



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2018115335-017-000

Fecha: 2019-11-07 14:40 Sec.día3318

Anexos: No

Trámite: 132-DEMANDAS

Tipo doc: 324-324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Destinatario: ATM159463-JUZGADO SESENTA Y UNO (61)

ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. -

SECCIÓN TERCERA -

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2019 NOV 8 PM 3 44

OFICINA DE APOYO
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

010457

Doctora

EDITH ALARCÓN BERNAL

Jueza

JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. - SECCIÓN TERCERA -

Complejo Judicial CAN

Número de Radicación : 2018115335-017-000
Trámite : 132 DEMANDAS
Actividad : 324 324 CONTESTACIÓN DE DEMANDA
Anexos :

Radicación: 110013336032-2018-00372-00
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ y otros
Demandados: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA y otros.

ALEXÁNDER CHAVERRA TORRES, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.657.944 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 129.505 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la Entidad demandada **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, procedo a dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** de la referencia en los siguientes términos:

1. IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

En los términos del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, comparece, como parte demandada la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante SFC)**, entidad que forma parte del sector central de la administración



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 le fuere conferido por el Coordinador del Grupo Contencioso Dos de la Subdirección de Defensa Jurídica de la Entidad, a quien fue delegada la función de otorgar poderes a funcionarios para que ejerzan la representación judicial o extrajudicial de la **SFC**, al tenor del numeral 4 del artículo 1 de la Resolución 0229 del 14 de febrero de 2017.

2. OPORTUNIDAD.

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

Ahora bien, mediante auto del 27 de mayo de 2019 ese Despacho resolvió admitir la demanda, providencia que nos fue notificada mediante correo electrónico remitido por la secretaria del Despacho, recibido el día 23 de julio del año en curso. Contra dicha decisión la **SFC** presentó de manera oportuna recurso de reposición, el cual fue resuelto por auto del 20 de agosto de 2019, notificado por estado del día 21 del mismo mes y año, en el cual se dispuso no reponer el referido proveído.

Téngase en cuenta que conforme a lo dispuesto en el art. 118 del C.G.P., inciso 4º cuando se interpone un recurso contra una providencia que concede un término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, éste se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso.

De lo anterior se puede concluir que el término concedido en el auto admisorio, esto es, los treinta (30) días para contestar la demanda (artículo 172 del C.P.A.C.A.), comenzaron a correr una vez vencieron los veinticinco (25) a los que se refiere el inciso quinto del artículo 199 del C.P.A.C.A. modificado por el artículo 612 del C.G.P., esto es a partir del **22 de agosto de 2019**, de manera que el plazo para contestar la demanda fenece el **día 14 de noviembre de 2019**.

Es de precisar que el día 1 de septiembre de 2019 hubo interrupción de actividades de los funcionarios de la Rama Judicial y el 2 y 3 de octubre del mismo año también se presentó cese por la misma razón, por tanto estos días no corrieron términos judiciales.

De lo expuesto se advierte entonces, que la **SFC** está dentro del término previsto en la ley para contestar la demanda interpuesta por **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ y otros**.

3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE 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.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- Por carecer de fundamento respecto de mi prohijada, toda vez que lo expuesto por la parte demandante corresponde única y exclusivamente a la narración de un **incumplimiento contractual**, relación jurídica de la cual la Superintendencia Financiera no fue parte;
- Por tratarse de una demanda cuyos fundamentos fácticos imposibilitan, por completo, hacerle una imputación de responsabilidad a la **Superintendencia Financiera de Colombia**, ya que las afirmaciones que se hacen respecto de la supuesta omisión en que incurrió son contradictorias, pues de un lado se señala que “(...) *ejerce control, inspección y vigilancia respecto de las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales (...)*” y en otros apartes de indica que supervisa y vigila a las “(...) *corporaciones financieras, cooperativas financieras y corporaciones bancarias (...)*”;
- 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 **Superintendencia Financiera**, ya que como se demostrará, en el presente caso se configura el hecho de un tercero y la culpa de quien se reputa víctima;
- Por tratarse de eventos en relación con los cuales se encuentran debidamente configuradas diversas causales que eximen de responsabilidad a la **Superintendencia Financiera de Colombia**.

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

4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

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

4.1. Señalan los **HECHOS 1) al 5)**, que fueron contactados por la fuerza comercial de la empresa ESTRATEGIAS EN VALORES S.A. (en adelante ESTRAVAL S.A.) y se les explicó en qué consistía el sistema de inversión en libranzas y el papel de dicha sociedad en la operación, ofreciéndoles una rentabilidad equivalente al interés bancario corriente.

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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

4.2. En los **HECHOS 6) al 7)**, se indica que los accionantes indagaron sobre la legalidad de la operación ante la SFC y la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (en adelante SS)** lo que les permitió establecer que estas entidades conocían de la operación de ESTRAVAL S.A., que habían realizado visitas, que dicha sociedad no era objeto de ninguna medida y que se trataba de una actividad no proscrita por la ley.

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

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

4.3. Respecto del **HECHO 8)**, **NO NOS CONSTA** que los demandantes hayan adelantado algún tipo de indagación ante la CÁMARA DE COMERCIO con el fin de averiguar el objeto social registrado por ESTRAVAL S.A., por lo que nos atenemos al contenido del certificado de existencia y de representación legal de dicha compañía, aportado como prueba por la parte demandante.

4.4. En relación con el **HECHO 9)** ha de indicarse que **NO** corresponde a un antecedente fáctico, pues los señalamientos allí contenidos son juicios de valor de carácter subjetivo provenientes del fuero interno del actor, por lo cual no es preciso efectuar pronunciamiento alguno sobre el particular.

4.5. Señala el **HECHO 10)** que ESTRAVAL S.A. creó la Fiduciaria el País a efectos de recaudar el dinero de los contratos para la compra de cartera.

Sobre el particular, es necesario señalar que lo anterior **NO ES CIERTO**, pues verificado el informe de visita 2015033550-000 del 28 de mayo de 2015 realizada a la Fiduciaria del País S.A. (en adelante FIDUPAIS) y la Resolución 0778 del 22 de junio de 2016, por medio de la cual la SFC adoptó el instituto de salvamento de vigilancia especial a Fidupaís, no se encontró dentro de la composición accionaria de dicha entidad para el año 2014 y 2016 a ESTRAVAL S.A.

4.6. Los **HECHOS 11) al 14)**, que hacen referencia al número de contratos celebrado por cada demandante con la referida sociedad, cuantía y fecha de suscripción de los mismo, así como al total de dinero girado a ESTRAVAL S.A., consignaciones realizadas, pago de amortizaciones y finalmente monto del dinero que les quedaron adeudando.

Al respecto debemos señalar que dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no fue parte de la relación negocial presuntamente entablada entre ESTRAVAL S.A. y los accionantes.

De otro lado, vale la pena señalar que con la demanda se aportaron como pruebas las copias de los contratos, cartas de instrucción, certificaciones emitidas por ESTRAVAL S.A. y tablas de amortización de cartera, razón por la que nos atenemos a lo que se pruebe a lo largo del proceso, así como a la veracidad y legalidad de los documentos suscritos, sin embargo, resulta del caso llamar la atención del Despacho pues, ni en el antecedente fáctico ni en las documentales se hace



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

mención alguna de mi representada, lo que permite concluir que el negocio celebrado corresponde a un acuerdo de voluntades de carácter netamente privado, suscrito única y exclusivamente por los aquí demandantes y la sociedad ESTRAVAL S.A.

4.7. En los **HECHOS 15) al 17)**, se señala que la sociedad ESTRAVAL S.A. dejó de pagar intereses en el mes de mayo de 2016, esgrimiendo razones de orden operativo de la cartera y asuntos relacionados con las pagadurías de las cooperativas, en resumen "siniestro de cartera".

Al respecto se debe indicar que el contenido de los hechos corresponde a las apreciaciones subjetivas de los actores, que deberán ser probadas en el proceso. En este orden de ideas **NO NOS CONSTA** lo señalado en los mismos, ya que como se señaló anteriormente mi prohijada no hizo parte del negocio jurídico al que se ha hecho referencia.

4.8. Frente a lo señalado en el **HECHO 18)**, relacionado con la decisión de la SS de intervenir ESTRAVAL S.A. el 31 de agosto de 2016, por desplegar actividades de captación ilegal, es de precisar que la SS en efecto adoptó la medida en comento para tal fecha, por lo que nos atenemos al tenor literal del mencionado acto administrativo.

4.9. En relación con lo señalado en los **HECHOS 19) al 22)**, relativos al proceso de liquidación, el reconocimiento de sus acreencias en el mismo y la devolución de una parte de aquellas, **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no hizo parte de dicho proceso, por tanto, nos atenemos a lo que se pruebe dentro de la presente acción.

4.10. En cuanto a los **HECHOS 23) y 24)**, es oportuno señalar que esta Superintendencia realizó tres visitas de inspección a la sociedad ESTRAVAL S.A., en curso de la tercera de estas, la SS mediante el oficio número 300-040285 del 19 de marzo de 2014, solicitó que se enviará: "*una copia en medio magnético de la información referida en su comunicación, en consideración a que dicha información es de gran utilidad para continuar con las actuaciones que la SS venía realizando sobre la sociedad ESTRAVAL S.A.*", lo que aunado al hecho de que ESTRAVAL S.A. se encontraba bajo su vigilancia, derivó en la remisión de la actuación administrativa mediante oficio número 2013047657-007 del 27 de marzo de 2014 a la SS, para los fines de su competencia, de conformidad con lo normado en los numerales 10 y 11 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con la competencia establecida en el literal a) del artículo 1 del Decreto 4350 de 2006, y la establecida en el Decreto 4334 de 2008, particularmente en su artículo 4.

Respecto del actuar de la SS **NO NOS CONSTA**, pues se refiere a una entidad distinta a la SFC, no siendo mi prohijada la facultada para desvirtuar tales afirmaciones.

4.11. Respecto al **HECHO 25)** en el que se indica que la empresa ESTRAVAL S.A. defraudó a más de 4.600 personas bajo su modalidad de negocio, debemos señalar que **NO NOS CONSTA**, pues dicha afirmación corresponde a una apreciación subjetiva de los accionantes que deberá ser probados dentro de la presente acción. Por lo que nos atenemos a lo que se pruebe.

4.12. En cuanto a los **HECHOS 26) y 27)**, los cuales se refieren a la imputación de cargos realizada por la Fiscalía General de la Nación a los directivos y socios de ESTRAVAL S.A. por

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

captación ilegal y al proceso que se lleva en el Juzgado 8 Penal del Circuito Especializado contra los mismos. Dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no es parte del citado proceso, por ello nos atenemos a lo que se pruebe en la presente acción.

4.13. Los **HECHOS 28), 31) al 35) y 38)**, se refieren al número de operaciones celebradas por ESTRAVAL S.A., el valor de las mismas, el patrimonio líquido de dicha sociedad, las ofertas realizadas al público para la suscripción de dichos contratos y que para el momento de las visitas realizadas por la SS y la SFC, ESTRAVAL S.A. había celebrado contratos para la venta de libranzas con más de 5000 personas y que no realizaron ninguna medida para detener el accionar de la comercializadora

Sobre el particular, y ya que lo pretendido por los demandantes es referirse a los supuestos de captación, debemos mencionar que tal y cómo se señala a lo largo de este escrito para las fechas en que la SFC realizó las visitas a ESTRAVAL S.A. 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 una vez encontró inconsistencias entre los pagos a los inversionistas y los flujos de recursos generados por los títulos valores remitió dicha información a la SS, por lo cual dicha afirmación **NO ES CIERTA**.

Por otro lado, respecto a las demás consideraciones realizadas por los demandantes, relacionadas con la operación de ESTRAVAL S.A., me atengo a lo establecido en los informes de inspección emitidos con ocasión de las tres visitas realizadas por esta Superintendencia a la sociedad ESTRAVAL S.A., pues estos consagran las evidencias recaudadas por esta autoridad. Para tal efecto, aporto los mismos como prueba.

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

4.14. Respecto a los **HECHOS 29) al 34)**, según los cuales, los demandantes se involucraron en el proceso comercial ofrecido por ESTRAVAL S.A. por la información brindada por la SFC y la SS, **NO NOS CONSTAN**, sin embargo, es del caso señalar que **NO ES CIERTO**, como se explicará más adelante, que aquellos hayan elevado algún tipo de consulta a esta Superintendencia.

4.15. En relación con los **HECHOS 36) y 37)**, en los cuales se cita el artículo 2 del Decreto 4334 de 2008 y se indica que la competencia para suspender operaciones de captación o recaudos no autorizados está en cabeza de la SS de oficio sin perjuicio de las solicitudes que la SFC realice, nos atenemos al tenor literal de dichas normas.

4.16. En relación con lo esbozado en el **HECHO 39)**, relacionado con las supuestas investigaciones realizadas por los demandantes mediante peticiones administrativas dirigidas a la SFC y a la SS, es de mencionar que **NO ES CIERTO**, pues en lo que respecta a la SFC, 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 parte de los demandantes respecto de los mismos hechos que se narran en la demanda.

Ahora bien, dicho lo anterior debemos mencionar que existe una petición elevada por quien hoy funge como apoderado de los demandantes, esto es, el señor Luis Eduardo Escobar Sopo, quien



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

en nombre propio y mediante radicado No. 2018146780-000-000 del 06 de noviembre de 2018, es decir en fecha posterior a la celebración de los contratos y de haber efectuado la entrega de recursos, así como posterior a la fecha de intervención de ESTRAVAL S.A. por parte de la SS, solicitó: "(...) se sirva expedir copia de todas las visitas realizadas por ustedes a la sociedad *estrategias en valores sas - estraval durante el periodo de 2013 a 2016 en ejercicio de sus funciones*". Dicha solicitud, fue atendida por la SFC mediante oficio No. 2018146780-001-000 del 20 de noviembre de 2018, indicando que se trataba de información reservada, por lo cual en aplicación del artículo 17 del CPACA, se le otorgó un mes con el fin de obtener la habilitación de un juez para acceder a dicha información.

Así, teniendo en cuenta que el peticionario no allegó el documento solicitado dentro del plazo otorgado, mediante radicado No. 2018146780-003-000 del 24 de diciembre de 2018 la SFC declaró el desistimiento tácito y el archivo de dicha actuación, decisión que fue notificada personalmente por medio electrónico.

4.17. Por último, respecto a lo dicho en los **HECHOS 40) al 45)**, en los cuales los demandantes afirman que como resultado de las investigaciones pudieron establecer que las Superintendencias tenían pleno conocimiento de la actividad realizada por ESTRAVAL S.A., que la misma suscribía más de 20 contratos para venta de libranzas en un periodo de tres meses y que dichas autoridades avalaron el desarrollo de las actividades de la mencionada sociedad, **NO SON CIERTOS**, pues como indicamos con anterioridad los accionantes no realizaron ninguna actividad investigativa frente a la SFC para determinar la legalidad de la actividad desarrollada por ESTRAVAL S.A.

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

Desde ya y con ocasión de lo aducido, debemos indicar que la SFC realizó 3 vistas a la sociedad ESTRAVAL S.A., en los periodos del 18 de mayo al 26 de junio de 2009, el 17 y 20 de agosto de 2010 y el 4 al 28 de junio de 2013, la primera de las cuales concluyó que de la valoración de la información operativa y contable suministrada por la entidad no se evidenciaban hechos que permitieran inferir que dicha sociedad se encontrara bajo los supuestos descritos en los Decretos 4334 de 2008 y 1981 de 1988.

En la segunda visita se concluyó que no existían pasivos para con terceros mayores a 20 personas o 50 obligaciones, o la celebración de contratos de mandato de libre destinación, no observándose hechos objetivos o notorios que permitieran deducir que ESTRAVAL S.A. se encontrara inmersa en operaciones de captación ilegal de dinero.

Finalmente, en la última visita realizada del 4 al 28 de junio de 2013 se estableció que los recursos utilizados en el pago de flujos a los inversionistas compradores de cartera a ESTRAVAL S.A. reflejaban inconsistencias respecto al flujo de recursos que se generaban de acuerdo a los títulos "pagares-libranzas" negociados, por ende mediante oficios números 2013087206-005 del 14 de febrero de 2014 y 2013087206-008 del 20 de febrero de 2014, la SFC, teniendo en cuenta que se trataba de una vigilada por la SS, advirtió a dicha autoridad las situaciones de índole financiero, legal y operativo de ESTRAVAL S.A.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Posteriormente, y ante la solicitud realizada por la SS en oficio 300-040285 del 19 de marzo de 2014 en la que requirió la remisión de una copia de la información recaudada en la visita de inspección, la SFC trasladó la actuación administrativa mediante oficio 2013047657-007 del 27 de marzo de 2014 a dicha autoridad, teniendo en cuenta además que, como se indicó, se trataba de una vigilada por aquella.

Debemos aclarar también que algunos de los citados informes, esto es, los relativos a la primera y segunda visita realizada (2009039993-000 y 2010058154-000), fueron trasladados a la Superintendencia de Economía Solidaria (en adelante SES) a través de los oficios No. 2009039993-002-000 de 21 de julio de 2009 y del 2010058154-002 del 15 de diciembre de 2010 para lo de su competencia, teniendo en cuenta que ESTRAVAL S.A. suscribió contratos de cesión de títulos valores con varias cooperativas sujetas a su vigilancia.

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

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

5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEFENSA.

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

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

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

Respecto de lo anterior, varios han sido los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los que se ha referido al concepto de responsabilidad tanto contractual como extracontractual del Estado, señalando que la cláusula general de la responsabilidad es dicho artículo, el cual tiene como fundamento¹ tres elementos que deben concurrir para que se configure dicho deber, estos son: la existencia de un daño antijurídico, la imputabilidad del mismo al Estado

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



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

quien tendrá el deber de repararlo y el nexo de causalidad. A continuación, procederé a explicar cada uno de ellos:

5.1.1. Daño antijurídico.

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

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

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

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

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

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

Por eso, hechos como los que aquí se debaten, se insiste, deberán ser analizados a la luz de los requisitos establecidos para el régimen de responsabilidad subjetiva que se deriva del incumplimiento de una obligación estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la administración, es decir, que el título de imputación

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

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



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

corresponde al de la falla en el servicio y conforme la jurisprudencia lo ha previsto el examen de dicha responsabilidad ha de realizarse con base en la disposición legal o reglamentaria que consagra el deber que se alega como omitido, o incumplido, con el objeto de establecer si en efecto, la Administración incurrió en omisión o dilación en el cumplimiento del deber y si ésta fue determinante en la producción del daño.

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

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

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

Así lo ha resaltado esta Subsección al señalar:

*“Sobre este punto, vale la pena resaltar que **la obligación a cargo de la Superintendencia no es de resultado**, pues según la carga obligacional contenida en el EOSF, la cual se expuso en precedencia, **sólo está obligada a revisar la actividad de los establecimientos financieros y a vigilar y controlar dicha actividad, pero no a cogestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero.**” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944); M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón. (Negritillas fuera de texto).*

5.1.3. **Nexo de causalidad.**

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

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

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

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



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"(...) 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)

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

Por otro lado, en lo que al hecho del tercero respecta, se tiene que el mismo exonera de responsabilidad al Estado cuando se demuestra que ese tercero es "completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura del nexo causal⁶".

6. ANÁLISIS PROBATORIO DEL CASO CONCRETO.

A la luz de lo señalado en el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP), por regla general a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Este principio procesal es conocido como 'onus probandi, incumbit actori', entonces a partir del estudio de dicho principio, es dable afirmar que tanto 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 de faltar la prueba no puede tenerse por cierto el hecho.

Ahora bien, 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.

En este sentido, vale la pena indicar que el material probatorio que anexa la SFC acredita que la misma actuó de manera diligente y dentro del límite de sus competencias frente a la sociedad ESTRAVAL S.A., esto se evidencia en los informes de las visitas de inspección realizadas por

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

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



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

esta autoridad a la citada sociedad y los traslados realizados a las autoridades competentes, sobre los cuales se ahondará más adelante.

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

Atendiendo las previsiones señaladas, conviene adelantar las siguientes consideraciones:

6.1. AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO.

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

En este sentido, los demandantes pretenden que el daño que alegan como antijurídico y que se reclama sea identificado como la pérdida de los dineros que aquellos aducen haber entregado a la sociedad ESTRAVAL S.A., sin embargo, no sustentan sus afirmaciones de forma certera con material probatorio idóneo que permita identificar el daño o perjuicio económico sufrido, puesto que no aportaron al proceso los pagarés o libranzas suscritas que permitan establecerlo.

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

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

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

"A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables". lo cierto es que en nuestro



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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.**"⁷(destacado fuera del texto)

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

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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Así, si se llegará a demostrar que la parte demandante decidió libre y voluntariamente entregar sus dineros a un tercero, se debe considerar que lo hicieron obnubilados por la rentabilidad ofrecida, el gran negocio ofrecido por la compra de pagarés libranzas de las cuales eran deudores personas no conocidos por los demandantes, lo que de por si implica una operación riesgosa, ello demuestra la culpa exclusiva a cargo de los demandantes.

Y así como los demandantes no compartieron las utilidades que pudieron obtener del negocio privado que celebraron y que incrementó su patrimonio, mal pueden ahora pretender que el Estado asuma las pérdidas que hayan podido recibir, siendo claro entonces que se encuentra en el deber jurídico de soportar tales perdidas el ser estos el producto exclusivo de su conducta.

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

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

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

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

Antes de iniciar con el relato de las actuaciones realizadas por esta autoridad, es menester indicar que ESTRAVAL S.A. **no está ni ha estado bajo la inspección, vigilancia y/o control de la SFC.**

Dicho lo anterior, es de mencionar una vez más que en el presente caso la SFC adelantó varias visitas a ESTRAVAL S.A. entre el 18 de mayo y el 26 de junio de 2009, el 17 y 20 de agosto de 2010 y del 4 al 28 de junio de 2013.

La primera de las visitas concluyó que de la valoración de los hechos del informe realizado y de la información operativa y contable suministrada por la entidad no se evidenciaron hechos que permitieran inferir que dicha sociedad se encontrara bajo los supuestos descritos en los decretos 4334 de 2008 y 1981 de 1988.

En la segunda visita se concluyó que no existían pasivos para con terceros mayores a 20 personas o 50 obligaciones o celebración de contratos de mandato de libre destinación, ni se observaron



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

hechos objetivos o notorios que permitieran deducir que ESTRAVAL S.A. se encontrará inmersa en operaciones de captación ilegal de dinero.

Finalmente, en la última visita realizada del 4 al 28 de junio de 2013 estableció que los recursos utilizados en el pago de flujos a los inversionistas compradores de cartera a ESTRAVAL S.A. reflejaba inconsistencias respecto al flujo de recursos que se generaban de acuerdo a los títulos "pagares-libranzas" negociados, por ende mediante oficios números 2013087206-005 del 14 de febrero de 2014 y 2013087206-008 del 20 de febrero de 2014, la SFC advirtió a la SS situaciones de índole financiero, legal y operativo de ESTRAVAL S.A., e igualmente informó de la comunicación recibida por parte de ésta, en donde manifestaba la intención de realizar un "viraje estratégico" en su modelo de negocio, asunto que escapaba a la órbita de competencia de la SFC por tratarse de una no vigilada.

Posteriormente, ante la solicitud realizada por SS en oficio 300-040285 del 19 de marzo de 2014 en la que requirió la remisión de una copia de la información recaudada, y teniendo en cuenta que dicha sociedad se encontraba bajo su vigilancia, la SFC trasladó la actuación administrativa mediante oficio 2013047657-007 del 27 de marzo de 2014 a dicha autoridad.

Algunos de los citados informes como se señaló en precedencia, también fueron trasladada a la SES a través de los oficios No. 2009039993-002-000 de 21 de julio de 2009 y del 2010058154-002 del 15 de diciembre de 2010 para lo de su competencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en las citadas visitas se evidenció que ESTRAVAL S.A. realizaba operaciones como la compra de los pagarés-libranza con algunas cooperativas como COONALRECAUDO y COOPDESOL, la SFC decidió realizar visita de inspección a las mismas, como se explicará:

Se realizó visita a COONALRECAUDO, ordenada en el oficio 2013058928-001 del 8 de julio de 2013 en la que se estableció que en el vínculo negocial de ESTRAVAL S.A. con FIDUPAÍS no se evidenciaron hechos que permitieran concluir que se estaba incurso en captación masiva y habitual de dineros del público. Dicho informe de inspección fue puesto a consideración de la Fiscalía General de la Nación y de la SES precisando que en él se señalaban algunos aspectos relacionados con COONALRECAUDO que podían recaer en el ámbito de su competencia, mediante radicados 2013058928-008 y 009 del 27 de febrero de 2014.

Cabe señalar que del 8 al 19 de julio de 2013 la SFC también realizó visita a COOPDESOL LTDA, de las pruebas e indicios recaudados no se establecieron hechos notorios u objetivos de captación o recaudo de dineros del público. Dicho informe de inspección fue puesto a consideración de la Fiscalía General de la Nación y de la SES precisando que en él se señalaban algunos aspectos relacionados con COOPDESOL LTDA que podían recaer en el ámbito de su competencia, mediante radicados 2013058935-007 y 008 del 25 de febrero de 2014.

Finalmente, y ya que el actor hace referencia a que FIDIUPAIS hacía el recaudo de dineros de ESTRAVAL S.A., es necesario señalar que la SFC realizó visita del 13 al 17 de abril de 2015, fruto de la cual profirió una orden administrativa identificada con el radicado No 2015033550-024-000 del 06 de agosto de 2015, la que tenía como finalidad salvaguardar los derechos de los

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

inversionistas, preservar la confianza del público y la transparencia de la cual deben gozar los mercados de valores. Aspecto este, sobre el cual se profundizará más adelante.

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

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

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

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

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

"Tal concepto implica, como lo ha dicho repetidamente la Sala, que la responsabilidad de la Administración no puede resultar comprometida cada vez que un particular resulta lesionado en su 'vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades' para cuya protección están establecidas las autoridades de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución, pues el examen del cumplimiento adecuado de las obligaciones del Estado no puede hacerse con relación a un Estado ideal, sino con referencia concreta a la Administración a la que se impone tal obligación, teniendo en cuenta sus recursos, sus capacidades y sus posibilidades y sin que pueda olvidarse que nadie, tampoco el Estado, puede estar obligado a lo imposible".⁸ (Se subraya)

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

⁸Consejo de Estado. Sentencia de 6 de octubre de 1995, expediente 9535, ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

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

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

Es por ello que la SFC, dado su carácter de entidad pública, solamente puede realizar aquellas funciones para las que ha sido expresamente facultada, conforme al artículo 121 de la Constitución Política, según el cual *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, luego dentro de ese estricto marco, evidente resulta que no existe la menor posibilidad de endilgar omisión o incumplimiento de función alguna en cabeza de mi prohijada que derive en la posibilidad de estudiar un resarcimiento de los accionantes a su cargo.

De esta conducta (hacerse parte en el proceso de liquidación de ESTRAVAL) se desprende inequívocamente que para los demandantes es absolutamente evidente que la supuesta pérdida de sus recursos se originó en un incumplimiento contractual por parte de ESTRAVAL S.A. y en modo alguno es una imaginaria omisión de mi representada.

7. EXCEPCIONES.

7.1. EXCEPCIONES PREVIAS.

7.1.1 Falta de claridad de los hechos, ausencia de señalamientos claros y expesos respecto de la SFC. Inepta demanda.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

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

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

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

En este orden de ideas, se observa que los accionantes no desarrollan una argumentación seria, completa y clara que demuestre las aseveraciones realizadas con relación a la supuesta conducta omisiva de la SFC que ocasionaron los supuestos perjuicios a los señores **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ, SABASTIÁN CÓRDOBA, JUAN MANUEL HERRERA PARGA y ELSY DEL MAR DUARTE**, igualmente, esta defensa echa de menos los soportes probatorios- documentales con los cuales se acredita que en efecto esta Superintendencia no cumplió con sus funciones de supervisión; contrario sensu, esta autoridad **SI** aportó soportes probatorios- documentales que acreditan que actuó dentro de los límites de su competencia, en forma proba y diligente, como ya se explicó en acapite anterior.

En este mismo sentido, la falta de claridad no solo se predica de los hechos y pretensiones relacionados con esta Superintendencia pues incluso, como ya se indicó, no existe claridad en torno a las fecha de entrega de los recursos, pues no se aportó documento alguno que lo acredite, con lo cual es imposible determinar si, en efecto, los demandantes entregaron su dinero a **ESTRAVAL S.A** o si dicha entrega solo existe en su imaginación.

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

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

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



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

tales documentos, lo cierto es que le está vedado modificar la causa petendi.⁹

7.1.2. Caducidad.

Como quiera que en el auto del 5 de noviembre de 2019 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición presentado por esta Entidad contra el auto admisorio de la demanda, el Despacho se atuvo a la interpretación del conteo de términos de caducidad sustentado en segunda instancia mediante auto del 28 de marzo de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera -, en el sentido que el plazo empieza a contar a partir del 1 de septiembre de 2016, es decir a partir del día siguiente de cuando se estableció que la sociedad ejercía actividades ilegales lo cual ocurrió con el decreto de la liquidación judicial por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Sea esta la oportunidad para insistir en este punto y puntualizar que las actuaciones de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** y la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES son diferentes en relación a ESTRAVAL S.A., dado que son dos entidades diferentes y por tanto tiene funciones disímiles.

En el anterior orden de ideas, el término de la caducidad debe contabilizarse de manera separada y conforme a las actuaciones de cada una.

Así las cosas, tenemos que el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, define el medio de control de reparación directa así:

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

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

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

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

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

Ahora bien, respecto del conteo del término de caducidad del medio de control de reparación directa para los casos donde se aduce la existencia de un perjuicio originado por la acción u

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente Doctor Henan Andrade Rico. Radicado 250002336000201500513 01. 12 de julio de 2016.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

omisión de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento del 23 de agosto de 2019, ha señalado:

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

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

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

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

12.- Lo anterior, toda vez que la causa del daño afirmada en la demanda no corresponde a acciones tomadas por la Superintendencia Financiera en este trámite, sino a la omisión en la adopción oportuna de medidas para corregir las situaciones que motivaron la toma de posesión de la sociedad comisionista.¹⁰ (Subrayado y negrilla fuera del texto)

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

Conforme lo anterior, de aceptarse en gracia de discusión que la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** omitió el cumplimiento de sus funciones, el momento en que cesó la presunta omisión de esta Superintendencia habría sido aquel en que se dio inicio a las mencionadas visitas, no obstante, lo cierto es que la culminación de ese trámite administrativo en cabeza de esta Entidad tuvo lugar cuando fueron remitidas a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES las circunstancias evidenciadas en las visitas realizadas a la sociedad ESTRAVAL S.A. el día 28 de junio de 2013, por lo tanto es desde esta fecha que debe iniciarse el conteo de los dos años establecidos por el legislador para que opere el fenómeno de la caducidad del medio de control, los cuales fenecieron el pasado **28 de junio de 2015**, fecha para la cual, de acuerdo

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección “B”. Rad: 25000- 23-36-000-2016-02573-01 (61895) Reparación Directa Ernesto Mattos Bautista y otros contra la SFC. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

con la documentación remitida a la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, 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 **30 de agosto de 2018**, ante la Procuraduría Ochenta y Una Judicial I para Asuntos Administrativos de la ciudad de Bogotá, D.C., configurándose así la causal objetiva de **CADUCIDAD** del medio de control que se quiere ejercer respecto de la **SFC**.

7.1.3. Falta de competencia al no ser un asunto del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo esta instituida para conocer las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan funciones administrativas.

Al tenor de lo anterior, un asunto como el que se discute en esta oportunidad, aparentemente suscitado en el incumplimiento contractual que surge de un acuerdo de voluntades celebrado entre particulares, contrato denominado "compraventa de cartera persona natural", compete de manera exclusiva a la jurisdicción ordinaria, pues la determinación de obligaciones o el reconocimiento de derechos relacionados con actividades propias de la celebración de negocios privados no tiene implicaciones administrativas, menos aun cuando en desarrollo de los negocios jurídicos que se llevaron a cabo, ninguna injerencia tuvo una entidad pública. En el caso que nos ocupa, la SFC no intervino en el negocio pues fue un contrato de derecho privado suscrito entre los accionantes y **ESTRAVAL S.A.**, aunado a ello, esta última sociedad ni siquiera era una entidad sujeta a su inspección, vigilancia y control.

Ahora bien, tal como lo tiene establecido el ordenamiento jurídico colombiano, los denominados medios de control judicial contemplados en la jurisdicción contencioso administrativa, como el de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, entre otros, se encuentran concebidos, consagrados y diseñados para obtener la declaración, defensa o condena propios del medio escogido, en otras palabras, para *"efectivizar el ordenamiento legal en cada actuación administrativa mediante los poderes de decisión, coerción, documentación y ejecución"*.¹¹

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

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

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 15 de junio de 2017, Radicado: 11001032700020130001500, C.P. Stella Jeanrette Carvajal Basto.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Y, precisamente, por tratarse de un tema de origen contractual entre dos particulares es que, como se dijo atrás, los demandantes acudieron al escenario de la liquidación de ESTRAVAL S.A. para intentar recuperar los recursos que supuestamente le entregaron a dicha sociedad.

7.1.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

En el presente asunto, pese a la extraña redacción de la demanda, pareciera que los demandantes realizaron un señalamiento frente a la SFC, al considerar que la misma fue omisiva respecto de sus funciones al no evidenciar la captación ilegal de dineros del público por parte de ESTRAVAL S.A., en esta medida se busca que se declare administrativamente responsable a esta Superintendencia por los supuestos daños y perjuicios ocasionados a los señores **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ, SABASTIÁN CÓRDOBA, JUAN MANUEL HERRERA PARGA y ELSY DEL MAR DUARTE** por parte de ESTRAVAL S.A.

Sobre el particular, debe llamarse la atención una vez más, del hecho que ESTRAVAL S.A. **no está ni ha estado sometida a vigilancia de esta Superintendencia**, no obstante lo anterior, de conformidad con las facultades de supervisión conferidas en el literal a), numeral 4, del artículo 326 del EOSF, lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, los artículos 6 y 13 del Decreto 4334 de 2008 y con fundamento en las funciones previstas en los numerales 1, 2 y 22 del artículo 44 del Decreto 4327 de 2005, se efectuaron las visitas de inspección relacionadas con detalle en el numeral 7.2 de este escrito.

Vale la pena destacar que, como se indicó atrás, en curso de la tercera visita a ESTRAVAL S.A., esto es, la realizada entre el 4 y 28 de junio de 2013, la SS remitió comunicación solicitando se entregase copia en medio magnético de las diligencias adelantadas por esta Entidad respecto de ESTRAVAL S.A., luego atendiendo tal circunstancia, según lo previsto en los numerales 10 y 11 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como la competencia establecida en el literal a) del artículo 1 del Decreto 4350 de 2006, y la establecida en el Decreto 4334 de 2008, particularmente en su artículo 4¹², la información recogida en las visitas efectuadas a la sociedad ESTRAVAL S.A. fue trasladada a la SS, el 27 de marzo de 2014.

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

Finalmente, y en referencia a FIDUPAIS que hacía el recaudo de dineros de ESTRAVAL S.A., es necesario señalar una vez más que la SFC realizó visita del 13 al 17 de abril de 2015, fruto de la cual profirió una orden administrativa identificada con el radicado N° 2015033550-024-000 del 6 de agosto de 2015, que tenía como finalidad salvaguardar los derechos de los inversionistas,

¹² ARTICULO 4. COMPETENCIA. -La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera será la autoridad administrativa competente, de manera privativa para adelantar la intervención administrativa a que alude este decreto.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

preservar la confianza del público y la transparencia de la cual deben gozar los mercados de valores.

Cabe destacar que la medida en comento tenía como objetivo algunas operaciones celebradas por la Sociedad Fiduciaria respecto de ESTRAVAL S.A., dentro de las ordenes emitidas pueden destacarse: i) retomar las actividades indelegables y propias de su actividad como administrador de Fondos de Inversión Colectiva (FICs); ii) abstenerse de delegar las responsabilidades que como administrador de FICs le correspondían; iii) suspender de manera inmediata y hasta nueva orden la realización de inversiones o reinversiones en los FICs. Contra dicha medida se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto confirmando la orden en su totalidad, a través de la Resolución 1420 del 15 de octubre de 2015 (Radicado No. 2015033550-038-000).

Posteriormente, mediante oficio 2016065401-000 del 15 de junio de 2016 se ordenó iniciar una visita de inspección a FIDUPAIS S.A. a efectos de verificar que su actividad como fiduciario se ajustara a los mandatos legales y mediante Resolución No. 0778 de 2016, la SFC ordenó la adopción del instituto de vigilancia especial respecto la mencionada sociedad fiduciaria.

Teniendo en cuenta la situación patrimonial de la fiduciaria al corte del 31 de diciembre de 2016, la cual presentaba un defecto de capital que ascendía a la suma de \$2.919.312.560, se ordenó mediante la Resolución No. 0148 del 1 de febrero de 2017 la toma de posesión inmediata para liquidar los bienes, haberes y negocios de Fiduciaria del País FIDUPAIS S.A.; a partir de ese momento y de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 2° de la Ley 117 de 1985, la competencia sobre el caso pasó de la SFC, correspondiéndole al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFÍN), quien realiza la labor de seguimiento sobre las actuaciones del liquidador.

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

7.2. EXCEPCIONES DE FONDO.

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

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

7.2.1.1. Esta Entidad realizó una visita de inspección del 18 de mayo al 26 de junio de 2009 a la sociedad ESTRAVAL S.A., de conformidad con las facultades de supervisión conferidas en el literal a), numeral 4, del artículo 326 del EOSF, con base en lo dispuesto en los artículos 6 y 13 del Decreto 4334 de 2008 y con fundamento en las funciones previstas en los numerales 1, 2 y 22 del artículo 44 del Decreto 4327 de 2007, la cual fue ordenada a través del oficio radicado

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2009039993-000-000 del 18 de mayo de 2009, que fue motivada por la revisión de algunos registros del balance que determinó la necesidad de aclarar el rubro de cuentas por pagar, la nota 13 a los estados financieros de 31 de diciembre de 2008 y la nota 16 de la cuenta de otros pasivos y en general verificar su modelo de negocios.

De la anterior visita se concluyó que: *"De acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el presente informe y de la información operativa y contable suministrada por la entidad visitada, no se evidenciaron hechos que permitieran inferir a esta Comisión de Visita que la sociedad compañía ESTRATEGIAS EN VALORES S.A., se encuentre realizando actos de captación masiva y habitual de dineros al tenor de lo dispuesto en los Decretos 4334 de 2008 y 1981 de 1988"*.

No obstante lo anterior, se realizaron dos recomendaciones a la mencionada sociedad: i) de un lado, que para el manejo contable, las operaciones originadas tanto en la venta de cartera como en el recaudo de flujo de caja que esas originan, se debían afectar las cuentas de orden y no las cuentas de su propio balance; y de otro, ii) que para fondear sus actividades con la obtención de créditos se tuviesen en cuenta las previsiones del Decreto 1981 de 1988 y el Decreto 4334 de 2008.

Así mismo, dado que en dicha visita se estableció que las cooperativas multiactivas COONALRECAUDO, COOPDESOL LTDA. y COOPROSOL LTDA. efectuaron préstamos a ESTRAVAL S.A., se dispuso el traslado del informe de visita a la SES, el cual se llevó a cabo a través del oficio No. 2009039993-002-000 del 21 de julio de 2009, para lo de su competencia.

7.2.1.2. Posteriormente, en uso de las facultades legales otorgadas a esta Superintendencia frente a personas no vigiladas, contenidas en el literal a) numeral 2 del artículo 326 del EOSF y con la finalidad de determinar si en el desarrollo de las actividades adelantadas por ESTRAVAL S.A. se incurría en captación o recaudo masivo no autorizado de recursos del público, en los términos del artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con lo señalado en el Decreto 1981 de 1988 (hoy artículo 2.18.2.1. del Decreto 1088 de 2015), esta Entidad realizó una nueva visita de inspección a la sociedad ESTRAVAL S.A., ordenada a través del oficio radicado 2010058154-000 del 13 de agosto de 2010, visita que se llevó a cabo entre el 17 y 20 de agosto de 2010, la cual fue motivada por una consulta telefónica en la que se informaba de las actividades que promocionaba ESTRAVAL S.A. entre las que se encontraba la compraventa de facturas y de otros títulos valores, actividades de factoring y de descuentos sobre contratos derivados del desarrollo de proyectos productivos. En la misma se destaca que el interés ofrecido era del 12.5% con unos plazos de 12 a 14 meses. Además, se tuvo en cuenta que en las visitas efectuadas a las sociedades Valorizarse y Banca y Valores Griffin se encontró que estas referenciaban clientes de ESTRAVAL S.A.

Como resultado de esta última, se estableció que el modelo de negocio que desarrollaba ESTRAVAL S.A. era la adquisición por cuenta propia de cartera de créditos "pagares - libranzas", que se adquiría al descuento a cooperativas multiactivas que las generaban, y posteriormente, mediante la celebración de operaciones de compraventa igualmente a descuento, la libranza era enajenada en firme a instituciones financieras y a otras personas jurídicas y naturales interesadas en tales títulos.

Dichas operaciones se instrumentaban, de una parte, a través de la celebración de un contrato de cesión de títulos valores entre ESTRAVAL S.A. y cada una de las cooperativas que realizaban

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

la operación de venta, y de otra, por medio de un contrato de compraventa de cartera con responsabilidad, que se suscribía con cada una de las instituciones financieras y/o personas interesadas en comprar la cartera.

Es pertinente señalar que, según el análisis realizado por esta Entidad en la visita efectuada entre el 17 y 20 de agosto de 2010, a los estados financieros de la mencionada sociedad, con corte a 31 de diciembre de 2009 y junio 30 de 2010, se concluyó que no existían pasivos para con terceros mayores a 20 personas, o 50 obligaciones, o la celebración de contratos de mandato de libre destinación, ni se observaron hechos objetivos o notorios que permitieran deducir que ESTRAVAL S.A. estuviera inmersa, a la fecha de la mencionada actuación, en una captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, al tenor de lo previsto en la normatividad aplicable en la materia.

No obstante, teniendo en cuenta que ESTRAVAL S.A. suscribió contratos de cesión de títulos valores con varias cooperativas, y de conformidad con la valoración de la información entregada por dicha sociedad y recaudada por la comisión de visita, se procedió a trasladar a la SES los resultados obtenidos, consignados en el informe de inspección número 113000316201000437, a través del oficio 2010058154-002 del 15 de diciembre de 2010 para lo de su competencia, en particular lo relacionado con los requisitos establecidos para que las cooperativas adelanten operaciones de venta de cartera.

7.2.1.3. En el año 2013, el entonces Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la Actividad Financiera, ateniendo las características establecidas en los análisis de las formas de captación en la negociación de pagarés - libranzas encontradas en las sociedades GESTIÓN PATRIMONIAL y LINK GLOBAL, mediante oficio radicado 2013047657-001 del 31 de mayo de 2013, ordenó evaluar nuevamente la operación de la sociedad ESTRAVAL S.A. a efecto de establecer la posible existencia de hechos objetivos o notorios o supuestos de captación no autorizada de dineros del público, que resultaren de la actividad de negociación al descuento de pagarés libranza.

En desarrollo de la visita efectuada entre el 4 y el 28 de junio de 2013, se encontraron en el proceso de compraventa de los pagarés -libranzas realizados por ESTRAVAL S.A., diferentes actores como:

- a) Entidades vigiladas por la SES que actuaban como proveedoras u originadoras de la cartera pagarés - libranzas, entre las que se encontraron 11 cooperativas, considerándose pertinente realizar paralelamente visita de inspección por parte de la SFC a las a las que originaron el 57.9% de los "pagares -libranzas" comprados por ESTRAVAL S.A., siendo estas: la Cooperativa Multiactiva Nacional de Recaudo COONALRECAUDO y la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Solidario COOPDESOL;
- b) Deudor: según manifestación del Representante Legal de la visitada, correspondía a la persona natural asociada a una entidad solidaria, pensionado o quien a su vez contaba con un contrato laboral vigente con un empleador público o privado, y quien era el obligado principal a cancelar las sumas de dinero señaladas en el pagaré -libranza; y
- c) Outsourcing de análisis y aprobación de solicitudes, a cargo de la empresa denominada TÉCNICAS FINANCIERAS S.A. (en adelante TECFINSA), que se encargaba de realizar el proceso de verificación de información, análisis y aprobación de las solicitudes de crédito

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

remitidas por las cooperativas originadoras, así como de llevar el control de la aplicación de pagos, producto de los recursos recaudados por las pagadurías y/o Cooperativas. Es de anotar que TECFINSA también fue sujeto de una visita de inspección, actuación que por su relación hace parte integral de la actuación administrativa seguida frente a ESTRAVAL S.A.

La comisión de visita una vez analizó las bases de datos suministradas por TECFINSA respecto de las operaciones de ESTRAVAL S.A. con corte al 30 de agosto de 2013, así como la información reportada por ESTRAVAL S.A. a 31 de marzo de 2013, estableció¹³ que los recursos utilizados en el pago de flujos a los inversionistas compradores de cartera por parte de ESTRAVAL S.A., reflejaban inconsistencias frente al flujo de recursos que se generaban de acuerdo con los títulos de "pagarés -libranzas" negociados.

En este punto, conviene señalar que estando ad portas de la verificación de la información obtenida en la visita, a través de radicado 2013087206-000-000 del 04 de octubre de 2013, ESTRAVAL S.A. manifestó a esta autoridad la intención de realizar un "viraje estratégico" en su modelo de negocio, asunto que escapaba a la órbita de competencia de la SFC por tratarse de una no vigilada. Por ello, mediante oficios números 2013087206-005 del 14 de febrero de 2014 y 2013087206-008 del 20 de febrero de 2014, la SFC remitió dicha solicitud a la SS y le advirtió sobre las actuaciones de índole financiero, legal y operativo de ESTRAVAL S.A.

Seguidamente y en atención a la solicitud formulada por la SS mediante el oficio número 300-040285 del 19 de marzo de 2014, en la que pidió que se le enviara: *"una copia en medio magnético de la información referida en su comunicación, en consideración a que dicha información es de gran utilidad para continuar con las actuaciones que se vienen realizando sobre la sociedad ESTRAVAL S.A."* y al hecho de que ESTRAVAL S.A. se encontraba bajo su vigilancia, (antes del análisis de la información) se trasladó la actuación administrativa mediante oficio número 2013047657-007 del 27 de marzo de 2014 a la SS, para los fines de su competencia. Se resalta que mediante los oficios mencionados se dejó a disposición de la SS toda la información recopilada en la actuación que se había adelantado por esta Entidad respecto de la sociedad ESTRAVAL S.A. Además, se puso en conocimiento de aquella las resultados obtenidas respecto de otras compañías vinculadas con el modelo de negocio desarrollado por dicha sociedad que presentaban diferencia con la realidad económica de la misma. Información recopilada en las visitas realizadas a ESTRAVAL S.A., que derivó en otras actuaciones como se explicará.

7.2.1.4. Como ya se indicó, con ocasión de las diligencias realizadas en la sociedad ESTRAVAL S.A., esta autoridad realizó visita a COONALRECAUDO, COOPDESOL y TECFINSA pese a no estar sometidas a su inspección y vigilancia con el fin de establecer si estaban realizando operaciones de captación o recaudo no autorizado de dineros, como se explicará:

- Mediante oficio No. 2013058928-001-000 del 8 de julio de 2013, se dispuso la realización de una visita de carácter especial a la **COOPERATIVA NACIONAL DE RECAUDO COONALRECAUDO**, cuyas conclusiones se encuentran en el informe de visita No. 1130008102013000264, entre las cuales se destaca que se estableció el vínculo comercial de COONALRECAUDO con ESTRAVAL S.A. y FIDUPAIS, y que respecto de la cooperativa no

¹³ Informe de visita inspección número 113000316201300233



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

se evidenciaron hechos que permitieran concluir que estaba incurso en captación masiva y habitual de dineros del público.

No obstante, mediante oficio No. 2013058928-008-000 del 27 de febrero de 2014 se informó a la Fiscalía General de la Nación que en el mencionado informe de visita en relación con la Cooperativa Nacional de Recaudo COONALRECAUDO se expusieron algunos hechos que podrían corresponder a su ámbito de competencia, señalando:

"Respecto de la liquidación de la libranza tomada como ejemplo, la cual se legalizó el 28 de agosto de 2012, se cobró un interés del 2.5641% mensual (incluyendo los conceptos adicionales), mientras que la tasa de usura (Artículo 305 del Código Penal) certificada mediante la Resolución 984 de 2012, la Superintendencia Financiera para el periodo comprendido entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2012 fue del 31.29% efectivo anual, equivalente a una tasa mensual de 2.2945%.

La Comisión de Visita calculó para el ejemplo antes citado el interés real pagado por el deudor teniendo en cuenta la nueva cuota que incluye la totalidad de los conceptos cobrados ya mencionados: cuota de afiliación, aportes, estudio de crédito y seguro de vida".

En la misma fecha por medio de radicado 2013058928-009-000, se puso a consideración de la SES el citado informe de visita, precisando que en él se señalaban algunos aspectos relacionados con COONALRECAUDO que podían recaer en el ámbito de su competencia.

- Se realizó igualmente visita de inspección in situ a la **COOPERATIVA DESARROLLO SOLIDARIO LIMITADA - COOPDESOL LTDA.** - ordenada a través de oficio No. 2013058935-001-000 de 8 de julio de 2013, llevada a cabo entre el 8 y el 19 del mismo mes y año, en la que se concluyó que de la información, pruebas e indicios recolectados, no se establecían hechos notorios u objetivos de captación o recaudo de dinero del público. El contenido de este informe se puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación y la SES, a través de los derivados 007 y 008 del 25 de febrero de 2014, toda vez que algunos de los hechos allí establecidos podrían corresponder al ámbito de competencia de las mencionadas entidades.
- Finalmente, como se dijo, **TECFINSA** fue objeto de visita especial, entre el 24 de septiembre y el 4 de octubre de 2013, cuyos resultados fueron consignados en el informe de visita radicado con el número 2013081490-009-000 el 25 de marzo de 2014, en el que de la información obtenida se concluyó que no existían indicios, pruebas o registros que permitieran establecer la existencia de hechos notorios de captación de dineros del público no autorizada.

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

7.2.2. Actuación de la SFC respecto de FIDUPAÍS.

FIDUPAÍS, identificada con el NIT. 900305083-6, entidad que se encontraba sometida a la

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

inspección y vigilancia de esta Superintendencia de conformidad con lo previsto en el artículo 325, numeral 2°, literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), en concordancia con lo señalado en el artículo 11.2.1.6.1 del Decreto 2555 de 2010.

En atención a ello y con el objeto de ejercer una supervisión consolidada de dicha entidad, la entonces Delegatura para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias y la Delegatura para Emisores, Portafolios de Inversión y Otros Agentes realizaron periódicamente visitas y requerimientos de información a la citada Sociedad Fiduciaria, como se explicará:

(i) Mediante oficio radicado con el número 2015033550-000-000 del 10 de abril de 2015 la Superintendente Delegada para Emisores, Portafolios de Inversión y Otros Agentes ordenó realizar una inspección in-situ a Fiduciaria del País FIDUPAÍS para el periodo comprendido entre el 13 al 17 de abril de 2015. La visita fue realizada con el objetivo de evaluar la gestión administrativa y el grado de cumplimiento de la sociedad respecto la administración de los Fondos de Inversión Colectiva (FIC) concentrados en títulos valores y derechos de contenido económico. Como resultado de dicha visita la citada Delegatura evidenció que FIDUPAÍS presentaba debilidades en la gobernabilidad y gestión de riesgos que comprometían el óptimo desarrollo de los portafolios administrados, toda vez que la realización de las principales actividades y el cumplimiento de las principales funciones que corresponden a un administrador eran desempeñadas por un grupo de entidades no vigiladas pertenecientes a los dos accionistas mayoritarios de la citada Fiduciaria¹⁴ en virtud de ello **profirió la orden administrativa identificada con el radicado No. 2015033550-024-000 del 6 de agosto de 2015**, que tenía como finalidad salvaguardar los derechos de los inversionistas, preservar la confianza del público y la transparencia de la cual deben gozar los mercados de valores.

Cabe destacar que la medida en comento tenía como objetivo algunas de las operaciones celebradas por la fiduciaria con ESTRAVAL S.A., aclarando que las mismas no fueron las únicas operaciones que la motivaron. Dicho lo anterior, se pone de presente lo ordenado a través de la misma:

- Retomar las actividades indelegables y propias de la actividad de la sociedad Fiduciaria como administrador de los FIC Libranzas Premium Renta Más, Libranzas Premium Renta Superior, Fidupaís Plazos 180 días, Fidupaís Plazo 365 días y Fidupaís Plazo 730 días.
- Abstenerse de delegar de cualquier manera las responsabilidades que como administrador de fondos de inversión colectiva le corresponden, en entidades no vigiladas por la SFC.
- Suspender de manera inmediata y hasta nueva orden, la realización de las inversiones o reinversiones respecto de los fondos citados, esto es, Libranzas Premium Renta Más, Libranzas Premium Renta Superior, Fidupaís Plazos 180 días, Fidupaís Plazo 365 días y Fidupaís Plazo 730 días.
- Abstenerse de celebrar para los FIC, negocios, contratos u operaciones, con personas naturales o jurídicas que tengan relación directa o indirecta con accionistas, empleados de la sociedad administradora, asesores externos y/o personal directivo de FIDUPAÍS.

¹⁴ Resultados contenidos en el informe de inspección No 2015033550-016 del 28 de mayo de 2015.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- Ejercer los derechos contractuales derivados de las inversiones, a efectos de ajustar y/o recomponer los portafolios de inversiones de los FIC, de conformidad con los títulos que efectivamente se encuentran vigentes.
- Establecer los procedimientos necesarios para que el pagador gire de manera directa los recursos a los FIC, o al patrimonio autónomo en el que aquel sea beneficiario de los flujos de dinero correspondientes a las inversiones.
- Para el caso de inversiones prepagadas, el flujo de dinero proveniente de estas debe llegar directamente del pagador al fondo inversionista, y registrarse contablemente como tal.

Contra dicha medida FIDUPAIS interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto confirmándola en su totalidad, a través de la Resolución 1420 del 15 de octubre de 2015 (Radicado No. 2015033550-038-000).

(ii) A su turno la Delegatura para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias, mediante actuación administrativa No. 2015033519-000-000, durante el primer semestre del año 2015, inició un monitoreo de las actividades realizadas por FIDUPAIS.

En dicha actuación se solicitó a la fiduciaria la información relacionada con: a) negocios fiduciarios, contratos y rendiciones de cuentas; b) posición propia, partidas conciliatorias del disponible, detalle de cuentas por cobrar y pagar, detalle de ingresos, gastos y operaciones con vinculados; c) información documental, procesos judiciales, reporte de quejas y actas de gobierno corporativo. El resultado de dicha evaluación fue consignado en el informe de visita radicado con el número 2015033519-018-000.

(iii) La misma Delegatura con base en los resultados y hallazgos descritos en el informe mencionado, el 25 de agosto de 2015 profirió cuatro (4) órdenes administrativas dirigidas a la pluricitada Fiduciaria, así:

- a) 2015085935-000-000, por medio de la cual ordenó: *"(...) constituir provisiones a partir del mes de marzo de 2015 y hasta que la entidad disminuya el valor de las partidas conciliatorias que generan riesgo de pérdida a un valor inferior a los límites evidenciados en el mes de mayo de 2014, esto es \$17.6 millones de pesos."*
- b) 2015085936-000-000, a través de la cual ordenó: *"(...) reconocer el deterioro en el valor de los derechos de cobro de la sociedad fiduciaria con cargo a los resultados, utilizando para ello la información que tiene disponible y que le permite estimar una pérdida por deterioro de valor, a partir del mes de enero de 2015 y hasta el mes en curso (...)"*.
- c) 2015085931-000-000, en la que se emitieron sendas órdenes con destino a los negocios fiduciarios 45124 - ESTRAVAL, 33368 - FAFP MUTUO PROGRESO - FIDUPAIS, 19548 - P.A. DE GARANTIA ESTRAVAL - MULTIBANK - FIDUPAIS, 33163 - FA AUSTROBANK - FIDUPAIS, con miras a evitar que estos se continuaran desarrollando en las mismas condiciones, toda vez que: *"constituyen una práctica ilegal, insegura y no autorizada, en los términos del literal a) numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero"*,

Las prácticas ilegales que se hallaron con ocasión a las visitas adelantadas por la SFC

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

corresponden a: "(...) que en los contratos fiduciarios se han incluido disposiciones contractuales orientadas a la exclusión de responsabilidad, delegación de profesionalidad y falta de conocimiento y control sobre las operaciones subyacentes de los negocios fiduciarios (...), lo que significa que en momento alguno se identificó la configuración de los supuestos de captación ilegal de los recursos del público.

d) 2015085968-000-000, en la cual se ordenó "(...) constituer a favor de los inversionistas de los FICs, un patrimonio autónomo con dinero efectivo por un valor mínimo de \$23.000.000.000 correspondiente al 50% de las inversiones administradas a través de los FICS identificados en el acápite de antecedentes (...)"

Así mismo y como medida de protección en materia de inversiones, se ordenó la constitución de un patrimonio autónomo de garantía con \$2.000 millones de pesos, cuyos beneficiarios serían los adherentes de los Fondos de Inversión Colectiva, ordenando adicionalmente que se suscribiera un compromiso de adquirir hasta por \$10.000 millones de pesos en pagarés libranzas. Para garantizar este compromiso, fueron pignoradas 4.006 acciones de Mercantil Colpatría.

En términos generales, dichas órdenes tenían como finalidad que la Sociedad Fiduciaria llevara a cabo la implementación de controles para garantizar el cumplimiento normativo de la operación fiduciaria; que la entidad reflejara el deterioro del valor de sus activos tanto en cuentas por cobrar como en inversiones; y que efectuara las provisiones necesarias como resultado de la depuración de las partidas conciliatorias.

Es de anotar que esta Superintendencia verificó el cumplimiento de las órdenes mencionadas.

(iv) En relación con los negocios fiduciarios celebrados con personas jurídicas vinculadas con la sociedad ESTRAVAL S.A., la SFC impartió una orden específica (2015085931-000-000 del 25 de agosto de 2015) que tenía como fin la implementación de controles necesarios y suficientes para garantizar que la ejecución de los mismos se ajustara al ordenamiento legal mínimo exigido y que en caso de no ser posible la implementación de dichos controles se debería proceder con el desmonte de ellos, como en efecto ocurrió.

(v) Posteriormente, la Delegatura para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias mediante oficio 2016065401-000 del 15 de junio de 2016 ordenó iniciar una visita de inspección a FIDUPAIS S.A. a efectos de verificar que su actividad como fiduciario se ajustara a los mandatos legales.

(vi) Con ocasión de las medidas adoptadas por la SS a través de los Autos de fecha 8 de junio de 2016 proferidos dentro de las actuaciones No. 2016-01-311285 y 2016-01-311283, mediante los que se admitió a los señores Juan Carlos Bastidas Alemán y César Fernando Mondragón Vásquez a los respectivos procesos de reorganización regulados por la Ley 1116 de 2006, la SFC mediante la Resolución No. 0778 de 2016 ordenó la adopción del instituto de vigilancia especial respecto la mencionada Sociedad Fiduciaria, teniendo en cuenta los motivos que tuvo la SS para ordenar la apertura de los trámites concursales en la modalidad de reorganización empresarial, previniendo así los efectos que generara la vinculación de las citadas personas, tanto a la Sociedad Fiduciaria como a la gestión de los negocios fiduciarios y a los fondos de inversión colectiva, o que se configurara cualquiera de las causales de que trata el artículo 114 del EOSF.

(vii) Esta Superintendencia en el ejercicio de las facultades de supervisión, estableció que la



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

sociedad FIDUPAIS presentaba al corte del 31 de octubre de 2016, un defecto en su capital mínimo de funcionamiento que ascendía a \$2.210.960.339. Con el fin de subsanar dicha circunstancia, mediante orden administrativa identificada con el radicado No. 2016133766-000-000 proferida el 30 de noviembre de 2016, se dispuso efectuar la capitalización necesaria para mantener el capital mínimo exigido.

La Sociedad Fiduciaria, mediante comunicación identificada con el radicado No. 2016133766-003-000 presentada en esta Superintendencia el 16 de diciembre de 2016, señaló la imposibilidad de dar cumplimiento a dicha orden de capitalización y, en su lugar solicitó la aprobación de un "programa de desmonte progresivo de operaciones, dado que desde el mes de mayo (2016) se viene cediendo y liquidando los negocios a su cargo".

Este organismo de supervisión realizó el análisis del programa de desmonte progresivo presentado por FIDUPAIS encontrando que las acciones propuestas en éste no generaban certeza al supervisor sobre su efectivo cumplimiento, ni presentaban medidas que permitieran establecer de manera clara y confiable la protección de los intereses de los inversionistas motivo por el cual esta Entidad no encontró viabilidad alguna al programa de desmonte propuesto, considerando no admisible su autorización.

(viii) Teniendo en cuenta la situación patrimonial de la fiduciaria al corte del 31 de diciembre de 2016, la cual presentaba un defecto de capital que ascendía a la suma de \$2.919.312.560, se ordenó mediante la Resolución No. 0148 del 1 de febrero de 2017 la toma de posesión inmediata para liquidar los bienes, haberes y negocios de Fiduciaria del País FIDUPAIS S.A.; **no obstante, se reitera que dicha medida se tomó con ocasión de la situación patrimonial de la fiduciaria y no porque la misma estuviera incurso en captación ilegal de recursos ni prestándose para ello.**

(ix) Sin perjuicio de lo anterior y con base en la información recabada en las actividades de supervisión, esta Superintendencia adelantó actuaciones administrativas ya no de carácter preventivo si no de carácter sancionatorio respecto de la mencionada sociedad fiduciaria y sus administradores.

Las anteriores circunstancias prueban con suficiencia que esta Superintendencia, lejos de permanecer estática como lo pretenden hacer ver los demandantes, realizó una serie de actuaciones, bien preventivas, bien sancionatorias no solo frente a ESTRAVAL S.A. sino también respecto de otras sociedades involucradas como es el caso de la Fiduciaria del País FIDUPAIS S.A.

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

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

7.2.3.1. Hecho de un tercero.

En el hipotético caso en que los señores **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ, SABASTIÁN**



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

CÓRDOBA, JUAN MANUEL HERRERA PARGA y ELSY DEL MAR DUARTE a lo largo del presente proceso judicial llegaron a demostrar la existencia de un eventual perjuicio en virtud de la entrega de dineros a ESTRAVAL S.A. o llegaron a demostrar que las pérdidas que aducen haber sufrido devienen de la existencia y funcionamiento de esa sociedad, ese **NO** es un hecho atribuible a la SFC, sino que obedece a una conducta inescrupulosa de personas ajenas a esta Entidad, esto es, a los representantes legales y/o administradores de la citada sociedad. Así, de comprobarse que pudo generarse un daño, el mismo habrá de ser objeto de litigio directamente entre las partes contratantes en desarrollo del negocio particular e individual que se aduce fue celebrado, a través de las acciones judiciales que el legislador previamente ha instituido: entre ellas las de competencia de la jurisdicción civil e incluso penal, en caso que la autoridad competente estime que se está en presencia de un hecho punible o bien en el escenario de la liquidación en la que al parecer solicitaron el reconocimiento de sus acreencias, o finalmente, acudiendo a la jurisdicción ordinaria.

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

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

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

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

7.2.3.2. Culpa exclusiva de la víctima.

Sea lo primero señalar que los señores **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ, SABASTIÁN CÓRDOBA, JUAN MANUEL HERRERA PARGA y ELSY DEL MAR DUARTE**, quienes fungen como demandantes, son personas mayores de edad, que tienen el conocimiento que dan las máximas de la experiencia y que tomaron una decisión de negociación que por sus características tenía un riesgo implícito y del cual no se puede pretender fundar responsabilidad administrativa en cuanto a su resultado.

Cabe señalar, con base en las conclusiones contenidas en los informes de visita ya analizados en este escrito, que al parecer lo que ocurrió no fue otra cosa que la celebración de un contrato aleatorio, en los términos descritos en el artículo 1498 del Código Civil, esto es, aquel en el cual



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

existe una contingencia incierta de ganancia o pérdida que se materializó en la compra de cartera, dicha compra generó el alea de una posible rentabilidad atada al recaudo de cartera que se lograra en un período de tiempo determinado. Así las cosas, no se puede pretender fundar responsabilidad del Estado en cuanto a los resultados de un negocio privado, menos aun cuando el resultado del mismo dependía de un alea que los demandantes quisieron asumir libre y voluntariamente.

Resulta importante hacer énfasis en el hecho de que los señores **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ, SABASTIÁN CÓRDOBA, JUAN MANUEL HERRERA PARGA y ELSY DEL MAR DUARTE**, según se infiere de la demanda interpuesta, obraron de manera libre y voluntaria al momento de entregar sus dineros a ESTRAVAL S.A., bajo el principio de la autonomía privada de la voluntad, y en esa negociación asumieron los riesgos propios del contrato que aducen haber suscrito.

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

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

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

El trámite de la demanda judicial por medio de la interposición del medio de control de reparación directa, no es el mecanismo adecuado para pretender la restitución de los dineros que se dice fueron entregados a ESTRAVAL S.A., 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, modificado por el Decreto 4705 de 2008, fue ordenado por la SS mediante Autos 400-013048 del 31 de agosto de 2016 y 400-013226 de 2 de septiembre del mismo año, a través de los cuales se decretó la liquidación judicial como medida de intervención, entre otros, de ESTRAVAL S.A., escenario en el que existe la posibilidad de devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que al pretender los demandantes que a través del medio de control de reparación directa les sea restituida como pretensión el valor de los dineros entregados a ESTRAVAL S.A., conllevaría al cobro de lo no debido e incluso de un enriquecimiento sin causa, por cuanto al restituirse a la parte actora dentro del proceso de liquidación de manera parcial o total el valor de la inversión, se entendería que su daño se habría resarcido y nadie está habilitado por la ley para obtener el pago de una obligación dos veces.

8. PETICIÓN.

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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En forma principal:

1. Que se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **FALTA DE CLARIDAD DE LOS HECHOS, AUSENCIA DE SEÑALAMIENTOS CLAROS Y EXPRESOS RESPECTO DE LA SFC. INEPTA DEMANDA; FALTA DE COMPETENCIA AL NO SER UN ASUNTO DEL CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA; CADUCIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA.**
2. Se **NIEGEN** todas las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en el acápite 6 del presente escrito.

En forma subsidiaria:

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

En todo caso:

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

9. OBJECCIÓN FRENTE AL JURAMENTO ESTIMATORIO.

En los términos del artículo 206 del Código General del Proceso del Proceso, se objeta la estimación de perjuicios que ha presentado bajo juramento la parte demandante, para cuyo efecto se solicita tener como incorporadas como fundamento del presente acápite de objeción, todas las razones y manifestaciones en torno a la **INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO.**

Esta objeción encuentra sustento, además, en la ilegitimidad y la improcedencia de la demanda formulada por los señores **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ, SABASTIÁN CÓRDOBA, JUAN MANUEL HERRERA PARGA y ELSY DEL MAR DUARTE**, 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, la parte demandante no ha sufrido daños y perjuicios causados por esta Entidad.

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



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

10. RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LOS DEMANDANTES.

Verificado el escrito de 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. Documentación sobre FIDUPAIS:

En el numeral 3 del acápite titulado “EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS” del escrito de demanda, se solicita “(...) ordenar a la demandada SUPERINTENDENCIA FINANCIERA que allegue los documentos que acrediten que entre Fidupais y la comercializadora ESTRATEGIAS EN VALORES S.A.S. medio (sic) un contrato para el recaudo del dinero de las libranzas entre el año 2013 y el año 2016 (...)”.

Sobre el particular, es de mencionar que, si bien la SFC realizó visitas de inspección a FIDUPAÍS los hallazgos de las mismas reposan en los informes de inspección que se adjuntan a la presente contestación, esta Superintendencia no tiene en su poder contratos o demás documentos a los que hace referencia la parte actora. Por ello, me opongo a dicha solicitud y requiero respetuosamente al despacho desestimar la solicitud en comento, pues todo el conocimiento que esta autoridad tuvo sobre el negocio consta en los citados informes de inspección.

Además, si tales documentos existen deben ser solicitados a las entidades que los suscribieron y no a un tercero, como lo es mi representada por completo ajena a dicha relación contractual.

10.2. Documentación sobre FIDUCOR:

Según se indica en el numeral 7 del acápite titulado “EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS” del escrito de demanda, la parte actora requiere “(...) ordenar a la demandada SUPERINTENDENCIA FINANCIERA que allegue los documentos que acrediten que entre FIDUCOR S.A. y la comercializadora ESTRATEGIAS EN VALORES S.A.S. medio (sic) un contrato para el recaudo del dinero de las libranzas entre el año 2013 y el año 2016 (...)”.

Al respecto, es importante indicar que la prueba solicitada no se dirige a acreditar ningún hecho de los establecidos en el escrito de demanda, así resulta necesario reiterar que según establece el artículo 168 del CGP “El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.” (Se subraya).

Por lo expuesto, me opongo a la solicitud de dichos documentos y pido al señor juez rechazarla, pues al no existir algún hecho en la demanda relativo a FIDUCOR esta prueba carece de pertinencia para el presente proceso.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

10.3. Remisión de expedientes:

En el acápite titulado "REMISIÓN DE EXPEDIENTES" del escrito de demanda, los accionantes solicitan 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 ESTRATEGIAS EN VALORES ESTRAVAL S.A., con anterioridad a junio de 2016 y los resultados de las visitas de los años 2012 – 2013, 2014 – 2015 y 2016 (...)"

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

10.4. Informe juramentado:

Finalmente, en el numeral 1 del acápite "INFORME JURAMENTADO" del escrito de demanda, los demandantes solicitan "(...) ordenar al representante legal de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o quien haga sus veces, que rinda un informe juramentado en relación con las actuaciones administrativas que se surgieron con antelación a julio de 2016".

Al respecto, es importante reiterar que según establece el artículo 168 del CGP "El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles." (Se subraya). En el caso que nos ocupa, el informe sobre las actuaciones administrativas anteriores al 2016 se ha rendido con la presente contestación, pues no solo se aportan los informes de las visitas de inspección realizadas por esta Superintendencia, sino además en el presente escrito se hace un resumen de dichas actuaciones.

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

Por lo expuesto, me opongo a la solicitud de dicho informe y pido al señor juez rechazarlo, pues al ya existir unos documentos que contienen lo solicitado por los demandantes, esta prueba carece de utilidad para el presente proceso.

11. PRUEBAS

Con el propósito de acreditar los hechos y las afirmaciones que se han expuesto a lo largo de la presente contestación a la demanda citada en la referencia, solicito que se decreten y se valoren como pruebas, además de aquellas que oficiosamente disponga incorporar al plenario ese Honorable Despacho, todas aquellas que se señalan a continuación:

11. 1. Documentales que se aportan.

El numeral 4 del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que con la contestación de la demanda se acompañen todas las pruebas que la demandada pretenda hacer valer en el proceso, para el caso de ahora se allegan:



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

1. Informe de Inspección extra situ realizada a la sociedad ESTRAVAL S.A. ordenada por medio del oficio No 2009039993-000 del 18 de mayo de 2009 y desarrollada entre el 18 de mayo y el 26 de junio de 2009.
2. Traslado del informe de visita a la Superintendencia de Economía Solidaria la cual se llevó a cabo a través del oficio 2009039993-002 del 21 de julio de 2009.
3. Informe de visita realizada a la sociedad ESTRAVAL S.A. ordenada por medio del oficio No 2010058154-000 del 13 de agosto de 2010 y desarrollada del 17 al 20 de agosto de 2010.
4. Traslado del informe de visita a la Superintendencia de Economía Solidaria del informe de inspección número 113000316201000437, según consta en el oficio No 2010058154-002 del 15 de diciembre de 2010.
5. Informe de visita realizada a la sociedad ESTRAVAL S.A. ordenada por medio del oficio No 2013047657-001 del 31 de mayo de 2013 y desarrollada del 4 al 28 de junio de 2013.
6. Comunicación No. 2013087206-000 del 04 de octubre de 2013.
7. Traslados No. 2013087206-005 y 008 del 14 y 20 de febrero de 2014 a la Superintendencia de Sociedades de la actuación comunicación enunciada en el numeral anterior.
8. Traslado número 2013047657-007 del 27 de marzo de 2014 a la Superintendencia de Sociedades de la actuación administrativa adelantada frente a ESTRAVAL S.A. de la visita realizada entre el 4 al 28 de junio de 2013.
9. Informe de visita No. 1130008102013000264, contenido en el oficio 2013058928-013 del 26 de marzo de 2014, realizada a la Cooperativa Nacional de Recaudo - Coonalrecaudo.
10. Oficios No. 2013058928-008 y 009 del 27 de febrero de 2014 dirigidos por la SFC a la Fiscalía General de la Nación y a la Superintendencia de Economía Solidaria del informe realizado a Coonalrecaudo.
11. Informe de visita realizada a la Cooperativa Desarrollo Solidario Limitada- Coopdesol Ltda ordenada mediante oficio No. 2013058935-001-000 del 8 de julio de 2013.
12. Oficios No. 2013058935-007 y 008 del 25 de febrero de 2014 dirigidos por la SFC a la Fiscalía General de la Nación y a la Superintendencia de Economía Solidaria del informe realizado a Coopdesol Ltda.
13. Informe de visita realizado a la sociedad Técnicas Financieras S.A. – Tecfinsa, radicado con el No. 2013081490-009 del 25 de marzo de 2014.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

14. Informe de visita realizada a FIDUPAIS entre el 13 y el 17 de abril de 2015, visita ordenada mediante oficio número 2015033550-000 del 10 de abril de 2015.
15. Informe de visita realizada por la SFC a FIDUPAIS ordenada por medio del oficio 2016065401-000 del 15 de junio de 2016.
16. Resolución número 0778 de 2016 por medio de la cual la SFC ordenó la adopción del instituto de vigilancia especial de FIDUPAIS.
17. Resolución número 0148 del 01 de febrero de 2017 por medio de la cual la SFC ordenó la toma de posesión para liquidar los bienes, haberes y negocios de FIDUPAIS.
18. Copia de la decisión del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera “B” del 23 de agosto de 2019, dentro del proceso de Reparación Directa No. 25000-23-36-000-2016-02573-01 (61895) de ERNESTO MATTOS BAUTISTA y otros contra la SFC, Magistrado Ponente Martín Bermúdez Muñoz.

11.2 Pruebas que se solicitan.

11.2.1. Exhortar a la Fiscalía General de la Nación.

En los términos señalados en el artículo 165 del Código General del Proceso se solicita requerir a la Fiscalía General de la Nación en orden a que se remita al proceso todas las actuaciones que adelanta o adelantó contra los administradores y funcionarios de ESTRAVAL S.A., particularmente respecto del radicado 110016000000201700964 contentivo del escrito de acusación contra Juan Carlos Bastidas Alemán y otros.

11.2.2. Exhortar al agente liquidador de ESTRAVAL S.A.

En los términos señalados en el artículo 165 del Código General del Proceso se solicita requerir al agente liquidador de ESTRAVAL S.A. en orden a que se remita la Resolución en la cual se reconoció a los señores **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ, SABASTIÁN CÓRDOBA, JUAN MANUEL HERRERA PARGA y ELSY DEL MAR DUARTE** como acreedores de ESTRAVAL S.A. y los valores monetarios que se les han reconocido y pagado a la fecha.

11.2.1 Interrogatorio de parte.

En los términos señalados por los artículos 184 y siguientes del Código General del Proceso (CGP) y demás normas concordantes, comedidamente solicito se fije hora y fecha, para **INTERROGAR** bajo la gravedad de juramento a los demandantes en este proceso, los señores **MARIO ALEJANDRO GUZMÁN PÉREZ, SABASTIÁN CÓRDOBA, JUAN MANUEL HERRERA PARGA y ELSY DEL MAR DUARTE**, lo cual haré de forma oral o escrita, en relación con los hechos materia del medio de control de reparación directa y quienes serán citados a través de su apoderado judicial en los términos autorizados por el art. 78 del citado C.G.P.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

12. ANEXOS

Se allegan los documentos relacionados como pruebas documentales en un CD.

13. NOTIFICACIONES

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

notificaciones_ingreso@superfinanciera.gov.co.

De la señora Jueza, respetuosamente,

ALEXANDER CHAVERRA TORRES

C.C. No. 79.657.944 de Bogotá

T.P. No. 129.505 del Consejo Superior de la Judicatura

Contestación Demanda - Reparación Directa 2018 - 00372 - 00 Mario Alejandro Guzmán Pérez y otros - Juzgado 61 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, D.C. - Sección Tercera -