban con oportunidad y suficiencia, pero no se hizo referencia a la existencia o no de cartera siniestrada, situación contraria a lo que evidenció la SFC en la visita realizada a esa cooperativa, pues se encontraron “*pagarés-libranza*” con flujos cero y con recaudo menor al esperado.

<sup>15</sup> Se realizaron visitas de carácter administrativo a las Cooperativas: COOPDOMUS LTDA, COOMUPAL, COOCREDIMED, COOINVERCOR y a las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A. entre los meses de julio y septiembre de 2013.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. a partir de noviembre de 2013 modificó su modelo de negocio, toda vez que en la venta de “pagarés-libranza” procedió a endosar los títulos en propiedad, pero sin responsabilidad a favor del comprador.
- Se hizo una revisión del “Archivo Visita Super 5 Dic 13” entregado el 10 de diciembre por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con el fin de verificar que el periodo de maduración de los “pagarés-libranza” vendidos coincidieran con los meses pactados y vendidos a los compradores de esos títulos, no se encontró irregularidad alguna.
- De acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el informe y el análisis de la información suministrada por la entidad visitada, como aquella que se recaudó por la comisión de visita en la inspección, se concluyó que para la fecha de la visita, en el desarrollo de la operación de venta de “pagarés-libranza” llevada a cabo por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con sus clientes compradores, no se configuraban los supuestos o los hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y en el Decreto 4334 de 2008.
- De lo expuesto en el informe quedó demostrado que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. llevó a cabo una operación de compraventa de “pagarés-libranza” con los clientes compradores, en la cual esa sociedad dio a cambio un bien o activo representado en aquellos títulos y entregó los respectivos pagos de los flujos, que recibió a su vez de ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S., LIBRANZAS GROUP S.A.S. y finalmente de las Cooperativas. Lo anterior bajo el entendido que la cartera no presentó siniestros ni prepagos que conllevaran a no pagar a los compradores y hacer exigible la cláusula de responsabilidad cambiaria pactada en cada contrato de venta.

**Sea oportuno mencionar que las cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los “pagarés-libranza” independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad que se podía predicar de las mismas, tema que resultaba ser del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la que esta Superintendencia le trasladó copia del informe de inspección a dicho Organismo.**

**De igual forma y teniendo en cuenta que el modelo de negocio de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. empezó a operar en mayo de 2012, dicho periodo al momento de la visita se consideró un periodo corto para establecer el impacto de la siniestralidad de los “pagarés-libranza” en los estados financieros de la entidad, toda vez que el periodo evaluado correspondió a solo 17 meses de operación, razón por la cual se consideró necesario realizar el respectivo traslado a la Superintendencia de Sociedades.**

Ahora bien, el hecho de que con posterioridad la Superintendencia de Sociedades (en diciembre del año 2016) hubiese verificado la existencia de hechos objetivos que dieron cuenta de la realización de operaciones de captación de dineros del público por parte de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., **en modo alguno significa que la SFC haya sido omisiva en el cumplimiento de sus funciones**, porque, la información que esta Entidad evaluó corresponde a la recabada y entregada respecto de un periodo de 17 meses de operación de la misma, esto teniendo en cuenta que el modelo de negocio empezó en mayo de 2012.

### 7.1.2. Causales de exoneración de responsabilidad – Inexistencia de nexo causal entre la actuación de la SFC y el daño irrogado.

En el evento en que el Despacho llegare a considerar acreditada la existencia de un daño en el presente caso, las pretensiones deberían ser igualmente negadas ya que el mismo no es imputable ni atribuible a la SFC, pues concurren en el caso causales que deben exonerar de responsabilidad al Estado pues rompen el juicio de imputación fáctica y jurídica.

#### 7.1.2.1. Hecho de un tercero

En el evento en que la demandante lograra probar a lo largo del presente proceso la existencia de un eventual perjuicio en virtud de la entrega de dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o llegare a demostrar que las pérdidas que aduce haber sufrido devienen de la existencia y funcionamiento de esa sociedad, ese hecho **NO PUEDE SER ATRIBUIBLE A LA SFC**, pues claramente la causa del daño estaría afincada en la acción propiamente dicha de esa sociedad, con la que la aquí demandante entabló un negocio jurídico, siendo así responsabilidad de los representantes legales y/o administradores de esa persona jurídica las actuaciones que confluyeron en la pérdida de los recursos depositados, acciones que son completamente ajenas a mi representada.

En ese sentido, cuando en los hechos de la demanda se afirma que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. dejó de pagar las amortizaciones que mes a mes venía realizando a la demandante, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de la cartera, además de asuntos y menesteres internos de las cooperativas originadoras de las obligaciones adquiridas por la actora, debe indicarse que, respecto de estos hechos, ningún vínculo o relación causal tiene la SFC. Las mismas afirmaciones de la accionante denotan que fue el hecho del tercero con quien se había establecido el vínculo contractual, el que provocó la cesación de pagos que afectó el patrimonio de la reclamante.

Bajo ese entendimiento, de comprobarse que pudo haberse producido un daño, el mismo tendrá que ser objeto de litigio directamente entre las partes contratantes en desarrollo del negocio particular e individual que fue celebrado, ello, mediante el ejercicio de las acciones judiciales estatuidas por el legislador para tales fines, entre ellas, las de competencia de la jurisdicción ordinaria, e incluso a través del proceso penal respectivo, en el que cabe la reparación de los perjuicios irrogados con ocasión del injusto que llegaré a acreditarse más allá de toda duda razonable.

No puede perderse de vista que aun cuando se quiera imputar responsabilidad a la Administración y se pretenda de ella el pago de los recursos que de forma libre y autónoma se invirtieron en la sociedad hoy intervenida, el punto central de la discusión que aquí se plantea, es que el presente asunto versa sobre la celebración de un contrato entre particulares, del cual la SFC no fue parte, ni dio su consentimiento o aval, razón por la que mal podría pretenderse que el cumplimiento de las prestaciones a las que se comprometió cada uno de los obligados recaiga en esta autoridad de supervisión, y no en el tercero que se obligó jurídicamente con la demandante, esto es, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Así las cosas, resulta evidente que en el caso puesto a consideración del Despacho la atribución material del hecho dañoso, constituida como un fenómeno estrictamente naturalístico, se relaciona directamente con la acción del particular y no con la del Estado, siendo así que la responsabilidad solo puede endilgarse a la referida sociedad.

Por lo tanto, con fundamento en los hechos y pruebas vertidas dentro del proceso, para esta Superintendencia es claro que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. estructuró un modelo de negocio partiendo de una operación legal, como lo es la compra venta de “pagarés-libranzas”, atrayendo a particulares inversores al mismo con falsas promesas de rendimientos elevados, aun cuando podían establecer que los flujos recibidos resultaban insuficientes para garantizar el pago de lo prometido y que los títulos valores ofrecidos presentaban inconsistencias.

#### 7.1.2.2. Culpa exclusiva de la víctima.

Sea lo primero señalar que la demandante tiene los conocimientos que dan las máximas de la experiencia y que con base en ellos tomó de forma libre, autónoma y consciente una decisión de inversión que por sus características tenía un riesgo inherente, del cual no puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por su resultado, **pues la función de supervisión a cargo de esta Superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida**, ello, tratándose aún de entidades vigiladas.

Cabe señalar, con base en las conclusiones contenidas en el Informe de Inspección analizado a lo largo de este escrito, que al parecer lo que ocurrió con la aquí accionante 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, y el cual se materializó en la compra de una cartera, que se generó en el alea de una posible rentabilidad atada al recaudo de unos recursos que se lograría en un periodo de tiempo determinado. Por ende, no se puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por el resultado de un negocio determinado por la autonomía de la voluntad de las partes, menos aun cuando el resultado del mismo dependía o estaba íntimamente ligado a los riesgos propios de los negocios realizados, y que la demandante consintió asumir libre y voluntariamente.

En ese sentido, debe auscultarse con especial énfasis el hecho que la accionante, según se infiere del libelo, obró en todo momento de manera libre, consciente y voluntaria al momento de entregar sus dineros a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ello bajo el principio de la autonomía de la voluntad, que conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, en función del cual se les reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios. Razón por la cual no es dable asumir que el Estado deba tener responsabilidad por los perjuicios que los particulares sufran como resultado de su propia iniciativa.

Y es que proceder en un sentido contrario a éste, supone un riesgo evidente, que no es otro que el de llevar a concluir que cada que un inversionista, en un negocio de riesgo, pierda, el Estado habrá de responder por su dinero. Lo cual conllevaría a unas consecuencias contraproducentes, pues se daría cabida a la idea que las personas realicen toda clase de inversiones riesgosas, pues en el evento de fracasar el Estado responderá por ellas. Un argumento en esa dirección es que al Estado no pueden socializársele solo las pérdidas, cuando las ganancias son privatizadas

en los sujetos contratantes. Por lo que mal podrían instrumentalizarse las funciones de inspección, vigilancia y control, para sostener un modelo en el que las utilidades son individualizadas en unos pocos, mientras las pérdidas son compartidas entre todo el conglomerado social.

De otro lado, es importante considerar que la presunta relación contractual entre la demandante y OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., se trata de un negocio privado sin intervención alguna de la SFC, en el cual el interesado asevera haber realizado una “inversión” de dinero, tipo de negocio 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. 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.

Respecto de lo anterior, se debe señalar que:

*“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.”<sup>16</sup>*

En otras palabras, está el demandante obligado a actuar con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como a proceder con la diligencia debida y el cuidado que se espera frente a esta clase de operaciones comerciales. Esa diligencia lo hubiese llevado, al menos, a interrogarse e indagar sobre algunas cuestiones esenciales de la cartera que estaba adquiriendo, tales como el origen de los pagarés libranza, lo que le habría llevado a verificar si dichos títulos existían en las cooperativas originadoras que celebraban negocios con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la sociedad contratada para la custodia de los mismos.

Nótese que aun cuando el actor reprocha al Estado por un presunto actuar negligente, el dicho no ofrece prueba de ninguna clase, pasa por alto señalar que nunca acreditó haber verificado o realizado alguna investigación sobre el efectivo pago de los deudores de las obligaciones contenidas en los títulos valores que estaba adquiriendo. Tampoco hizo nada por establecer de qué tipo de cartera se trataba, si la misma estaba siniestrada, o los títulos valores presentaban inconsistencias, duplicidades, si la información que le brindaba vía correo electrónico sobre montos y plazos de los pagarés era verídica o fidedigna.

---

<sup>16</sup> Definición ABC: <http://www.definicionabc.com/economia/inversiones>.

Por el contrario, simplemente existen una serie de manifestaciones que dejan ver que la demandante se limitó a recibir información, sin comprobarla, y acto seguido a suscribir documentos sin un soporte válido, amparándose únicamente en la “*confianza*” que le brindaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Debe plantearse, entonces, la existencia manifiesta de una desidia del demandante en los términos a los que hemos hecho referencia, como causa determinante del posible perjuicio irrogado, por lo que la apreciación del daño, en caso de existir éste, deberá estar sujeta a la valoración de la conducta de quien se expuso a él imprudentemente.

En definitiva, en el presente caso consideramos están dados los elementos de tipo normativo que hacen improcedente la imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico, pues nos encontramos ante una actuación del accionante que evidencia imprudencia y la aceptación de riesgos o aleas propias del negocio jurídico que celebraron, lo cual tendría que excluir la responsabilidad de la Administración por el hecho o la culpa exclusiva de la víctima.

## **7.2. Intervención 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 OPTIMAL LIBRANZAS 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, el cual fue ordenado por la SS mediante Auto 400-005087 del 13 de abril de 2018, a través del que se decretó la toma de posesión como medida de intervención de OPTIMAL LIBRANZAS 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 la demandante que a través del medio de control de reparación directa le sean restituidos como pretensión el valor de los dineros entregados a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., conllevaría al cobro de lo no debido e incluso de un enriquecimiento sin causa, por cuanto al restituirse al actor dentro del proceso de intervención 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.

## **8. PETICIÓN**

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho que han sido expuestas en el presente escrito de contestación, respetuosamente solicito a su señoría:

En forma principal:

1. Que de **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.
2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

En forma subsidiaria:

1. Se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones de mérito o de fondo denominadas: **ACTUACIÓN DILIGENTE Y CONFORME AL MARCO DE SUS COMPETENCIAS POR PARTE DE LA SFC RESPECTO DE OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.; CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD – INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN DE LA SFC Y EL DAÑO IRROGADO (HECHO DE UN TERCERO – CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA); INTERVENCIÓN COMO ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONOMICO COMO LA QUE SE PRETENDE.**
2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

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

## **10. RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEMANDANTE.**

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:

### 10.1. Remisión de expedientes:

En los acápites del escrito de reforma a la demanda titulados “EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA” y “REMISIÓN DE EXPEDIENTE”, la demandante solicita las mismas pruebas documentales, que corresponde entre otras a: i) copia del informe de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ii) copia de los oficios mediante los que se remitió a la SS y SES el informe de inspección y iii) Otros documentos relacionados con la actuación administrativa.

En relación con dicha solicitud, es de mencionar que con la presente contestación se adjunta el Informe de Inspección de la visita realizada por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A. que contiene los antecedentes y conclusiones de la misma, copia de las quejas y/o solicitudes de investigación recibidas en esta Superintendencia respecto de la referida sociedad, con su respectiva respuesta, que corresponde a la decisión final adoptada frente a cada queja, copia de los oficios mediante los que se remitió a la SS y SES el informe de visita.

**Así las cosas, las referidas solicitudes probatorias por sustracción de materia son innecesarias, además, es oportuno indicar que la parte actora ya cuenta con varios de los documentos solicitados, pues lo aporta como prueba en común.**

### 10.2. Informe juramentado.

La aquí demandante solicita “(...) ordenar al representante legal de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o quien haga sus veces, que rinda un informe juramentado en relación con las actuaciones administrativas que se surgieron con antelación a julio de 2016”.

Al respecto, es importante reiterar que conforme lo establece el artículo 168 del Código General de Proceso “El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

En el caso que nos ocupa, el informe sobre las actuaciones adelantadas por la SFC respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., fueron relatadas a lo largo del presente escrito, además con la contestación se aporta copia del informe de la visita de inspección. Por ende, el informe juramentado solicitado no solo resulta inútil para el proceso, en la medida en la que se limitaría a reiterar el contenido del mencionado informe, además de generar una carga y un desgaste adicional para la administración pública.

Por ello, ME OPONGO al decreto de dicho informe y pido al (a) señor (a) juez (a) rechazarlo, pues al ya existir unos documentos que contienen la misma información que se obtendría con su decreto y contar con un resumen detallado de la actuación y conclusiones, la prueba carecería de utilidad y se torna innecesaria para el proceso, pues en caso de decretarse, sería del todo superflua, reiterativa y redundante.

## 11. PRUEBAS.

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Con el propósito de acreditar y respaldar los hechos y afirmaciones que se han expuesto a lo largo de la presente contestación, solicito que se decreten y valoren como pruebas, además de aquellas que oficiosamente disponga decretar y practicar el Despacho, las siguientes:

### 11.1. Documentales que se aportan.

Conforme al numeral 4 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la contestación de la demanda debe acompañarse todas las pruebas que la demandada pretenda hacer valer en el proceso, por lo que para el caso que nos incumbe se allegan:

1. Trámite No. 2013041076 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Alvaro Iván Rojas y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
2. Trámite No. 2013041086 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Mauricio Santiago Jiménez y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
3. Copia del Oficio No. 2013058932-000 mediante el que se ordenó adelantar la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 9 y 17 de julio de 2013.
4. Copia del Oficio No. 2013058932-005 mediante el que se ordenó realizar visita de actualización a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 2 y 6 de diciembre de 2013.
5. Informe de Inspección de fecha 15 de julio de 2013 que contiene los resultados de las dos visitas practicadas a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.
6. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Economía Solidaria remitido través del oficio No. 2013058932-009 del 27 de febrero de 2014.
7. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Sociedades remitido través del oficio No. 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014.
8. Informe de Inspección No. 2013064058-008 de la visita practicada a ESTRAREGIA PATRIMONIAL S.A.S.
9. Informe de Inspección No. 2013064063-003 de la visita practicada a COOPDOMUS LTDA.
10. Informe de Inspección No. 2013064064-003 de la visita practicada a COOMUTUAL.
11. Informe de Inspección No. 2013081431-014 de la visita practicada a COOCREDIMED.
12. Informe de Inspección No. 2013081463-009de de la visita practicada a COOINVERCOR.
13. Informe de Inspección No. 2013081468-007 de la visita practicada a LIBRANZAS GROUP S.A.S.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

14. Trámite No. 2016112058 mediante el que se atendió la petición presentada por el Dr. Diego Vega en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Carlos Humberto Garzón y Diana Patricia Maldonado Rincón, en la que solicitó se promoviera la intervención y toma de posesión por captación de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.
15. Copia del requerimiento y orden de inspección de la Fiscalía General de la Nación junto con las respectivas respuestas.
16. Trámite No. 2018019222 mediante el que se atendió la petición presentada por la señora Luisa Fernanda Daza Manrique.
17. Copia de la petición elevada ante el agente interventor y en la que se solicita la certificación de la suma reconocida, montos cancelados y saldo pendiente por pagar a la demandante dentro del proceso de intervención que adelanta la Superintendencia de Sociedades contra OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., junto con los respectivos soportes, decisiones y autos. Dicha prueba será allegada al Despacho una vez se obtenga la respuesta correspondiente.

Para que obren como pruebas en el proceso adjuntamos copia de la documentación en comento, siendo oportuno señalar que se autorizó a las cuentas: [jadmin60bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jadmin60bt@cendoj.ramajudicial.gov.co) y [jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co) para que la consulten en el siguiente link: [https://superfinanciera-my.sharepoint.com/:f/g/personal/albustamante\\_superfinanciera\\_gov\\_co/EhC2BJH5GSFPtAZuAKY3qyYBSLJB5sgj0ZwcQSYjUhUpeA?e=babkuV](https://superfinanciera-my.sharepoint.com/:f/g/personal/albustamante_superfinanciera_gov_co/EhC2BJH5GSFPtAZuAKY3qyYBSLJB5sgj0ZwcQSYjUhUpeA?e=babkuV)

Para que obren como pruebas en el proceso adjuntamos copia de la documentación en comento, **trasladándole la reserva sobre dichos documentos al Despacho Judicial, por cuanto al tratarse de una actuación administrativa, contiene información clasificada y/o reservada.**

### 11.2. Pruebas que se solicitan.

#### 11.2.1. Interrogatorio de parte.

En los términos del artículo 184 y siguientes del Código General del Proceso y demás normas concordantes, comedidamente solicito se fije hora y fecha, para **INTERROGAR** bajo la gravedad de juramento a la demandante en este proceso, BERTHA YANETH PRADA OCHOA, lo cual haré de forma oral o escrita, en relación con los hechos materia del medio de control de Reparación Directa, persona que será citada a través de su apoderado judicial en los términos autorizados por el artículo 78 del CGP.

## 12. NOTIFICACIONES

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4 - 49 Segundo Piso, Zona C, Oficinas del Grupo Contencioso Administrativo Dos, en Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico: [notificaciones\\_ingreso@superfinanciera.gov.co](mailto:notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co). El suscrito las recibe en la dirección de correo

## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

electrónico: [albustamante@superfinanciera.gov.co](mailto:albustamante@superfinanciera.gov.co) también puedo ser contactado en la línea celular **3002843775**

Visítenos en [www.superfinanciera.gov.co](http://www.superfinanciera.gov.co) donde podrá consultar información del sistema financiero, bursátil y asegurador colombiano, realizar trámites en línea y acceder a nuestros espacios de participación ciudadana. Recuerde que también estamos en Twitter y Facebook.

Cordialmente,



T.P. 310 494 del C.S.J

C.C. 1.096.209.421 de Barrancabermeja

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ**

70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

*Elaboró:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*

*Revisó y aprobó:*

*ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ*



# SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020267034-017-000

Fecha: 2021-06-15 16:24 Sec.día 2035

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 317-317 MEMORANDO GENÉRICO

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM194005-JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Señores

## JUZGADO 60 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Dr. Alejandro Bonilla Aldana - Juez  
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co  
Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020267034-017-000  
Trámite : 132 DEMANDAS  
Actividad : 317 317 MEMORANDO GENÉRICO  
Anexos :

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicado:** 11001-33-43-060-2020-00049-00  
**Demandante:** BERTHA YANETH PRADA OCHOA  
**Demandados:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO  
**Asunto:** ESCRITO DE EXCEPCIONES PREVIAS A LA REFORMA DE LA DEMANDA  
**Radicado Interno SFC:** 2020267034

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTÍNEZ**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.096.209.421 de Barrancabermeja, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 310.494, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante, la SFC)**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito presentar las **EXCEPCIONES PREVIAS A LA REFORMA DE LA DEMANDA** relativas al proceso de la referencia, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, concordante con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, para lo cual proceso en los siguientes términos:

### 1. EXCEPCIONES PREVIAS.

#### 1.1. Caducidad.

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



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*“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 (...).** (Negrilla fuera del 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.”*

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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.). De aceptarse en gracia de discusión que la SFC omitió el cumplimiento de sus funciones, el momento en que cesó la presunta omisión corresponde a la fecha en que culminó la actuación administrativa adelantada por esta Entidad respecto de la mencionada sociedad y se remitió a la Superintendencia de la Economía Solidaria y Superintendencia de Sociedades las circunstancias evidenciadas en las visitas, traslados que se surtieron el 27 de febrero de 2014, mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010, respectivamente.

Al respecto, tenemos que es desde esa 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 28 de febrero de 2016, momento para el 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 diciembre de 2019, ante la Procuraduría 129 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.

Consideramos oportuno indicar que **para el caso particular se debe establecer la ocurrencia del fenómeno de la caducidad respecto de cada una de las entidades demandadas, de forma separada, pues las actuaciones adelantadas por la SFC y la SS son independientes y se desarrollaron con fundamento en facultades legales distintas.** Sobre el particular, y como se explicó con suficiencia en la contestación de la demanda, las visitas realizadas por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se adelantaron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presume, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora.



## 1.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva de la SFC

En el presente asunto la demandante aduce que la SFC fue omisiva en el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del funcionamiento de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., así como de las operaciones que realizaba dicha sociedad.

En ese sentido, como quiera que la redacción de los fundamentos de hecho y derecho del libelo demandatorio no son claros respecto de si la presunta omisión que se imputa a esta Entidad corresponde al cumplimiento de las atribuciones contenidas en el Decreto 2555 de 2010, Decreto 4334 de 2008 o en la Ley 1527 de 2012, abordaremos este punto desde cada uno de los supuestos normativos precitados.

### 1.2.1. En relación con el Decreto 2555 de 2010.

Debe llamarse preliminarmente la atención en el hecho que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., 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 1° 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 y el artículo 11.2.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010.

Adicionalmente, debe indicarse que 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 tienen que 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.

### 1.2.2. En relación con los artículos 108, 325 y 326 del EOSF, concordantes con el Decreto 4334 de 2008.

Cabe señalar que, con el objetivo de evitar que personas no autorizadas ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas y en cumplimiento de las atribuciones establecidas en los artículos 108, el literal a), numeral 4, del artículo 325 y el artículo 326 del EOSF, concordantes con el Decreto 4334 de 2008 así como 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, la SFC entre el 9 y 17 de julio y el 2 y 6 de diciembre de 2013, adelantó visitas de inspección a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., las cuales se originaron con ocasión de dos correos electrónicos recibido el 6 de mayo de 2013, a los que se adjuntó copia de un folleto donde se invitaba a invertir en “pagarés-libranza” y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide.

Por lo anterior y una vez analizada la información recabada en la visita se llegó a la conclusión que en las actividades desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., relativas a la compra y venta al descuento de “pagarés-libranzas” no se configuraban los hechos objetivos o notorios, ni los supuestos de captación masiva de recursos del público.

### 1.2.3. En relación con la Ley 1527 de 2012.

Es oportuno precisar que si bien la Ley 1527 de 2012 le otorgó a la SFC las funciones de inspección, vigilancia y control sobre algunas de las entidades operadoras de libranzas, vale la pena precisar que las únicas cooperativas vigiladas por esta Entidad son las cooperativas financieras, las cuales son autorizadas para captar recursos del público.

Ahora bien, debe señalarse que las cooperativas originadoras de los “pagarés-libranzas” en este caso fueron: COOPDOMUS y COOMUPAL y COOCREDIMED, SERVICOOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, las cuales están bajo la vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

De igual manera la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en su modelo de negocio manifestó que para la compraventa de los “pagarés-libranza” tenía contratos suscritos con las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.

De lo expuesto podemos concluir que la SFC no está legitimada en la causa por pasiva para ser demandada por omisión en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, puesto que:

- No tenía la obligación de ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., conforme a lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 y demás normas concordantes.
- Habiendo ejercido las funciones que le competían para evitar que personas no autorizadas ejercieran actividades exclusivas de las entidades vigiladas (literal d) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF), no encontró que se configuraran los hechos objetivos o notorios ni los supuestos de captación masiva de recursos del público, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.
- Las cooperativas con las que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., adquiría las libranzas no se encontraban ni se encuentran sometidas al control y vigilancia de la SFC, debido a que no tienen la naturaleza de cooperativas financieras.

Así las cosas, queda clara la ausencia de conductas omisivas de la SFC en relación con los posibles perjuicios ocasionados a la aquí demandante, pues esta Entidad ejerció en su momento las actuaciones que le correspondían, sin encontrar en ellas los supuestos de captación en que luego incurrió la sociedad involucrada en el asunto.

**En cuanto a las excepciones aquí propuestas, estimamos oportuno informar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A – Magistrado Ponente: Juan Carlos Garzón Martínez, en auto del 03 de diciembre de 2020 emitido en el proceso con radicado No. 2018-0616, de Convento Santo Domingo contra la SFC y SS, relacionado con la comercializadora de libranzas Estraval, declaró expresamente probadas las**

**excepciones previas de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la SFC.**

**En cuanto a la caducidad indicó que el término debe ser contado desde el momento en que la Superfinanciera efectuó el traslado por competencia a la Superintendencia de Sociedades de los informes de visita. Frente a la falta de legitimación, consideró que este ente de control no participó en los hechos que dieron lugar a la demanda y que no le correspondía la obligación de vigilancia de Estraval, como en el presente caso tampoco le correspondía la vigilancia de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., por lo que las omisiones que se imputaban en la demanda, no eran atribuibles a la SFC.**

**Similar determinación adoptó el magistrado Garzón Martínez en auto del 3 de diciembre de 2020, proferido en el proceso 2019-00078 de Federico Aristizábal Correa y Otros contra la SFC y SS, pues al resolver la excepción de caducidad propuesta por esta Entidad, indicó:**

***“(…) la actuación por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia culminó el 27 de marzo de 2014, fecha en la que envió la información a la Superintendencia de Sociedades, relacionada con la sociedad Estraval S.A, la cual no estaba bajo su vigilancia.***

***Por lo tanto, computando el término de caducidad únicamente frente a la Superintendencia Financiera, desde su última actuación esto es, 27 de marzo de 2014, la parte actora contaba en principio hasta el 28 de marzo de 2016, como fecha límite, para presentar acción contenciosa en ejercicio del medio de control de reparación directa.”***

## **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 a la reforma de la demanda y que por cuestiones prácticas no remitiremos nuevamente con el presente escrito:

1. Documentales allegadas con la contestación de la reforma a la demanda.
2. Copia del auto del 3 de diciembre de 2020 proferido en el proceso 2018-00616-00.
3. Copia del auto del 3 de diciembre de 2020 proferido en el proceso 2019-00078-00.

Para que obren como pruebas en el proceso adjuntamos copia de la documentación en comento, siendo oportuno señalar que se autorizó a las cuentas: [jadmin60bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jadmin60bt@cendoj.ramajudicial.gov.co) y [jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co), para que la consulten en el siguiente link: [https://superfinanciera-my.sharepoint.com/:f/g/personal/albustamante\\_superfinanciera\\_gov\\_co/EhC2BJH5GSFPtAZuAKY3qyYBSLJB5sgj0ZwcQSYjUhUpeA?e=babkuV](https://superfinanciera-my.sharepoint.com/:f/g/personal/albustamante_superfinanciera_gov_co/EhC2BJH5GSFPtAZuAKY3qyYBSLJB5sgj0ZwcQSYjUhUpeA?e=babkuV)

Reiteramos al Despacho el traslado de la reserva sobre dichos documentos, por cuanto al tratarse de una actuación administrativa, contiene información clasificada y/o reservada.



## SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

### 3. PETICIÓN

En atención a lo manifestado, respetuosamente solicito al Despacho:

3.1. Que se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD** y **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.

3.2. Como consecuencia de lo anterior, se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declare la terminación del proceso.

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

### 4. NOTIFICACIONES

Se informa que la Superintendencia Financiera de Colombia recibe notificaciones en la Calle 7 No. 4 - 49 Segundo Piso, Zona C, Oficinas del Grupo Contencioso Administrativo Dos, en Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico: [notificaciones\\_ingreso@superfinanciera.gov.co](mailto:notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co). El suscrito las recibe en la dirección de correo electrónico: [albustamante@superfinanciera.gov.co](mailto:albustamante@superfinanciera.gov.co) también puedo ser contactado en la línea celular **3002843775**

Cordialmente,



T.P. 310 494 del C.S.J

C.C. 1.096.209.421 de Barrancabermeja

**ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ**

70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos

70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

*Elaboró:*

ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ

*Revisó y aprobó:*

ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ

