



Al contestar cite el No. 2020-01-428352

Tipo: Salida Fecha: 18/08/2020 03:44:13 PM
Trámite: 9002 - CONTESTACION DEMANDA
Sociedad: 900437991 - ELITE INTERNACIONAL Exp. 77054
Remitente: 221 - GRUPO DE DEFENSA JUDICIAL
Destino: JUZGADO 61 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, D.C.
Folios: 46 Anexos: NO
Tipo Documental: OFICIO Consecutivo: 221-162489

Doctora
Edith Alarcón Bernal
JUEZ 61 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA
E. S. D.

Ref. REPARACION DIRECTA.
Demandante: ANDRÉS GIL.
Demandados: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y OTRO¹.
Exp. No.: 11001334306120190027100.

ANDRÉS JOSÉ MUÑOZ CADAVID, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.613.213 y portador de la tarjeta profesional No. 148.007 del C.S. de la J., en calidad de apoderado judicial de la Superintendencia de Sociedades, con el respeto acostumbrado y encontrándome dentro de la oportunidad procesal, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA**, carga que asumo en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

De conformidad con lo establecido en los artículos 172 y 199 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - en adelante CPACA, me encuentro en el término para contestar la demanda.

Notificación personal.	13 de febrero de 2020².
Días inhábiles.	14 de marzo de 2020 a 30 de junio de 2020.
25 días de traslado.	6 de julio de 2020.
30 días de traslado.	20 de agosto de 2020.

II. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de ellas, por lo que solicito se denieguen en su totalidad, ya que conforme se demostrará en el transcurso del proceso, esta entidad en el marco de las funciones de supervisión asignadas, realizó las actuaciones que le eran propias y que se hallan regladas frente a la sociedad **ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL POR INTERVENCIÓN**, en adelante **ELITE SAS**.

A pesar que la Superintendencia Financiera de Colombia en escrito³ dirigido a esta entidad había concluido que las actividades desarrolladas por la citada sociedad no configuraban hechos objetivos y notorios de captación masiva y habitual de recursos del público, la Superintendencia de Sociedades confirmó la información y realizó una primera toma de información en la Compañía en la que confirmó la información y únicamente evidenció deterioro económico⁴; no obstante, la entidad realizó dos tomas de información adicionales⁵, recepcionó testimonios y elevó requerimientos a las originadoras de los pagarés libranza con lo cual recaudó evidencia de una situación crítica a interior de la

¹ Superintendencia de Economía Solidaria.

² Correo electrónico que ingresó en el buzón de notificaciones judiciales e la Superintendencia de Sociedades el 13 de febrero de 2020 3:16 P.M. Radicación No. 2020-01-049366.

³ Radicación No. 2014-01-330431 del 17 de julio de 2014.

⁴ Toma de información a la citada sociedad de los días 16, 18, 22 y 25 septiembre de 2015.

⁵ Visita de los días 3, 4, 12, 13, 16 y 17 de mayo de 2016 que originaron los informes de vista consecutivos No. 355-004494 y 355-0074721.

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION sociedad que la hizo merecedora del máximo grado de supervisión societaria denominado control⁶.

La entidad aplicó a la sociedad todas las facultades conferidas por la ley; en efecto, mediante Auto 400-013672 del 9 de septiembre de 2016 admitió a **ELITE SAS** al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 y demás normas que la complementan o adicionan; las investigaciones administrativas continuaron⁷ y mediante Auto 400-0016025 del 18 de octubre de 2016 se decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la citada sociedad.

Posteriormente, se determinó la necesidad de efectuar la liquidación judicial con fines de intervención de **ELITE SAS**⁸, para devolver el dinero a los afectados de la captación masiva e ilegal de dinero conforme a la competencia jurisdiccional prevista en los Decretos 4333 y 4334 de 2008, por cuanto se recaudó prueba suficiente del negocio ilegal, lo cual no pudo ser advertido con anterioridad en la medida que los directivos de la sociedad i) no manejaron Normas Internacionales de Contabilidad a pesar de los requerimientos⁹ y ii) llevaban las operaciones de compraventa de cartera a cuentas de orden cuando debían ser reflejadas como pasivos.

Los accionistas de la sociedad¹⁰ están siendo procesados por el Juzgado 26 Penal del Circuito de Bogotá como presuntos responsables de los delitos de concierto para delinquir, enriquecimiento ilícito, falsedad en documento privado, estafa agravada por la cuantía, lavado de activos y captación masiva habitual de dinero agravado por el no reintegro, motivo por el cual resulta evidente que la imputación de responsabilidad realizada al estado se rompe por la culpa de un tercero.

III. CONTESTACIÓN A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Al hecho 1: Es parcialmente cierto y se aclara.

El señor Andrés Gil realizó la compra de varios pagarés libranza por los cuales desembolsó a **ELITE SAS** un total de \$165.127.866 m/cte., sin embargo, se logró determinar que en el curso de la operación de **ELITE SAS** le fueron pagados \$120.568.202 m/cte. y, como consecuencia, sólo se aceptó devolver en el proceso de intervención la suma \$ 44.559.664 m/cte.

A la fecha de la contestación de la presente demanda se ha devuelto la suma de \$17.715.298,76 m/cte., por lo que lo solo queda pendiente de entregar al demandante \$26.848.709,24 m/cte., lo cual es el fundamento de que en el esporádico caso se declare que el estado es sucesor de las obligaciones de la sociedad ELITE SAS, se declare probada la excepción denominada COMPENSACIÓN.

Como síntesis de lo dicho se presenta el siguiente cuadro:

Identificación C.C.	Nombre de Reclamante	Número Libranza	Valor Venta Libranza	Valor Pago Libranza	Valor Aceptado Libranza	Decisión
17188611	ANDRES GIL	28013	21.090.834	16.547.517	4.543.317	Aprobada
17188611	ANDRES GIL	7649	7.995.935	6.273.477	1.722.458	Aprobada
17188611	ANDRES GIL	25470	19.102.818	13.865.462	5.237.356	Aprobada

⁶ Resolución 300-002459 del 07/07/ 2016.

⁷ • Mediante oficio 203-181513 del 19 de septiembre de 2016 se solicitó a la Superintendencia de Economía Solidaria informar si adelantó o se encuentra adelantando investigaciones en el presente año; así mismo, indicar que tipo de medidas han sido adoptadas, respecto de las cooperativas vinculadas como operadoras de Elite SAS.

• El 27 de septiembre de 2016 se adelantó una diligencia de declaración juramentada a María Carolina Durán, en su calidad de inversionista de la sociedad Elite SAS y con el fin objeto de ampliar la información contenida en los oficios 2016-01-455610 del 12 de septiembre de 2016 y 2016-01-466720 del 16 de septiembre de 2016.

⁸ Memorando 2016-01-577095 del 9 de diciembre de 2016.

⁹ oficio radicado con el número 2016-01-305125 del 2 de junio de 2016

¹⁰ José Alejandro Navas Vengoechea, Jorge Enrique Navas Vengoechea y Marino Constantino Salgado Carvajal

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION						
17188611	ANDRES GIL	27615	16.086.245	12.621.000	3.465.245	Aprobada
17188611	ANDRES GIL	27622	21.075.390	16.535.400	4.539.990	Aprobada
17188611	ANDRES GIL	27623	16.978.564	13.321.098	3.657.466	Aprobada
17188611	ANDRES GIL	2037	15.538.481	8.810.319	6.728.162	Aprobada
17188611	ANDRES GIL	19424	15.952.227	11.578.658	4.373.569	Aprobada
17188611	ANDRES GIL	27625	16.801.187	13.181.931	3.619.256	Aprobada
17188611	ANDRES GIL	8005	14.506.185	7.833.340	6.672.845	Aprobada
			165.127.866		44.559.664	

Al hecho 2: No me consta, se trata de hechos de terceros

No obstante, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de **ELITE SAS**, dentro del objeto podía 'GIRAR ACEPTAR, ENDOSAR COBRAR Y NEGOCIAR EN GENERAL TODA CLASE DE TÍTULOS DE CRÉDITO"...ASÍ COMO CUALESQUIERA ACTIVIDADES SIMILARES, CONEXAS O COMPLEMENTARIAS O QUE PERMITAN FACILITAR O DESARROLLAR EL COMERCIO O LA INDUSTRIA DE LA SOCIEDAD'; Además, 'LA EMPRESA PODRÁ REALIZAR OPERACIÓN DE LIBRANZAS EN TODAS SUS MANIFESTACIONES'¹¹. (Énfasis añadido).

Al hecho 3: Contiene varios hechos que me permito contestar de la siguiente manera.

3.1 Fecha de creación de la sociedad.

Sobre la fecha de creación de la sociedad me atengo a la información que consta en el certificado de existencia y representación legal de **ELITE SAS** que es presentado con la presente contestación de la demanda.

3.2 Actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Sociedades.

No es cierto que desde el año 2011 la Superintendencia de sociedad haya realizado "controles, visitas y sugerencias" a **ELITE SAS**

Si bien se trató de una labor exhaustiva de la Superintendencia de Sociedades en el marco de las facultades que le competen, se trató de una situación especial porque los informes que enviaba **ELITE SAS** estaban distorsionados; la Compañía no seguía las normas internacionales en su contabilidad a pesar de los requerimientos¹² e inclusive, las libranzas negociadas con responsabilidad eran registradas como revelaciones (cuentas de orden¹³), violación de las reglas del proceso que impidió descubrir la ilegalidad con anterioridad a pesar de un proceder consistente y metódico.

En efecto, la Superintendencia de Sociedades desde el año 2007 tenía bajo su vigilancia las sociedades que tuvieran activos superiores a 30.000 SMLMV y posteriormente, con la Ley 1527 de 2012, se le otorgaron funciones de Inspección, Vigilancia y Control respecto de las compañías dedicadas a las libranzas en Colombia.

Además del los análisis de los estados financieros que corresponde a las sociedades vigiladas, con el fin de validar la información del negocio de las libranzas¹⁴, el 2 de febrero de 2015 se efectuó un requerimiento de información a 48 sociedades dedicadas a la compra y venta de títulos valores, con el objetivo de identificar las sociedades sujetas a vigilancia de esta Superintendencia respecto a la actividad de Factoring, dada la creación del Registro Nacional de Factores (RUNF). Como resultado del análisis se identificaron 5 sociedades que cumplían los criterios establecidos en los literales f) y g) del artículo 5 del

¹¹ Certificado de existencia y representación legal.

¹² Oficio radicado con el número 2016-01-305125 del 2 de junio de 2016.

¹³ De conformidad con la Resolución 300-002459 del 7 de julio de 2016 que sometió a control a **ELITE SAS** advirtió que la compra y venta de pagarés - libranzas con responsabilidad, "no estaba siendo reconocida de acuerdo con la normativa contable vigente, pues en la venta de pagarés-libranza, al hacerse con responsabilidad, no se transfiere la totalidad de los riesgos y ventajas a un tercero, razón por la que deben ser registrados dentro de los estados financieros, según corresponda, como activo o pasivo y no como una revelación".

¹⁴ De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° del Decreto 1219 de 2014, por medio del cual se adicionó al artículo 5° del Decreto 4350 de 2006 (actualmente incorporado en el Decreto 1074 de 2015).

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
Decreto 4350 de 2006, hoy recogido en el Decreto 1074 de 2015, tales como objeto social exclusivo, monto de operaciones y contratos de mandatos específicos con terceras personas.

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

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

Igualmente, se envió información financiera de 28 sociedades comerciales que actúan como Operadores o como Entidades Cesionarias del Crédito de Libranza o Factores en los términos del parágrafo 1° del artículo 3 de la Ley 1527 de 2012 a la Superfinanciera (Oficio No. 300-092436 del 24 de mayo de 2016). Se impartieron órdenes de desmontar la operación hasta cumplir con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 a dos sociedades, en julio de 2016, debido a los hallazgos realizados por esta Superintendencia.

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

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

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

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

Además del sometimiento a control¹⁵ mediante Oficio 203-160655 del 25 de agosto de 2016 se prohirieron unas órdenes permanentes y temporales para la administración de la sociedad y se ordenaron tomas de información a la citada sociedad los días 16, 18, 22 y 25 septiembre de 2015. La segunda los días 3, 4, 12, 13, 16 y 17 de mayo de 2016 que originaron los informes de vista consecutivos No. 355-004494 y 355-0074721.

Con una y otras pruebas, se aplicaron cada una de las facultades discernidas por la ley: i) por el Auto 400-013672 que decretó de oficio (IVC) la apertura de reorganización a la sociedad **ÉLITE SAS**; ii) por el Auto 400-016025 que decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la sociedad **ÉLITE SAS** y, finalmente, iii) encontrados los presupuestos de captación ilegal de dinero del público, mediante Auto 400-018449 de 9 de diciembre de 2016 se ordenó la liquidación como medida de intervención de los bienes, haberes, negocios y patrimonio de **ÉLITE SAS** y de otras personas naturales y

¹⁵ Resolución 300-002459 del 7 de julio de 2016.

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
jurídicas e intervenir a los responsables.

Al hecho 4: Es cierto.

Al hecho 5. No es cierto. No es posible válidamente decir que la Superintendencia de Sociedades generó perjuicios al demandante, pues con las pruebas arrojadas con el presente escrito se evidencia que fue **ELITE SAS** la sociedad que endosó los pagarés libranza con responsabilidad, se comprometió a recaudar el dinero para pagárselo al demandante y en junio de 2016 cesó en el pago de las amortizaciones.

Por su parte, la entidad que represento se ha limitado a cumplir la ley, intervenir a las personas naturales y jurídicas involucradas en un proceso de captación ilegal de dinero del público, tal y como lo ordena el Decreto 4334 de 2008 de demás normas concordantes.

El proceso ha sido exitoso y se encuentra en curso; en el proceso de intervención el señor ANDRÉS GIL se hizo parte y le fue aceptada una reclamación por la suma de \$44.559.664 m/cte. A la fecha, gracias a la gestión de la Superintendencia de sociedades respecto de la sociedad **ELITE SAS** se ha recuperado casi el 50% del capital entregado y sólo queda un saldo pendiente por la suma de **\$26.844.365,24 m/cte.**

Al hecho 6: No es cierto. La intervención de **ELITE SAS** no fue arbitraria sino necesaria en búsqueda de protección del orden económico.

Verificados los presupuestos de la captación ilegal de dinero, la Superintendencia de Sociedades estaba en la obligación de intervenir a la sociedad **ELITE SAS** para devolver el dinero, situación a la que se llegó por cuanto los Directivos de la sociedad transgredieron el Decreto 1981 de 1989, el Decreto 4334 de 2008, el código penal y todas las reglas previstas por el legislador para el manejo de la contabilidad y la compraventa de pagarés libranza.

La Superintendencia de Sociedades ha sido otra víctima dentro de la operación de captación ilegal de dinero del público de la sociedad **ELITE SAS**, pues los Directivos maquillaron la contabilidad y con ello distorsionaron los informes que deben ser presentados como consecuencia del status de vigilancia de la sociedad.

El negocio de captación ilegal de dinero del público no era evidente y para descubrirlo fue necesario un gran esfuerzo por parte de los funcionarios de la entidad consistente en visitas, recepción de testimonios y cruces de información con pagadurías y autoridades de supervisión; en un principio, la Superintendencia de Sociedades tuvo que realizar varias diligencias en busca de los presupuestos de la captación sin lograr identificar los mismos; sin embargo, por la situación de la compañía de iliquidez se determinó que la misma fuera admitida a proceso de insolvencia tanto de reorganización, posteriormente a liquidación judicial, trámite en el que se siguió investigando administrativamente y finalmente, se concluyó la existencia de la captación ilegal.

Al hecho 7: No es cierto. La Superintendencia de Sociedades no “*interrumpió la actividad comercial entre ELITE – LAS COOPERATIVAS y las personas que adquirieron los títulos*”, pues en Colombia hay libertad de empresa siempre y cuando se realice de conformidad con la Constitución y la Ley.

En Colombia hay un modelo de autorización para captar dinero del público¹⁶, el cual es

¹⁶ De conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política “*La Superintendencia Financiera de Colombia se encarga de autorizar la captación masiva de recursos del público a las entidades que según la ley deben estar sometidas a su supervisión, como los bancos, compañías de financiamiento y administradoras de fondos de pensiones, entre otras, además de las operaciones propias de la naturaleza de cada entidad vigilada.*

Por su parte, la Superintendencia de la Economía Solidaria puede autorizar a las cooperativas de ahorro y crédito y, excepcionalmente, a las cooperativas multiactivas con sección de ahorro y crédito para captar ahorro de sus asociados”. Documento denominado “**ABC De la captación ilegal de recursos y otras actividades defraudatorias o no autorizadas**” preparado por la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Sociedades. 2018. pág. 31.



ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION presupuesto de la función del Gobierno Nacional de intervenir en la economía, intervención que parte de la verificación de un régimen prudencial, es decir, de “*verificar que las entidades que pretendan captar recursos del público cuenten con el capital o reservas necesarias para estar en capacidad de responder por las obligaciones que adquieren con las personas que les entregan sus recursos, además de analizar la idoneidad de los dueños y administradores, entre otros requisitos*”.

La Superintendencia de Sociedades NO “impidió” que la operación de **ELITE SAS** se desarrollara normalmente pues se trató de un fraude; detrás de la compraventa de pagarés libranza se escondía un esquema de captación ilegal de dinero del público e incluso, una verdadera organización criminal por la cual están investigados penalmente los Directivos y accionistas de la sociedad.

En el comunicado de prensa de la Fiscalía General de la Nación¹⁷ sobre la imputación a los socios y directivos de la sociedad **ÉLITE SAS** se precisó:

“El Juzgado 26 Penal de Bogotá concedió la medida de aseguramiento en centro carcelario solicitada por la Fiscalía, en contra de ex directivos y asociados de la firma captadora ÉLITE International Américas S.A.S., quienes comparecerán en juicio como supuestos responsables de delitos financieros, en los que resultaron presuntamente estafadas más de 6.040 inversionistas.

Los afectados con la medida preventiva son: José Alejandro Navas Vengoechea, Jorge Enrique Navas Vengoechea y Marino Constantino Salgado Carvajal, quienes fueron accionistas de la citada firma entre julio de 2012 y diciembre de 2015. Los tres cumplirán la decisión como presuntos responsables de los delitos de concierto para delinquir, enriquecimiento ilícito, falsedad en documento privado, estafa agravada por la cuantía, lavado de activos y captación masiva habitual de dinero agravado por el no reintegro.

Por su parte, a la miembro principal del Consejo de Administración de la Cooperativa Servicoop de la Costa, Ana Milena Aguirre, le fueron endilgados los delitos de estafa agravada por la cuantía y captación masiva y habitual de dinero.

La sociedad ÉLITE en desarrollo de su objeto social, se dedicada principalmente a la actividad de compraventa de pagarés de libranza a partir de la adquisición de títulos valores provenientes de créditos otorgados, para luego venderlos a diferentes inversionistas denominados clientes.

En consecuencia, se les atribuye la captación ilícita de dinero superior a un billón, 386.000 millones de pesos, los cuales, de acuerdo con elementos materiales de prueba exhibidos por la Fiscalía en las audiencias públicas, habrían sido transferidos a cuentas en el exterior y retornados mediante empresas de fachada.

El delegado de la Dirección de Investigaciones Financieras de la Fiscalía sostuvo que “enviaban dinero mediante supuestas empresas de asesorías técnicas a Nueva York (Estados Unidos), Ciudad de Panamá, (Panamá) y a Montevideo (Uruguay), entre otras”.

También se evidenció que fueron contratadas empresas de asistencia contable desde China para el manejo del presupuesto de la compañía, se realizaron contratos con la firma Mossack Fonseca mediante la cual habrían sido creadas varias empresas de offshore, para hacer el dinero de Colombia, según explicó el fiscal a cargo del caso.

Por ejemplo, indicó el delegado de la Fiscalía, en 2014 de ese billón de pesos, fueron ingresados 266.414 millones de pesos a Colombia, mediante empresas

<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Documents/2018/ABC-captacion-DEFINITIVO-2018.pdf>

¹⁷ <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/asegurados-exdirectivos-y-asociados-de-elite-internacional-s-a-s-por-presunta-captacion-masiva-y-estafa-a-sus-inversionistas/>

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
financieras de proyectos de construcción de unidades de vivienda en Cartagena (Bolívar) y otras ciudades del país.

Para la captación de dinero, fue conformada una fuerza de ventas en varias ciudades, integrada por 966 personas, las cuales ofrecían créditos mediante descuentos automáticos de libranzas tanto en entidades públicas como privadas.

Entre los hechos delictivos, sostiene la investigación, se ofrecían los títulos valor sin flujo de cartera y que no correspondían a la rentabilidad ofrecida; se hallaron deudores repetidos, había inconsistencias en el valor del crédito, a cientos de pagarés les sumaban números para incrementar la cifra del crédito y el comercio de libranzas que ya habían sido canceladas, se negociaban nuevamente.

“La medida privativa de la libertad se hace necesaria para evitar la no comparecencia a los requerimientos de la administración de justicia, la fuga o la obstrucción al proceso penal”, sostuvo el juez al justificar la decisión.”

Dentro de la investigación, la Dirección Especializada de Investigaciones Financieras de la Fiscalía General de la Nación, puso al descubierto que en el caso **ÉLITE SAS** existieron operaciones de lavado de activos por un monto superior a los 7 millones de dólares.

De los recursos obtenidos ilegalmente de manos de los inversionistas, **ÉLITE SAS** sacó del país al menos 5 millones de dólares, de los cuales se ha logrado identificar que 2 millones de dólares fueron destinados a empresas de los mismos involucrados.

De igual forma, de acuerdo con la Fiscalía, **ÉLITE SAS** habría desviado por lo menos 16 mil millones de pesos a 6 empresas fachadas constituidas a nivel nacional.

Celebró además contratos innominados de colaboración con las sociedades AFECAFE S.A.S., New Gaia S.A.S., Serodri S.A.S., R&R Consultores Financieros y Think Cool S.A.S, que pertenecían a los directivos de **ÉLITE SAS** y a sus compañeras sentimentales. También celebró contratos de cuentas en participación, entre los cuales se destaca uno celebrado entre **ÉLITE SAS** y el señor Francisco Javier Odriozola Juan, otro directivo de **ÉLITE SAS**¹⁸.

Todas estas operaciones buscaban distraer el patrimonio con el que de acuerdo a la ley respalda las obligaciones adquiridas con responsabilidad con los inversionistas con motivo de la comercialización de los pagarés libranza; inclusive se investiga el delito de falsedad en documento pues muchas de las obligaciones vendidas no fueron realmente suscritas por deudores, trabajadores o pensionados reportados en las pagadurías, o fueron vendidas varias veces, aspecto que no era posible advertir a la Superintendencia de Sociedades quien no ejerce un supervisión objetiva, es decir, sus recursos y facultades no alcanzan a verificar los negocios, contratos u operación de la sociedad.

Tampoco fue posible advertirlo en las visitas en la medida que los pagarés libranza no estaban en las instalaciones de la sociedad sino en custodia de una empresa de seguridad privada.

Al hecho 8. Es parcialmente cierto y se aclara. La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República estimula y apoya el desarrollo del sector empresarial y ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles.

Además, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo del artículo 116, inciso 3º de la Constitución Política, las funciones jurisdiccionales de insolvencia, controversias societarias de conformidad con el CGP y, en lo que interesa a la presente

¹⁸ <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/victimas-se-oponen-libertad-de-directivos-de-elite-international-articulo-802255>

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION controversia, adelantar el procedimiento de intervención tendiente a la devolución de dinero de conformidad con el Decreto 4334 de 2008 y demás normas concordantes.

Por último, respeto lo que manifiesta la Superintendencia de Economía Solidaria.

Al hecho 9. Contiene varios hechos que me permito contestar de la siguiente manera:

9.1 Venta de pagarés libranza a varias personas o sin estar reportados en la pagaduría correspondiente.

No es cierto que la intervención se haya verificado porque los pagarés fueron adquiridos por Cooperativa vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria; no. **ELITE SAS** fue intervenida porque captó dinero del público sin autorización legal y en general, desarrolló la operación de compraventa de pagarés libranza en contra de la ley.

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 43 de 1990 la contabilidad es el resultado de la profesión de contador y está destinado a dar **fe pública** sobre los hechos económicos de una sociedad y dictaminar sobre estados financieros.

A partir de este presupuesto unida también a la buena fe, se construye la función de supervisión de la Superintendencia de Sociedades. Siendo esto así, la ausencia de intervención de **ELITE SAS** con anterioridad al 9 de diciembre de 2016 no es prueba de falla en el servicio por parte de autoridades estatales, sino de la falta de evidencias de la captación ilegal de dinero del público, el cual no puede activarse con conjeturas; el negocio de captación ilegal de **ELITE SAS** estaba oculto en la fachada de la legal operación de la compraventa de libranza.

9.2 Actuación de la Superintendencia de Economía Solidaria.

No me consta, se trata de hechos de terceros. Respeto lo que manifieste la Superintendencia de Economía Solidaria.

SINTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE

Pretende la parte actora sin mayores fundamentos, se declare responsable administrativamente a las demandadas por haber interrumpido la operación de **ELITE SAS** que venía operando desde el año 2011; *“por haber interrumpido la operación de forma abrupta”* con lo cual al parecer argumenta, sin demostrarlo, que la sociedad ELITE SAS tenía el derecho a seguir operando y, finalmente, llegaría a la satisfacción total de la obligación.

V. ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA – SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

5.1. INTRODUCCIÓN.

La oposición a la pretensión se contrae a que no es posible imputar el daño, si lo hubo, a las actuaciones de la Superintendencia de Sociedades.

Infortunadamente estamos en una sociedad donde es recurrente el fraude y el abuso de la ley por parte de los particulares, quienes mediante la elusión o la directa contravención legal se enriquecen a costa de las demás personas.

El estado colombiano establece un régimen legal y mecanismos de control, pero cuando los ciudadanos de manera libre y voluntaria transgreden la normativa, son exclusivamente los ciudadanos los que deben responder y no el estado, quien es un facilitador, es un garante de la paz y la armonía social la cual se construye a partir de la libertad individual. Equivocado sería entender el régimen de responsabilidad del estado como la garantía a toda tragedia humana.

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

El caso de **ELITE SAS** es el caso típico de una gran estafa, de un concurso de delitos que por el que los dueños¹⁹ de la Compañía se encuentran imputados y a la espera que concluya el juicio oral. El proceso penal es el escenario de responsabilidad a la luz del artículo 103 y ss. del código de procedimiento penal – CPP y no la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Siendo esto así, sobran las razones para negar las pretensiones de la presente demanda, en la que se alega que la Superintendencia de Sociedades impidió el desarrollo de la operación de **ELITE SAS**, pues era un negocio fraguado en la ilegalidad.

Como desarrollo de esta argumentación se explicará con más detalle las características de la función de supervisión discernida a la entidad y las actuaciones desplegadas por la autoridad que represento:

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

5.1.1. FUNCIONES DE SUPERVISIÓN

Las funciones administrativas de supervisión sobre las sociedades comerciales que corresponden a la Superintendencia de Sociedades, se derivan de lo previsto en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, que le asigna al Presidente de la República “*ejercer de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles*”.

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

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

- a) La **INSPECCIÓN** consiste en la atribución para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria, hoy Superfinanciera, o sobre operaciones específicas de la misma. En desarrollo de esta atribución, la Superintendencia de Sociedades puede practicar investigaciones administrativas a esas sociedades. (Ley 222 de 1995, artículo 83).
- b) La **VIGILANCIA** consiste en la atribución para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, que se encuentren incursas en las taxativas causales de vigilancia establecidas en las normas vigentes, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos. El sometimiento a vigilancia puede ser determinado por el Presidente de la República o bien por el Superintendente de Sociedades cuando del análisis de las informaciones recabadas en ejercicio de las funciones de inspección establezca que una sociedad incurre en alguna de las irregularidades previstas en la ley. Respecto de estas sociedades y para el restablecimiento del orden en las mismas, la ley asigna a mi representada, además de las facultades de inspección, otras de mayor entidad (artículo 84 ibídem).
- c) El **CONTROL**, consiste en la atribución para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular. En

¹⁹ José Alejandro Navas Vengoechea, Jorge Enrique Navas Vengoechea y Marino Constantino Salgado Carvajal.

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
ejercicio de esta atribución mi representada tiene, además de las facultades de que goza para el ejercicio de las atribuciones de inspección y de vigilancia, otras de mayor envergadura e importancia, acordes con el carácter crítico del estado de cosas que determina la adopción de la medida administrativa (artículo 85).

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

En efecto, el Decreto 1074 de 2015 le asigna a la entidad competencias en materia societaria, al establecer en su artículo 1.2.1.1 que la Superintendencia de Sociedades *“Tiene como objetivo la preservación del orden público económico por medio de las funciones de fiscalización gubernamental sobre las sociedades comerciales y ejercer las facultades jurisdiccionales previstas en la ley, tanto en el ámbito de la insolvencia como en el de los conflictos societarios”*. En el mismo sentido, el artículo 24 del Código General del Proceso establece que la Superintendencia de Sociedades cuenta con facultades jurisdiccionales para conocer acerca toda clase de controversias de naturaleza societaria.

De otra parte, el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, consigna la competencia residual de la siguiente manera: *‘Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades, serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas. En caso contrario, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores’*.

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

Por su parte, en lo referente a las relaciones de consumo generadas entre los productores o proveedores y el consumidor, en los términos previstos en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2.1.2 del Decreto 1074 de 2015, es competencia de Superintendencia de Industria y Comercio, salvaguardar los derechos de los consumidores, sin perjuicio de las competencias asignadas a otras entidades encargadas de proteger al consumidor.

5.1.2. SUPERVISIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA

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

En verdad, la jurisprudencia ha explicado la diferencia entre la supervisión estatal subjetiva y objetiva. Así, el Consejo de Estado, en sentencia de 2008, resolvió un conflicto de competencias administrativas planteado por la Superintendencia Financiera frente a la Superintendencia de Industria y Comercio, y afirmó: *“El legislador, a través de las facultades otorgadas por el numeral 7° el artículo 150 de la Constitución Política ha creado superintendencias de diversa naturaleza, algunas asociadas a una clase de sujetos (Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Financiera, etc.) o bien delimitadas por su objeto (Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia de Salud, etc.). A partir de esa división, es claro que el control ejercido puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado. Esto hace que, en ocasiones, el control sea concurrente o compartido por dos o más Superintendencias. La concurrencia implica entonces, diferenciar entre el objeto y el sujeto de control, y se presenta como una consecuencia de la especialización de cada superintendencia en ciertas materias”²⁰*.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (5 de marzo de 2008). Expediente 11001-03-06-000-2008-00007-00. [C. P. Gustavo Aponte Santos]

El Consejo de Estado también señaló, al resolver un conflicto de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte, que la supervisión subjetiva se relaciona “(...) *con aspectos societarios o exclusivamente relacionados con la persona encargada de prestar el servicio*”²¹.

En igual sentido, puede citarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuya precisión resulta particularmente relevante en punto de la supervisión subjetiva. Conforme a lo expresado por esa corporación, “...*en virtud del artículo 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995 y del artículo 2º del Decreto Ley 1080 de 1996, la Superintendencia de Sociedades ejerce el control subjetivo de las sociedades comerciales dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas. En ejercicio de las facultades de supervisión la Superintendencia tiene atribuciones para verificar que las empresas no ejerzan actividades ajenas a su objeto social. En esa medida dicha entidad aunque no estaba facultada expresamente para investigar y sancionar la captación masiva y habitual por parte de sociedades comerciales no autorizadas –porque la Superintendencia de Sociedades carece de competencias para ejercer el control respecto de personas naturales- podía en todo caso ejercer controles para que la actividad de las sociedades comerciales se ajustara a sus estatutos y llevaran en debida forma la información contable y financiera*”²².

La ley, de manera excepcional por razón de la materia, ha establecido una competencia **objetiva** para la Superintendencia de Sociedades que le permite inmiscuirse en la actividad propia del objeto social y en consecuencia en la relación que se establece entre la sociedad y los terceros.

Así, conforme a lo dispuesto en la ley, la Superintendencia de Sociedades **posee competencia objetiva solamente sobre las sociedades que realizan actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel** (artículo 7º de la Ley 1700 de 2013) **y sobre las sociedades administradoras de planes de autofinanciamiento comercial –SAPAC** (Decreto 1941 de 1986). Estas dos excepciones, de competencia objetiva sobre la actividad, confirman la regla general de que el ámbito de supervisión de esta entidad es de carácter meramente subjetivo.

En este contexto, la competencia subjetiva se mantiene, inclusive, con las facultades otorgadas por el Decreto 4334 de 2008 **en materia de intervención por captación ilegal de dineros, a las cuales se hará una referencia más adelante, pero respecto de las cuales se anticipa, desde ya, que se trata de la ejecución de medidas ex post y no ex ante** y en tal sentido, **estas atribuciones no alteran la naturaleza de la supervisión ejercida por la entidad.**

En efecto, el procedimiento consignado en el mencionado Decreto 4334 de 2008 está orientado “*a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados (...) generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades*”; luego, la intervención de la entidad tiene lugar cuando ya se han presentado objetiva y notoriamente los supuestos de captación.

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

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (25 de septiembre de 2001) Sentencia C-746. M.P. Alberto Arango Mantilla.

²² Sentencia C-135 de 2009, de Revisión de constitucionalidad del Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”.

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

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

La regulación prudencial o regulación preventiva ha sido definida como aquella “*que se ocupa de asegurar la solvencia y la liquidez de las instituciones bancarias, así como la diversificación de los riesgos financieros en la adquisición del negocio bancario, para evitar su colapso. Ha escrito Enrique Marshall que ‘ésta comprende un conjunto de disposiciones orientadas a asegurar la correcta asignación de los recursos financieros y a impedir la asunción de riesgos excesivos y su posterior transferencia, sin la voluntad explícita de las partes o sin una adecuada compensación económica, de las instituciones bancarias a los depositantes y de éstos a toda la sociedad’*”²³.

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

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

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

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

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

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

²³ Marshall Rivera, Enrique. El Banco Central como regulador y supervisor del sistema bancario. Mimeo. Ponencia presentada en la XXVIII Reunión de Gobernadores de Bancos Centrales del Continente Americano. Santiago de Chile, 1991, citado por: MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. 2004. *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano*. Bogotá, Colombia. Editorial Legis (Pág. 89).

Es claro entonces que la Superintendencia de Sociedades no ejerce una supervisión objetiva respecto de la actividad financiera ilegal, pues la amparada por el estado está sometida a una estricta regulación prudencial y su fiscalización se ejerce por entidades especializadas para el efecto, de la que carece dicha actividad no autorizada y en consecuencia, es específico el alcance de las atribuciones de la entidad en relación con esta actividad, pues se crean medidas de carácter **reactivo y represivo** mas no controles de legalidad previos sobre su ejercicio o respecto de las inversiones que las personas decidan hacer ni sobre el nivel de riesgo que decidan asumir. Además, para su adopción exige que se materialicen objetivamente y de manera notoria los supuestos de captación no autorizada de dinero del público.

5.1.3. SUPERVISIÓN DE SOCIEDADES OPERADORAS DE LIBRANZA

5.1.3.1. Normativa aplicable

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

La misma ley consagra: *“Inspección, vigilancia y control. Para efectos de la presente ley, la entidad operadora, de acuerdo con su naturaleza, será objeto de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia Financiera, de Economía Solidaria o de Sociedades, según sea el caso”²⁴.*

Así las cosas, se concluye de las mencionadas normas que la vigilancia de las entidades operadoras que ejercen actividades de libranza corresponde, ya sea, a la Superintendencia Financiera, de Economía Solidaria o Sociedades, según la naturaleza de la entidad operadora, más no de la actividad que desarrolla en sí. Esta división de funciones confirma que la supervisión conferida por esta ley tiene un carácter puramente subjetivo y por ende la Superintendencia correspondiente podrá ejercer atribuciones sobre el ente en sí mismo y no sobre la materia a la que se dedica²⁵.

De otra parte, es importante señalar que la Ley 1527 de 2012 **no asignó funciones de supervisión sobre las sociedades comercializadoras de libranzas, sino tan sólo de las operadoras de libranza**²⁶. Así, sólo estarán sometidas a vigilancia de la Superintendencia **las sociedades comercializadoras de libranza que se encuentren en los casos previstos en la Ley o decretos reglamentarios para estar vigiladas.**

²⁴ Artículo 10 de la Ley 1527 de 2012.

²⁵ Cfr. Jurisprudencias del Consejo de Estado y Corte Constitucional en el acápite referente a la supervisión subjetiva y objetiva.

²⁶ Artículo 2°, definiciones, literal c): *“Entidad operadora. es la persona jurídica o patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil que realiza operaciones de libranza o descuento directo, por estar autorizada legalmente para el manejo del ahorro del público o para el manejo de los aportes o ahorros de sus asociados, o aquella que, sin estarlo, realiza dichas operaciones disponiendo de sus propios recursos o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. En estos casos deberá estar organizada como Instituto de Fomento y Desarrollo (Infis), sociedad comercial, sociedades mutuales, o como cooperativa, y deberá indicar en su objeto social la realización de operaciones de libranza, el origen lícito de sus recursos y cumplir con las demás exigencias legales vigentes para ejercer la actividad comercial. Estas entidades operadoras estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades”.*

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

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

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

“Artículo 7. Modificación del artículo 5 del Decreto 4350 de 2006. Adicionase al artículo 5 del Decreto 4350 de 2006 el siguiente literal:

“Artículo 5. Estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en los términos que lo indican las normas legales pertinentes, respecto de cada una de ellas: (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este contexto, la supervisión ejercida por la Superintendencia de Sociedades sobre la entonces sociedad operadora de libranza de **ELITE SAS**, se encontraba circunscrita a la **“verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica”**, en los términos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-135 de 2009. En efecto, las atribuciones están **asignadas para que se verificaran aspectos societarios de la entidad y no la actividad que desarrollaba, consistente en la compraventa y otorgamiento de créditos y la comercialización de cartera a través de factoring.** Por tanto, la **Superintendencia de Sociedades no es responsable de la supervisión del objeto o la actividad desarrollada por ELITE SAS**

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

“Vigila a aquellas entidades que estén constituidas como sociedades comerciales, que no estén bajo la vigilancia de la Superfinanciera o de la Superintendencia de la Economía Solidaria, y que otorguen créditos con recursos propios o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. La supervisión que ejerce la Superintendencia de Sociedades sobre las entidades operadoras de libranza a su cargo es de naturaleza subjetiva, es decir que se limita a los aspectos societarios de la entidad operadora y no a la actividad que desarrolla (compraventa y otorgamiento de créditos), salvo en lo relacionado con el cumplimiento de las obligaciones de información (Subrayas fuera de texto)”²⁷.

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

En cumplimiento de las funciones explicadas en precedencia se considera importante mencionar las actuaciones más relevantes desplegadas por la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades que realizan operaciones de libranza o descuento directo y operaciones de compraventa de cartera.

Así, para acatar las obligaciones derivadas de lo dispuesto en los artículos 1° y 2° del Decreto 1219 de 2014, por medio del cual se adicionó al artículo 5° del Decreto 4350 de

²⁷ Disponible para consulta en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/ABC-Libranzas-v2.pdf>

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION 2006 (actualmente incorporado en el Decreto 1074 de 2015), el 2 de febrero de 2015 se efectuó un requerimiento de información a 48 sociedades dedicadas a la compra y venta de títulos valores, con el objetivo de identificar las sociedades sujetas a vigilancia de esta Superintendencia respecto a la actividad de Factoring, dada la creación del Registro Nacional de Factores (RUNF). Como resultado del análisis se identificaron 5 sociedades que cumplían los criterios establecidos en los literales f) y g) del artículo 5 del Decreto 4350 de 2006, hoy recogido en el Decreto 1074 de 2015, tales como objeto social exclusivo, monto de operaciones y contratos de mandatos específicos con terceras personas.

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

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

Igualmente, se envió información financiera de 28 sociedades comerciales que actúan como Operadores o como Entidades Cesionarias del Crédito de Libranza o Factores en los términos del parágrafo 1° del artículo 3 de la Ley 1527 de 2012 a la Superfinanciera (oficio No. 300-092436 del 24 de mayo de 2016).

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

Entre el 19 y el 21 de julio de 2016 se generaron 405 oficios a las sociedades operadoras de libranza y sociedades de *factoring*, en los cuales se solicitó información correspondiente al valor de la cartera de libranzas comprada y vendida con corte al 31 de mayo de 2016, en la cual debían especificar si la misma fue transferida con o sin responsabilidad.

Se expidió la Circular Externa 100-000007 del 24 de agosto de 2016 dirigida a las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, que adelanten la actividad de comercialización o administración de créditos libranza, por medio de la cual se solicitó información sobre la actividad que desarrollan de conformidad con las nuevas funciones asignadas a esta Superintendencia en el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.54.3 y en el artículo 2.2.2.54.6 Decreto 1074 de 2016.

Se remitió información a la Superintendencia de Economía Solidaria sobre entidades operadoras de libranza, cuya vigilancia le corresponde (oficios 306-151940 del 5 de agosto de 2016, 306-158361 del 22 de agosto de 2016, 300-159507 del 24 de agosto de 2016 y 300-187735 del 27 de septiembre de 2016, entre otros).

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

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

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

5.1.4. FUNCIONES DE INTERVENCIÓN POR CAPTACIÓN ILEGAL DE DINERO

5.1.4.1. DECRETO 4334 DE 2008.

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

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

Se expidió entonces el Decreto Legislativo 4334 de 17 de noviembre de 2008, que facultó al Gobierno Nacional para intervenir, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de funciones de naturaleza jurisdiccional, los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollen o participen en la actividad financiera sin la debida autorización estatal.

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

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

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

Tampoco son sujetos de intervención quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos, es decir, los inversionistas o ahorradores.

Se establecieron como supuestos de la intervención la existencia de hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable.

Las medidas de intervención fueron descritas de la siguiente manera²⁸:

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

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

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

²⁸ Artículo 7º del Decreto 4334 de 2008.

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

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

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

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

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

Expedidas las medidas de emergencia, de naturaleza reactiva y represiva, de forma inmediata la Superintendencia procedió a su implementación, gestión que se tradujo en la intervención de las personas naturales y jurídicas que para la época venían ejerciendo la actividad financiera irregular, escondida bajo fachadas jurídicas legales como venta de tarjetas prepago, venta de bienes y servicios.

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

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

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

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

Como se explicó en el apartado relativo a la naturaleza de la supervisión ejercida por la Superintendencia de Sociedades, esta es de naturaleza subjetiva y la actividad financiera es de interés público y su inspección, vigilancia y control recae en entidades que tienen a su cargo el cumplimiento de la regulación prudencial que se emite, entre otros, con el fin de asegurar la estabilidad financiera. Las normas expedidas al amparo de la emergencia económica y social decretada en 2008 tuvieron un carácter reactivo y represivo y no preventivo.

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

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
Los presupuestos de la intervención fueron descritos expresamente en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en los siguientes términos:

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

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

- a. La ocurrencia de hechos objetivos o notorios que indiquen captación masiva de recursos del público, sin autorización estatal, encubierta en operaciones aparentemente legales.
- b. El ofrecimiento de bienes, servicios o rendimientos, sin explicación financiera razonable.

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

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

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

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

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

En conclusión, cuando se presentan hechos ocultos, encubiertos o escondidos en fachadas jurídicas legales en la operación de captación masiva de recursos del público sin autorización estatal, no se configuran los supuestos de la intervención. Estos sólo se configurarán cuando sean revelados y descubiertos, cuando se materialicen y evidencien.

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

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

En esta jurisprudencia se halla un hilo conductor consistente en señalar que la entrega de dinero a una determinada entidad con el fin de ganar una rentabilidad exagerada en un

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION breve lapso, lo cual, de acuerdo con las reglas de experiencia no corresponde a una actuación o actividad legal, está fundada en la culpa de la víctima y, en segundo término, en el hecho de un tercero, pero en forma alguna implica una omisión o actuación tardía del Estado en función de sus atribuciones legales.

5.1.4.1.2. Expediente: 2010 00266- José Ramón Vera Paredes- Juzgado Quinto (5°) Administrativo de Descongestión de Cali

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

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

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

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

5.1.4.1.3. Expediente 2011 00045- Manfredy Daza Gaitán- Juzgado Adjunto al Tercero (3°) Administrativo de Armenia

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

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

5.1.4.1.4. Expediente 2012 00078- Silvia Amparo Guevara Castañeda. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Descongestión

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

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

5.1.4.1.5. Expediente 2009 00166- Alexandra Restrepo Zuluaga. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Sostuvo la Corporación que en el caso concreto no se había demostrado el daño. Sin embargo, procede a realizar un análisis en el caso hipotético de haberse demostrado

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
aquél, afirmando que respecto de las demandadas Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Fiscalía General de la Nación y Municipio de Cali se configuraba la falta de legitimación en la causa por pasiva.

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

Por lo tanto, señaló que, si la demandante perdió alguna suma de dinero, se debió a su propia culpa y al hecho de un tercero, pues aquella de manera libre y voluntaria decidió invertir su dinero en un establecimiento de comercio ilegal, agregó que, de igual forma, la conducta del propietario del establecimiento contribuyó en la producción del supuesto daño, porque a pesar de contar con la debida autorización, desarrolló las actividades de captación de dinero del público.

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

5.1.4.1.6. Expediente 2010 00298- Leonardo Gutiérrez Bulla y otros- Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Descongestión

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

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

5.1.4.1.7. Expediente 2014013700- USTA BUCARAMANGA-Tribunal Administrativo de Cundinamarca

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

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

En cuanto a la posibilidad que tiene el Estado de intervenir la economía, la sala advirtió de manera insistente que no existe certeza sobre los efectos positivos de dicha medida, más allá de los que, con la adopción de las medidas como la toma de posesión y posterior liquidación, se haya logrado. Lo anterior tiene lógica, en tanto que el Estado no puede

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
cada vez que detecta algo **inusual** proceder a adoptar medidas de intervención pues terminaría afectado el mercado y la libertad económica, a tal punto que la gente se abstendría de invertir.

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

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

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

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

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

5.1.4.1.8. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de marzo de 2015.
(C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp: 29.944)

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

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

5.1.4.1.9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2016 (C.P: Marta Nubia Velásquez Rico, Exp: 35.534)

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

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

Concluye la sentencia que “[...] *la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor*”²⁹.

5.1.4.1.10. Tribunal De Lo Contencioso Administrativo del Atlántico, Sección A
Sentencia del 29 de abril de 2018 Rad 08001-33-33-001-2017-00119-01
JR

En los que se refiere a la responsabilidad del Estado por el desempeño de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las Superintendencias, el Tribunal en comento precisó que:

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

5.2. DEL CASO ESPECÍFICO DE LA SOCIEDAD ELITE SAS

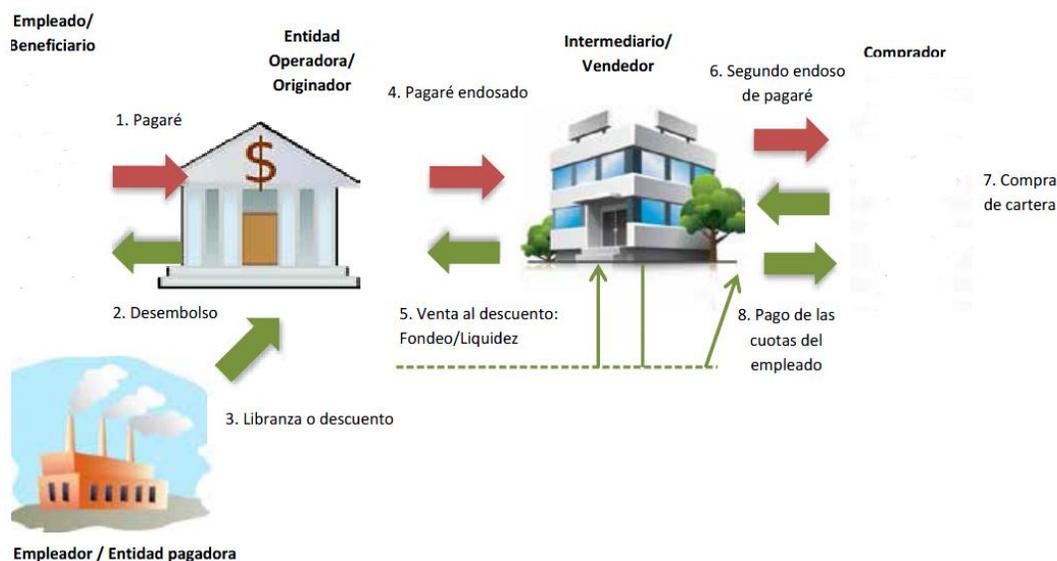
5.2.1. OPERACIÓN O MODELO DE NEGOCIO DE ÉLITE

Con el fin de entender el modelo de negocio que llevó a cabo **ELITE SAS**, es necesario describir, de manera general, en qué consiste la venta de pagarés libranza.³⁰

Para obtener el pago anticipado de sus cuentas por cobrar y conseguir los recursos necesarios para su operación, las entidades operadoras de libranzas pueden vender la cartera registrada en sus estados financieros a través de figuras como el *factoring* o el descuento. Esta operación consiste en que una persona adquiere a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio. La transferencia de esos derechos se realiza normalmente por endoso si se trata de títulos valores, o mediante cesión en los demás casos, tal como se ilustra en la siguiente gráfica:

²⁹ Sentencia del 26 de febrero de 2015, Expediente: 27544.

³⁰ Parte de esta explicación fue tomada de la cartilla ABC de las libranzas en Colombia, disponible para consulta en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/ABC-Libranzas-v2.pdf>



Esta operación se perfecciona mediante un contrato en el cual la entidad operadora de libranza recibe anticipadamente el dinero de su cartera, a cambio de asumir un porcentaje por concepto de descuento. En términos coloquiales, va a recibir en el presente una suma de dinero que, de otra manera, hubiera recibido dividida en cuotas a lo largo de un plazo determinado. Como contraprestación, la operadora transfiere los títulos al comprador, el cual puede ser una persona natural o jurídica.

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

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

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

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

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

En lo que se refiere específicamente al modelo de negocio de **ÉLITE SAS** para el desarrollo de su operación como sociedad, esta realizó una serie de contratos con sociedades parte del mismo grupo empresarial, tales como **ÉLITE SAS** (NIT 900.437.991) y **ALIANZAS EFECTIVAS S.A.S.** (NIT 900.535.587), **CONSTRUCCIONES Y**

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
DESARROLLO ÉLITE SAS. (NIT 900.735.811), CREDIASESORAMOS CREDITOS Y
ASESORIAS PROFESIONALES SAS (NIT 900.744.804) y RENOVAR FINANCIERA
S.A.S. (NIT 900.704.376) y con otras entidades tal y como se explica a continuación:

- a) Celebró contratos de compraventa de cartera con las siguientes cooperativas: (i.) Coocredimeded, (ii.) Credimed de Caribe, (iii.) Cooinvertor, (iv.) Coomunco (v.) Coovenal, (vi.) Invercor, (vi.) Inversiones Alejandro Jimenez, (vii.) Redescoop, (viii.) Servicoop de la Costa, ix) Coomundo Crédito.
- b) Además, por las siguientes sociedades i) Casaeymacag S.A.S., ii) Mundo Credito Servicios S.A.S., iii) Alianzas Efectivas S.A.S., iv) Construcciones y Desarrollo ÉLITE SAS., v) ConÉLITE SAS., vi) Crediasesoramos Créditos y Asesorías Profesionales S.A.S., vii) Crediasesoramos y viii) Renovar Financiera S.A.S.
- c) (d.) Suscribió un contrato de custodia de los títulos valores con la compañía Manejo Técnico de Información S.A. – MIT S.A.
- d) La Sociedad promovió la contratación de los servicios de un tercero (Grupo Jurídico Peláez & Co) al servicio de los inversionistas, para que adelantara las gestiones de cobro de la cartera ante las originadoras

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2.2. ACTUACIONES REALIZADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RESPECTO DE LA SOCIEDAD ELITE SAS

La Superintendencia de Sociedades ejerció oportunamente todas sus funciones sobre la sociedad **ELITE SAS**, por lo cual es totalmente falso que el fundamento de la demanda impetrada en su contra.

5.2.2.1 Análisis financiero.

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

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

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

Observó el Despacho que la información allegada corresponde a la dinámica de un capítulo de revelaciones de los estados financieros y no a principios, reglas y procedimientos. Lo anterior por cuanto los mismos no determinan parámetros para la preparación de la información financiera ni las reglas de medición y reconocimiento de los instrumentos financieros, que al final, constituyen el eje principal del negocio.

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

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

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

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

DETALLE	2015	2014	VARIACIÓN	%
Flujos Futuros (1)	\$ 667.237.517	\$ 357.914.400	\$ 309.319.117	86.42



P.P. y E totalmente depreciados	\$ 228.100	\$ 27.073	\$ 201.037	742.58
TOTALES	\$667.461.627	\$ 357.941.473	\$ 309.520.154	86.47

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consonancia con el testimonio de Jorge Enrique Navas Vengoechea, Vicepresidente financiero de la Sociedad, llevada a cabo el 22 de junio de 2016, se encontró que el procedimiento de registro de los ingresos no se ajusta a la realidad económica de la operación puesto que con la firma del contrato de adhesión entre los inversionistas y

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
ELITE SAS no se transferían, sustancialmente, la totalidad de las ventajas, beneficios y riesgos sobre el pagaré-libranza.

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

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

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

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

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

Comprobante/ Cuenta	Nombre/ Detalle	Doc. Referencia	Fecha	Débitos	Créditos
26353505	Administrativo s	Futuras Capitalizaciones	06/30/2012		1.000.000.000
5299596	Ventas Administrativo s	Futuras capitalizaciones	06/30/2012	1.000.000.000	

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

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

De la información antes descrita, concluye la Resolución:

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

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

5.2.2.2 Memorando 300-000740 del 09 de septiembre de 2016: Solicitud apertura del proceso de insolvencia en la modalidad de reorganización empresarial – ÉLITE Internacional Américas SAS

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

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

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

Adicionalmente, según consta en comunicado enviado por **ELITE SAS** a sus inversionistas el 5 de septiembre de 2016, la Sociedad promovió la contratación de los servicios de un tercero (Grupo Jurídico Peláez & Co) por parte de sus inversionistas, para que adelantara las gestiones de cobro de la cartera ante las originadoras. Evidenció la entidad que dicha contratación no tiene en cuenta la obligación de pago que radica en cabeza de **ELITE SAS**. Con la implementación de dichas medidas, Grupo Jurídico Peláez & Co no ejercería acciones cambiarias en contra de **ELITE SAS**, obligada cambiaria en forma solidaria, en detrimento de los derechos de los acreedores en contra de uno de los obligados al pago de los pagarés-libranza.

5.2.3. 3 Memorando 300-008469 del 14 de octubre de 2016: Solicitud de apertura del proceso de liquidación judicial de ÉLITE SAS.

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

- **Informe de la promotora de la reorganización de la sociedad ÉLITE SAS**

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

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

- 1. Flujo de Fondos Proyectoado:** Señaló la promotora que la Sociedad no presentó un plan de pagos que permitiera dar frente a los flujos atrasados en los meses de julio, agosto y septiembre de 2016, ni los futuros de los compradores de créditos – libranza. Adicionalmente, informó la promotora que la Sociedad no aportó información detallada con relación a la reestructuración financiera. Así, el informe señaló que el planteamiento relativo al apalancamiento de las operaciones con la venta de derechos litigiosos representados en sentencias es incompleto y

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION carece de definición en relación con del certificado de disponibilidad presupuestal y la fecha de pago de las aludidas ventas.

Resalta el informe que la Sociedad no presentó un

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

2. Situación Financiera - Libranzas Asignadas:

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

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

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

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

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

Finalmente, señala el informe que existe un déficit de \$65.887 millones para cubrir el pasivo existente a favor de los compradores de cartera, respecto del cual la sociedad no presentó ningún proyecto o plan de pagos relativo al cumplimiento de dichas obligaciones.

3. Situación financiera – Patrimonio.

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

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
Adicionalmente sostiene que la sociedad no ha presentado un plan de negocio integral que permita atender cada una de las razones por las cuales fue solicitado el proceso de reorganización

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

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

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

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

Tras contrastar las bases de datos de pagarés-libranza vendidos entregada por **ELITE SAS** con los listados de descuentos requeridos a varias pagadurías (Colpensiones, FOPEP, Fiduprevisora, entre otros) la Delegatura concluyó que dentro del negocio de la sociedad existían flujos inexistentes y déficit de flujos prometidos a los clientes.

Así, en la muestra analizada se encontraron 329 libranzas inexistentes pero vendidas a inversionistas, cuyo valor ascendía a un flujo mensual de aproximadamente \$151.556.111 y 1030 libranzas en las cuales la sociedad realizó pagos a los compradores de cartera por flujos que no correspondían al valor real del pagaré-libranza adquirido, por un valor aproximado de \$452.597.623. Por lo anterior, concluyó la Delegatura que en ese caso la sociedad ofreció pagos de dinero sin que las sumas guardaran relación con el recaudo de los flujos o cuotas.

- De la verificación de la existencia de hechos objetivos:

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

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

A esta conclusión llegó al Delegatura al encontrar que

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

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

5.2.2.4. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS:

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

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

6.1. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

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

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

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

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

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

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

*“La responsabilidad patrimonial del Estado se declarará, siempre que concurren los siguientes elementos: **un hecho dañoso imputable a la administración, un daño sufrido por el actor, que para estos efectos es quien lo alega, y un nexo causal que***

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION vincula a éstos; dicha causa es esencial para concluir que el daño es consecuencia directa del hecho atribuido a la administración.” (Negrillas nuestras)

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

- a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;*
- b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;*
- c) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc., y*
- d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización’.*

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

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

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

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

Concluyendo, en desarrollo del principio de imparcialidad que debe presidir las actuaciones judiciales y de la forma como actuó la Superintendencia de Sociedades, se puede decir que ella incurrió en las conductas reprochadas por el demandante, al actuar siempre conforme a derecho y, se reitera, conforme a las funciones a ella asignadas.

VII. EXCEPCIONES DE FONDO

7.1. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO:

Culpa exclusiva de la víctima, hecho exclusivo y determinante de un tercero y fuerza mayor.

Los tres tipos de ausencia de responsabilidad comparten la característica de que el hecho generador del daño 1) es externo a la administración, 2) es determinante, 3) es irresistible y, por último, 4) es imprevisible para los agentes del estado, atendiendo el modelo estándar de diligencia y cuidado al que se ha hecho referencia.

En el presente caso existe un hecho exclusivo del demandante por no haber tenido el deber de cuidado frente a las operaciones realizadas con fundamento en un contrato, es así que la entidad que represento no tiene injerencia en las relaciones privadas que nacen a la vida jurídica en virtud del desarrollo del objeto social.

7.1.1. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA Y HECHO DE UN TERCERO EN EL CASO DE LA FALLA EN LAS FUNCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL.

7.1.1.1 INTRODUCCIÓN.

Poniéndonos en el contexto de la imputación del daño antijurídico del estado en las operaciones contra la captación ilegal del dinero, debemos decir que en reciente jurisprudencia, el honorable Consejo de Estado - Sección Tercera reitera que en los casos de falla en las funciones de inspección, vigilancia y control corresponde a la regla general de imputación subjetiva del daño antijurídico o falla probada del servicio, donde *“corresponde a la parte demandante acreditar los conocidos elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la administración pública: actuación u omisión del Estado, daño antijurídico y nexa causal entre aquella y éste”*³¹

En este escenario, contrario a lo que sucede en los eventos de la presunción de culpa o de responsabilidad objetiva del estado (manejo de armas de fuego, concriptos y responsabilidad medica), es factible proponer la excepciones de “culpa exclusiva de la víctima” y “culpa de un tercero”, pues la constitucionalización de la responsabilidad del estado si bien tiene una orientación garantista, no ha llegado a tal punto en que todas las desgracias ocurridas en la sociedad finalmente se atribuyan a la organización política por acción u omisión³².

Por ello resulta pertinente conocer las novedades de las comentadas causales de irresponsabilidad estatal, así como la teoría de CONCAUSA del daño, en la que gracias a la corresponsabilidad entre el Estado y el afectado, se genera una disminución del Quantum de la responsabilidad estatal.

7.1.1.2. DOCTRINA PERTINENTE EN PUNTO DE LA IMPUTACIÓN DE LA OMISIÓN.

Partiendo de la base que en el régimen tradicional de responsabilidad se responde *“por extralimitación en las funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas en forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo*

³¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A Sentencia 2000-02312/29944 de marzo 25 de 2015 Radicación: 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944) C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón. El caso se refiere a la irresponsabilidad del estado por el daño sufrido al Fondo de Empleados de Almacenes Magali París Fedemagali y otros por la liquidación de la entidad financiera BANCOOP.

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

³² El exconsejero de estado Dr. Enrique Gil Botero en su libro Responsabilidad extracontractual del estado destaca que *“el daño debe ser directo, personal y cierto”*; en lo que se refiere a la primera característica, tenemos que *“el daño como unidad fenoménica recoge todo lo que precede a hacerlo real; sin los elementos constitutivos que lo hacen posible existencialmente no se daría en el plano del conocimiento jurídico. Se cambiaría entonces el enfoque metodológico tradicional en el sentido de examinar las causales exagerativas de responsabilidad dentro de la imputación que es un concepto jurídico, por oposición a la causalidad que es un criterio propio de las leyes de la naturaleza”* (Ed Temis 2011; Quinta edición; Pág. 40).

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION *del estado*³³, la entidad que represento no tiene responsabilidad porque con la documental aportada se demuestra que la competencia fue utilizada en forma precisa y oportuna ante las alarmas recibidas por la administración³⁴. Además, se debe enrostrar el incumplimiento de los deberes por parte de las Directivas de **ELITE SAS** y del afectado en el caso concreto; la jurisprudencia ha hecho un balance en uno y otro extremo, donde entre más incuria se demuestre en el afectado, más fácil se diluye la responsabilidad por parte del Estado³⁵.

Partiendo de la base de que nadie es obligado a lo imposible, ni siquiera el Estado, la jurisprudencia distingue *“entre omisiones laxas y omisiones en sentido estricto, refiriéndose a las primeras a la negligencia u olvido en los deberes de cuidado, que, de haberse cumplido, pudieron haber evitado un resultado dañoso prevenible. Las segundas, se refieren al incumplimiento de un deber legal previamente establecido en la ley y que el estado está en la obligación de ejecutar, resultado de su incumplimiento, el resultado dañoso”*³⁶.

La diferenciación no se construyó para exonerar a la administración en uno u otro caso, sino que la misma tiende a responsabilizar más severamente a las omisiones en sentido estricto; además, tiene consecuencias probatorias, pues en este caso es más factible invertir la carga de la prueba (Art. 167 CGP), ya que en la mayoría de los casos la administración se encuentra en mejores posibilidades de demostrar su actuación, de donde se podrá concluir si se cumplió o no con los deberes establecidos en la ley.-

Para el caso de las omisiones laxas las posibilidades de ganar el proceso aumentan, pues también la jurisprudencia ha establecido que los deberes de la administración no pueden analizarse desde un estado ideal, sino por el contrario atienden un modelo estándar de diligencia y cuidado para el servidor público, que en caso de no ser suficiente, aun probado el daño, no es imputable al estado³⁷.

7.1.1.3 CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA EN EL CASO DE ELITE SAS.

La característica de este fenómeno de irresponsabilidad estatal parte de que se demuestre en el proceso que el daño es imputable al afectado.

El máximo tribunal del control administrativo en reciente sentencia³⁸, reiteró que la culpa exclusiva de la víctima opera cuando el afectado incumple la ley o el reglamento que le es aplicable en el caso concreto, evento en el que debe asumir las consecuencias de su proceder.

³³ Responsabilidad del estado y sus regímenes. Dr. Wilson Ruiz Orejuela. Tercera Edición. Enero de 2016. Ecoe Ediciones Ltda. Bogotá.

³⁴ No obstante, debe hacerse la claridad que *“el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular (falla en el servicio simple, probada, presunta, daño especial, riesgo excepcional), sino que dejo en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar”* Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C Sentencia del 20 de octubre de 2014. Exp. 52001-23-31-000-1998-00352-91 (31250) C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁵ En el 2011 en el escenario más estricto de la responsabilidad en el transporte, el H. Consejo de Estado exoneró de responsabilidad al estado por la muerte de un peatón ebrio, pues pese a que fue arrojado por un vehículo oficial y el empleado público que lo conducía también estaba ebrio, se determinó que *“la conducta de la víctima de no usar el puente peatonal fue determinante en la producción del daño”* (Consejo de estado – Sección Tercera – Subsección “B”). Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp 20.441).

³⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2008 Radicación: 66001-23-31-000-1996-03099-01 (14443) C. P.: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁷ *“la imposibilidad de inejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida”* Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de responsabilidad civil Pág. 19 Cita a Robert, André, Les responsabilites, Bruselas 1981 pág. 1039.-

³⁸ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 68001233100020080063701 (47846), nov. 27/17. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
Ahora, se destaca que la culpa debe ser grave, es decir, no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico debe considerarse dentro de la causal “culpa exclusiva de la víctima”, *“sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”*.

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

En el caso particular abundan las razones para considerar que los afectados causaron por su cuenta y riesgo en el negocio realizado con la comercializadora de libranzas, en la medida que no solo estaban adquiriendo pagares cuyo responsable cambiario era una persona que desconocían física y financieramente, sino que además recibieron los mismos sin haber sido endosados como lo establece el código de comercio.

En efecto, **ELITE SAS** no dio aplicación al artículo 625 del Código de Comercio que en punto a la “eficacia de la obligación cambiaria” precisa

“Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación.

Cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor se presumirá tal entrega.”

De otra parte, muchos de los inversionistas realizaron inversiones que superaban ampliamente el capital pagado en **ELITE SAS**, constituida esta como una sociedad por acciones cuya responsabilidad se limita al capital aportado por los accionistas.

7.2. HECHO DE UN TERCERO.

7.2.1 INCONSISTENCIAS EN LA INFORMACIÓN QUE LA SOCIEDAD ÉLITE SAS RENDÍA A SUPERSOCIEDADES

Para el análisis del asunto, es evidente que se verifica la causal de “hecho de un tercero”, en la medida que esta actuación no es imputable a la incuria de la administración, sino en el hecho demostrable de que la toma de información se llevó a cabo a partir de la contabilidad que presentaba irregularidades.

La casual de exoneración que se propone parte de la mala fe de los administradores, quienes, siendo notificados de la visita, presentaron informes distorsionados para eludir las consecuencias y dificultar la labor de la entidad que represento.

Para demostrar lo anterior se debe volver atrás en la tesis del “descalce” presentada por los Directivos de la comercializadora de los pagarés libranza y en la política de **ELITE SAS** en el manejo de los pagarés siniestrados. Los directivos de la entidad con el ánimo de confundir a los inversionistas les informaban mediante corros masivos³⁹ que como quiera que *“las fechas de pago de las pagaduría, operadores, comercializadores y clientes son diferentes”* resultaba necesario normalizar los créditos y pagar dentro de los *“45 días calendario a partir de hoy”*, para luego pagar cada 30 días calendario, lo cual nunca ocurrió.

A la entidad que represento se le presentaban informes de un porcentaje de siniestralidad notoriamente bajo, pero los resultados de las auditorias evidenciaron no sólo la falta de colaboración de los encargados de la sociedad **ELITE SAS**⁴⁰, sino la obsolescencia de las auditorías internas y el crecimiento de la siniestralidad de forma preocupante.

³⁹ CD 1 del 1 al 5 Reserva No. 4. Radicado 2016-01-456582.

⁴⁰ El informe de autoría del Grupo de Milena Aguirre se queja que *“Al dar inicio a la auditoria se solicita la información correspondiente para llevar a cabo la misma, la cual fue requerida el día 29*

En el informe de la auditoría de riesgo entre diciembre de 2015 y marzo de 2016 se evidencia que **ELITE SAS** reportó⁴¹ un promedio ponderado de siniestralidad en Montería, Barranquilla y Bogotá del 1.9%, pero los informes de auditoría de la firma **Grupo Jurídico Peláez y Co** que fuera contratado por la propia sociedad intervenida para el apoyo del cobro jurídico de sus clientes sociedad, encontró⁴² un recaudo de los operadores de la cartera vendida los inversionistas entre el 1% y 45% en esas mismas ciudades, lo que significa un promedio de siniestralidad entre el 55% y el 99%.

ELITE SAS para el caso de Coocredimed en Barranquilla reportó una siniestralidad del 0.7%, pero el informe de auditoría de la misma firma elaborada para esa ciudad por la auditoría del Grupo de Milena Aguirre de la firma **Grupo Jurídico Peláez y Co** estableció un porcentaje de recaudo de la cartera de los operadores del 6%, lo que significa una siniestralidad el 94%.

Para evidenciar solo esta inconsistencia en los documentos del comerciante, el Grupo de auditoría de la profesional del **Grupo Jurídico Peláez y Co**⁴³ sintetizó la crítica situación por la que atravesaba la sociedad **ELITE SAS** en sus cuentas por cobrar en el siguiente cuadro:

Entidad	Cantidad de obligaciones	Valor de cuotas	Incorporación 100% según resultados	Incorporación menor valor según resultados	% recaudo
Coocredimed	15960	\$9.806'647.449=	96'290.016=	527'580.874=	6%
Credimed de Caribe.	3545	\$2082521512=	51'119.342=	9'371.647=	1%
	19.505	11.889'168.961=	101'409.358=	\$526'952.521=	

De lo anterior se tiene sin lugar a dudas las siguientes conclusiones que comprometen la Gerencia de la **ELITE SAS**

- i) Que el proceso de venta de los pagarés libranza no tenía relación con el efectivo recaudo de las obligaciones en las entidades operadoras que se habían comprometido a transferir a los clientes;
- ii) Que los representantes legales en su ánimo de defender el modelo de negocio presentaban información distinta a la que tenían en sus archivos para el recaudo de las cuentas por cobrar y,
- iii) Que habían desconocido las cláusulas contractuales al vender pagares libranzas con responsabilidad y luego contratar al **Grupo Jurídico Peláez y Co** al que se ha hecho referencia con finalidad dejar solos a los clientes en el proceso de cobro de los pagarés siniestrados.

Este cambio de las obligaciones de la sociedad **ELITE SAS** resulta totalmente demostrado, pues de la sola lectura de los contratos de adhesión que fueron arrimados a la demanda, tenemos que **ELITE SAS** en su calidad de vendedor se comprometió a "3.3 Responder por la existencia validez y pago de la cartera contenida en la presente compra", sin embargo para la Revisora Fiscal la firma MOORE STEFENS, Dra. SHIRLY ANDREA PULIDO PEREZ⁴⁴ en el testimonio rendido ante el Superintendente Delegado

de Julio de 2016, vía correo electrónico, por el Doctor Felipe Salgado, Gerente de Riesgo de Elite. Al momento de hacer el requerimiento de la información se evidencia que esta no está lista. Se da inicio a la Auditoría a las 3:00 pm"

⁴¹ CD 1 del 1 al 5 Reserva No. 4. Radicado 2016-01-451626.

⁴² Grupo Deivis Sugay Medina Herrera. CD 1 del 1 al 5 Reserva No. 4. Radicado 2016-01-451626.

⁴³ Las bases de los informes de auditorías parten de 3 conceptos: 1. **INCORPORACION AL 100%**: Labor operativa que identifica que el valor del descuento por nomina corresponde al total del valor pactado de cuota con el cliente. Ejemplo: Valor de cuota pactada 100 pesos, valor de listados entregado por la entidad pagadora 100pesos y valor de recaudo 100pesos. Dicha operación corresponde a una incorporación efectiva. 2. **INCORPORACIÓN MENOR VALOR**: Entiéndase cuando el valor de la cuota pactada con el cliente, no corresponde al 100%, Ejemplo; valor de cuota pactada 100pesos Vs valor recaudado por concepto de préstamo de libranza 80 pesos, allí se considera incorporación por menor valor. 3. **NO INCORPORADO**: Entiéndase cuando el valor de la cuota pactada no llega por recaudo, Ejemplo: cuota pactada 100pesos Vs valor recaudado cero (0), allí se considera NO INCORPORADO.

⁴⁴ CD 3 del 10 al 17 Reserva No. 3.

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION para la Inspección Vigilancia y Control fue clara que en caso de los pagarés siniestrados procedieron a acompañar a los clientes en el proceso de cobro jurídico.

El testimonio anterior entra en contradicción con lo dicho por el señor Jorge Enrique Navas Vengoechea⁴⁵ en su calidad de Vicepresidente Operativo en testimonio de parte recibido por el Delegado para Inspección, Vigilancia y Control el 22 de julio de 2016 quien fue claro en afirmar (Min 36:00) que ante “la posibilidad de algún tipo de desfase coyuntural que mi operador” con la “gran cantidad de liquidez” que poseen se paga a los clientes, de donde se deduce la inexistencia de una política financiera clara, coherente, de sanos parámetros corporativos, y por el contrario, el deseo de crecimiento sin garantías para los clientes o el deseo de ocultar el verdadero modelo de negocio tanto a los clientes, al revisor fiscal y a las entidades de Supervisión.

7.2.2 EL PROCESO PENAL.

Si bien es cierto que en el Estado social de derecho se presume la inocencia, es conveniente traer a colación el comunicado de prensa de la Fiscalía General de la Nación⁴⁶ sobre la imputación a los socios y directivos de la sociedad **ELITE SAS** lo cual constituye un indicio de por lo menos indebida administración de los negocios: Veamos:

“El Juzgado 26 Penal de Bogotá concedió la medida de aseguramiento en centro carcelario solicitada por la Fiscalía, en contra de ex directivos y asociados de la firma captadora ÉLITE International Américas S.A.S., quienes comparecerán en juicio como supuestos responsables de delitos financieros, en los que resultaron presuntamente estafadas más de 6.040 inversionistas.

Los afectados con la medida preventiva son: José Alejandro Navas Vengoechea, Jorge Enrique Navas Vengoechea y Marino Constantino Salgado Carvajal, quienes fueron accionistas de la citada firma entre julio de 2012 y diciembre de 2015. Los tres cumplirán la decisión como presuntos responsables de los delitos de concierto para delinquir, enriquecimiento ilícito, falsedad en documento privado, estafa agravada por la cuantía, lavado de activos y captación masiva habitual de dinero agravado por el no reintegro.

Por su parte, a la miembro principal del Consejo de Administración de la Cooperativa Servicoop de la Costa, Ana Milena Aguirre, le fueron endilgados los delitos de estafa agravada por la cuantía y captación masiva y habitual de dinero.

La sociedad ÉLITE en desarrollo de su objeto social, se dedicada principalmente a la actividad de compraventa de pagarés de libranza a partir de la adquisición de títulos valores provenientes de créditos otorgados, para luego venderlos a diferentes inversionistas denominados clientes.

En consecuencia, se les atribuye la captación ilícita de dinero superior a un billón, 386.000 millones de pesos, los cuales, de acuerdo con elementos materiales de prueba exhibidos por la Fiscalía en las audiencias públicas, habrían sido transferidos a cuentas en el exterior y retornados mediante empresas de fachada.

El delegado de la Dirección de Investigaciones Financieras de la Fiscalía sostuvo que “enviaban dinero mediante supuestas empresas de asesorías técnicas a Nueva York (Estados Unidos), Ciudad de Panamá, (Panamá) y a Montevideo (Uruguay), entre otras”.

También se evidenció que fueron contratadas empresas de asistencia contable desde China para el manejo del presupuesto de la compañía, se realizaron contratos con la firma Mossack Fonseca mediante la cual habrían sido creadas varias empresas de offshore, para hacer el dinero de Colombia, según explicó el fiscal a cargo del caso.

⁴⁵ CC 79444345 de Bogotá.

⁴⁶ <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/asegurados-exdirectivos-y-asociados-de-elite-internacional-s-a-s-por-presunta-captacion-masiva-y-estafa-a-sus-inversionistas/>

Por ejemplo, indicó el delegado de la Fiscalía, en 2014 de ese billón de pesos, fueron ingresados 266.414 millones de pesos a Colombia, mediante empresas financieras de proyectos de construcción de unidades de vivienda en Cartagena (Bolívar) y otras ciudades del país.

Para la captación de dinero, fue conformada una fuerza de ventas en varias ciudades, integrada por 966 personas, las cuales ofrecían créditos mediante descuentos automáticos de libranzas tanto en entidades públicas como privadas.

Entre los hechos delictivos, sostiene la investigación, se ofrecían los títulos valor sin flujo de cartera y que no correspondían a la rentabilidad ofrecida; se hallaron deudores repetidos, había inconsistencias en el valor del crédito, a cientos de pagarés les sumaban números para incrementar la cifra del crédito y el comercio de libranzas que ya habían sido canceladas, se negociaban nuevamente.

“La medida privativa de la libertad se hace necesaria para evitar la no comparecencia a los requerimientos de la administración de justicia, la fuga o la obstrucción al proceso penal”, sostuvo el juez al justificar la decisión.”

Dentro de la investigación, la Dirección Especializada de Investigaciones Financieras de la Fiscalía General de la Nación puso al descubierto que en el caso **ELITE SAS** existieron operaciones de lavado de activos por un monto superior a los 7 millones de dólares.

De los recursos obtenidos ilegalmente de manos de los inversionistas, **ELITE SAS** sacó del país al menos 5 millones de dólares, de los cuales se ha logrado identificar que 2 millones de dólares fueron destinados a empresas de los mismos involucrados.

De igual forma, de acuerdo con la Fiscalía, **ELITE SAS** habría desviado por lo menos 16 mil millones de pesos a 6 empresas fachadas constituidas a nivel nacional.

Celebró además contratos innominados de colaboración con las sociedades AFECAFE S.A.S., New Gaia S.A.S., Serodri S.A.S., R&R Consultores Financieros y Think Cool S.A.S, que pertenecían a los directivos de **ÉLITE SAS** y a sus compañeras sentimentales. También celebraba contratos de cuentas en participación, entre los cuales se destaca uno celebrado entre **ELITE SAS** y el señor Francisco Javier Odriozola Juan, otro directivo de **ÉLITE SAS**⁴⁷.

7.2.3 HECHO DEL REVISOR FISCAL

La tardanza en la intervención de la Superintendencia de Sociedades no tiene origen en omisión o culpa alguna del servidor público, sino en la incuria del revisor fiscal quien tiene dedicación exclusiva, está facultado para tener auxiliares, e incluso para las dimensiones del encargo, debe tener un revisor fiscal suplente⁴⁸.

Así las cosas, en el modelo estándar de diligencia del que se ha hablado, resulta entendible que en una visita de toma de información que se desarrolla en uno o dos días el funcionario de la Superintendencia de Sociedades no se haya percatado de la existencia de doble contabilidad, pero lo que no podrá ser entendible para un Juez de la República es que cargos de dedicación exclusiva como el revisor fiscal, no se haya dado cuenta de las irregularidades de la empresa.

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

⁴⁷ <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/victimas-se-oponen-libertad-de-directivos-de-elite-international-articulo-802255>

⁴⁸ Oficio CTCP 215 del 7 de abril de 1998 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública.

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
Véase como si bien no es posible para el revisor fiscal impedir que se cometan irregularidades al interior de una organización, el acceso permanente a los libros de la compañía y sus resultados hace evidente que, cumpliendo a cabalidad con sus funciones, las irregularidades debieron salir a la luz para tomar los correctivos oportunamente, esto es, comunicar a las entidades correspondientes, y ello nunca ocurrió⁴⁹ o, en el caso de Moore Stephens Scai S.A.⁵⁰, ocurrió muy tarde.

7.2.4. HECHO DE UN TERCERO Y DE LA VÍCTIMA

Los perjuicios reclamados, si son ciertos, no fueron ocasionados por esta Entidad, son atribuibles a los administradores de la sociedad **ÉLITE SAS**, ya que i) no manejaron Normas Internacionales de Contabilidad a pesar de los requerimientos⁵¹ y ii) llevaban las operaciones de compraventa de cartera a cuentas de orden cuando debían ser reflejadas como pasivos.

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

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

Tal y como lo precisó el Tribunal Administrativo del Atlántico⁵² operaciones como las realizadas por el demandante constituyen “(...) **operaciones de crédito de alto riesgo, asumidos libre y deliberadamente por el comprador de cartera, que ahora, con esta temeraria demanda, pretende desplazar hacia el Estado**”.

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

8.1 NUEVAS FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES A RAÍZ DE LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA SOCIAL:

Ahora, con ocasión de la Expedición del Decreto Legislativo 4334 de 17 de Noviembre de 2008, la Superintendencia de Sociedades recibió expresas facultades **extraordinarias y novedosas**, otorgadas al amparo de la Emergencia Social, declarada mediante Decreto Legislativo 4333 de la misma fecha, para ordenar la intervención, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, con atribuciones suficientes para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

⁴⁹ Especialmente con Coveg Auditores SAS y Global Consultant Group SAS.

⁵⁰ Mediante Auto 400-004516 del 16 de febrero de 2017 se ordenó la liquidación judicial como medida de intervención de las personas que fungieron como revisores fiscales de Elite SAS durante su operación, de conformidad con lo dispuesto en el memorando 300-000019 del mismo año, sin embargo, mediante auto 400-0065987 del 6 de abril de 2017 se cambió la intervención del patrimonio por lo recibido como revisor fiscal. Se expresó: “*Tanto Moore Stephens SCAI S.A. como Coveg Auditores S.A.S., incumplieron el deber de informar a la Superintendencia de Sociedades las irregularidades encontradas en el funcionamiento y en la contabilidad de Elite International Américas S.A.S. Coveg Auditores S.A.S. nunca lo hizo y Moore Stephens SCAI S.A. solo procedió en consecuencia a partir del 31 de mayo de 2016, fecha en la que se realizó la diligencia de toma de información de la Superintendencia de Sociedades*”. (Consultar 2017-01-165643).

⁵¹ Oficio radicado con el número 2016-01-305125 del 2 de junio de 2016

⁵² Tribunal Administrativo del Atlántico Sección A Sentencia del 29 de abril de 2018 Rad. 08001-33-33-001-2017-00119-01

Es de resaltar que desde antes de la vigencia del referido decreto, las facultades ordinarias de la Superintendencia de Sociedades, arriba mencionadas, han estado relacionadas **exclusivamente** con lo que ha dado en calificarse como un control subjetivo, dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, sin que le sea posible con base en sus facultades de inspección, vigilancia y control regular la actividad misma de las empresas, porque nunca ha tenido control objetivo, como sí lo tienen otros entes de supervisión.

En concordancia con lo anterior, cabe mencionar que respecto a la intervención, control, investigación y sanción de las personas naturales y jurídicas de derecho privado que sin contar con autorización previa desarrollaron las actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público, la Superintendencia de Sociedades hasta el 17 de noviembre de 2008, **CARECÍA EN ABSOLUTO DE FACULTADES ORDINARIAS**, para intervenir, investigar y sancionarlos.

Pero cuando ya se tuvieron las atribuciones legales suficientes, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** actuó eficazmente en el control y la erradicación de las prácticas no autorizadas en todo el territorio nacional.

Antes de la vigencia de esta normatividad, la supervisión sobre la actividad de captación ilegal no correspondía en absoluto a Supersociedades. No obstante, es claro que las autoridades demandadas, entre las cuales se encuentra ésta, no han causado daño directo, ni indirecto, a las víctimas de este fenómeno, como quiera que tales entidades simplemente se han limitado a ejercer sus competencias **regladas** frente a una actividad irregular de captación masiva de recursos del público, facultades que resultaron insuficientes, de tal suerte que se hizo necesaria la expedición de una normatividad excepcional para combatir el creciente fenómeno de los captadores ilegales.

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

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

Es pertinente señalar que, para los eventos cómo el que nos ocupa, se ha previsto un procedimiento privativo, expedito y excepcional que debe efectuarse por quién ha 'invertido' en una compañía que ha captado ilegalmente dineros del 'público. Ello es conocido por los afectados, y en el caso del demandante ellos se han hecho parte de ese proceso de liquidación judicial y en tal sentido han sido aceptados al mismo.

De lo anterior claramente se tiene que como se trata de actuaciones contractuales realizadas por los 'afectados', para su resarcimiento deben acudir a este procedimiento en el que la que responde es la Sociedad en este caso **ÉLITE SAS** en liquidación judicial y no la entidad que represento.

10. PETICIÓN ANTES DE TIEMPO.

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
Conforme lo aceptado por el demandante, se hizo parte del proceso de liquidación judicial y dicho procedimiento se halla aún en trámite en este momento, cuanto más cuando se presentó la demanda.

En este punto es pertinente volver al estudio del primero de los elementos de la responsabilidad del estado, para precisar que en sentido estricto el daño es fenómeno o hecho, el que puede ser calificado o no por cada ordenamiento jurídico como antijurídico dependiendo de las circunstancias. No sucede lo mismo con el perjuicio, el cual tiene a su vez una connotación económica de la persona que ha sufrido el daño antijurídico⁵³. “El daño es el presupuesto de la responsabilidad, pero el perjuicio es el presupuesto de la indemnización”⁵⁴.

En este sentido, al encontrarse en marcha el proceso de intervención de la sociedad **ELITE SAS** y demás representantes legales y beneficiarios, la indemnización solicitada es una verdadera especulación.

A la fecha al señor Andrés Gil de los \$44.559.664 m/cte. aceptados, se ha devuelto parte del dinero en 6 oportunidades⁵⁵, de tal forma que solo se debe la suma de \$26.844.365,24 m/cte. de los 165.127.866 m/cte. invertidos, pues no se puede olvidar que \$120.568.202 m/cte. fueron pagados por la operación de **ELITE SAS** antes de la intervención.

11. INEXISTENCIA DE DAÑO CON CARACTERÍSTICA DE ANTIJURÍDICO.

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

Es así como reza el aludido artículo:

*‘El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este’.*

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

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

“RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño antijurídico. Imputación / DAÑO ANTIJURIDICO – Características

⁵³ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 170-171.

⁵⁴ “La indemnización de los perjuicios extra patrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia” Diana Rueda Prada. Tesis de Maestría en Derecho (énfasis en Derecho Público) URosario. 2014

⁵⁵ 1ra devolución \$1.570.783,76 m/cte.; 2da devolución \$7.062.407 m/cte., 3ra devolución \$1.000.000 m/cte., 4ta devolución \$3.509.248 m/cte., 5ta devolución \$2.572.860 m/cte. y 6ta \$2.000.000 m/cte. para un total de \$17.715.298,76 m/cte.

El precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución" (...) debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos". Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida." (Fallo 20144 de 2011 Consejo de Estado).

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

12. COMPENSACIÓN.

En el esporádico caso que se encuentre un título de imputación por medio del cual se encuentre a la Superintendencia de Sociedades responsable administrativa y extracontractualmente de la pérdida de dinero del demandante en la adquisición de pagarés libranza con la sociedad **ELITE SAS** o el lucro cesante respecto las utilidades, solicito que todos los valores que sean entregados dentro del procedo jurisdiccional de devolución de dinero que actualmente se adelanta de conformidad con el Decreto 4334 de 2008 sean imputados a la condena que se declare y se liquide en el momento procesal oportuno.

13. SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD.

Teniendo como referencia ⁵⁶ el alcance que le ha dado el máximo Tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la figura de la prejudicialidad, solicito que el presente proceso se suspenda hasta que la entidad que represento a través de la Delegatura de Procesos de Insolvencia que conoce de la Liquidación Judicial como medida de intervención de las sociedad que realizaron captación ilegal de dineros del público dé por terminado proceso jurisdiccional aludido.

La anterior solicitud tiene como fundamento el hecho que al encontrarse apenas desarrollándose el proceso jurisdiccional de Liquidación judicial como medida de intervención, la procedencia del decreto de la prejudicialidad se finca en que de conformidad con el decreto 4333 de 2008 la Superintendencia de Sociedades ejerce funciones jurisdiccionales y en ese sentido, desarrolla un proceso que si bien no es indemnizatorio, es resarcitorio, aspecto que tiene una incidencia directa en la sentencia que se pretenden y en el "daño" como primer elemento de la responsabilidad extracontractual del estado.

Con el Decreto 4334 de 2008 se protege de manera inmediata con el propósito de devolución de efectivo, ya que por ministerio de la ley se hace una determinación en el sentido de que se presume que todos los bienes y haberes en posesión de la empresa y de las personas naturales intervenidas son fruto de la operación de captación no autorizada y, por consiguiente, están afectos a que sirvan para la devolución de los afectados de manera inmediata, para lo cual se prevé un procedimiento ágil y efectivo.

Existe un inventario valorado del proceso de liquidación que en el momento se desconoce si es definitivo, ya que es posible que la entidad vincule nuevas personas al proceso de intervención o se gestione por parte del auxiliar de la justicia nuevos dineros, de manera

⁵⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Sentencia del 22 de noviembre de 2017. Rad. No. 25000-23-37-000-2014-01076-02.

ELITE INTERNATIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION
que el perjuicio fundamento de la reparación del Estado que se pretende en este momento es indeterminado porque el proceso de devolución de los intervenidos no sólo no ha terminado, sino que sobre él no se desprenden conclusiones definitivas.

La imposibilidad de que se genere un enriquecimiento sin causa en favor del demandante es una razón adicional para que se ordene la suspensión inmediata del proceso por prejudicialidad de conformidad con el artículo 161 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA.

VIII. PRUEBAS

Respetuosamente solicito al señor Juez decretar y tener como prueba los siguientes documentos:

a. Documentales.

- a. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad **ÉLITE SAS**.
- b. Copia del Expediente Administrativo relacionado con el proceso administrativo de supervisión de la sociedad **ÉLITE SAS**.
- c. Copia del Expediente Judicial relacionado con los procesos de insolvencia e intervención de la sociedad **ÉLITE SAS** y demás sociedades vinculadas al amparo de la ley 1116 de 2006 y los decretos 4333 y 4334 de 2008.
- d. Copia de los documentos claves judiciales y administrativos.

b. Testimoniales:

- Solicito se llame a declarar en la hora que disponga el despacho al doctor **ANDRES PARIAS GARZON** quien en su calidad de entonces Superintendente Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control depondrá sobre los hechos de la demanda y de la contestación de la misma y los demás que le consten.
- Solicito se llame a declarar en la hora que disponga el despacho a la doctora **MARÍA MERCEDES PERRY** quien en su calidad de Agente Interventora de la sociedad **ELITE SAS** depondrá sobre los hechos de la demanda y de la contestación de la misma y los demás que le consten.

c. Oficios:

- Solicito de **OFICIE** a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la nación y/o a la Oficina de Apoyo del Sistema Penal Acusatorio para que aporte al proceso copia de la actuación penal adelantada, (la audiencia de imputación, audiencia de acusación y fallo, si los hubiere) por los delitos de concierto para delinquir, falsedad en documento privado, estafa agravada continuada, captación masiva y habitual de dineros del público, no reintegro producto de la captación, enriquecimiento ilícito y lavado de activos a los socios y directivos de **ELITE SAS** señores José Alejandro Navas Vengoechea, Jorge Enrique Navas Vengoechea y Marino Constantino Salgado.

d. Interrogatorio:

- Solicito de escuche en interrogatorio de parte al demandante con el fin que absuelvan el interrogatorio que adjuntare antes de la diligencia que sea señala para tal fin por el Despacho.

IX. PETICIÓN ESPECIAL

El artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 por medio de la cual se regula el Derecho fundamental de Petición contempla que sólo tendrán el carácter de reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la



ELITE INTERNACIONAL AMERICAS S.A.S., EN LIQUIDACION JUDICIAL COMO MEDIDA DE INTERVENCION ley, en lo pertinente: "(...) 4. *Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación.* 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008. 6. *Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.* 9. *Los amparados por el secreto profesional.* (...) "(Énfasis añadido)

Si bien la reserva no aplica a las autoridades jurisdiccionales, en cumplimiento de la ley 1266 de 2008⁵⁷ se presenta en su integridad los expedientes administrativo y judicial que a la fecha de la contestación de la demanda reposa en los archivos de la Superintendencia de Sociedades por que el contenido de los mismos resulta "necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial"⁵⁸, lo cual involucra tanto los derechos de la parte actora como la entidad que represento.

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

X. NOTIFICACIONES

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

De la señora Juez,

⁵⁷ Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones

⁵⁸ Artículo 6 de la ley 1581 de 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales".



MUÑOZ CADAVID ANDRES JOSE
FUNCIONARIO

TRD: