SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Al contestar cite el No. 2021-01-107584

Tipo: Salida Fecha: 05/04/2021 04:26:09 PM
Trámite: 9002 - CONTESTACION DEMANDA
Sociedad: 900496573 - OPTIMAL LIBRANZAS S Exp. 76809
Remitente: 221 - GRUPO DE DEFENSA JUDICIAL
Destino: 79790730 - juzgado 38 administrativo de Bogota
Folios: 63 Anexos: NO
Tipo Documental: OFICIO Consecutivo: 221-036494

SEÑORES
JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTA D.C.
Doctor ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co
Carrera 57 No. 43-91
BOGOTÁ, D.C.

Acción:	**REPARACIÓN DIRECT**
Radicado No:	**11001333603820200005700**
Demandante:	**JAIME ANTONIO ESTRADA FLOREZ**
Demandados:	**SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y OTRA**
Juez:	**ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE**
Asunto:	**CONTESTACION DEMANDA**

CESAR JULIO GALLO MÁRQUEZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.419.299 de Usaquén, portador de la tarjeta profesional No. 242.764 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de la Superintendencia de Sociedades, según poder que adjunto y conforme al cual solicito con el debido respeto se me reconozca personería jurídica, estando dentro del término legal procedo a dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA,** en los siguientes términos:

I. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones que atañen a la Superintendencia de Sociedades, por lo que solicito se denieguen en su totalidad, ya que conforme se demostrará, esta entidad realizó las actuaciones que le eran propias y que se hallan regladas frente a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención.

En el año 2013, debido a diferentes quejas trasladadas a esta Entidad mediante radicados Nos. 2013-01-207741 y 2013-01-209902 por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta Superintendencia procedió1 a realizar las gestiones tendientes a verificar la veracidad de tales quejas y se dispuso realizar una primera diligencia de toma de información a la Sociedad.

No obstante, al dirigirse los funcionarios comisionados a las instalaciones de la Sociedad, encontraron que la Superintendencia Financiera de Colombia adelantaba también una toma de información derivada de las mismas denuncias, razón por la cual se decidió solicitar el informe de la visita adelantada por la Superintendencia Financiera.

Con base en lo anterior, mediante radicaciones Nos. 2014-01-096526 y 2014-01-113129 del 27 de febrero y 10 de marzo de 2014, la Superintendencia Financiera de Colombia remitió el informe de la visita de inspección realizada por esa Entidad a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, dentro del cual, entre otros aspectos se estableció que las entidades originadoras que figuraban como proveedoras de cartera de la Sociedad, dentro de las cuales se encontraban las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S y LIBRANZAS GROUP SAS, realizaron una cesión de derechos a OPTIMAL

[1] Credenciales 420-00232 del 2 de julio de 2013 y 306-00271 del 3 de agosto de 2016

LIBRANZAS S.A.S, mediante un documento denominado “Cesión de Contratos de Compraventa” cuya finalidad era que la sociedad, adquiriera directamente de las cooperativas los “pagarés - libranza” y los flujos que estos generaran.

A mediados del año 2016 y en el transcurso del año 2017, clientes compradores de cartera de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. inician a radicar solicitudes de información y quejas sobre esta sociedad, la Superintendencia de Sociedades realizar una nueva diligencia de toma de información a la Sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Del análisis de la operación de la Sociedad2, así como de las diferentes quejas presentadas por los compradores de cartera ante la entidad, y de las verificaciones realizadas con las pagadurías respecto a algunos de los créditos que hacían parte de la cartera comercializada, logró evidenciarse que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., actuando como intermediaria entre las entidades operadoras de libranza originadoras de esa cartera y sus clientes, recibió masivamente recursos de terceros por la venta de una cartera materializada en pagarés-libranza que resultó ser inexistente en algunos casos, y que no fue inscrita ante la entidad pagadora respectiva para su descuento, como fue reportado a la entidad, encontrándose así incursa en hechos objetivos de captación o recaudo de dinero del público no autorizado a la luz de lo establecido en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008.

Atendiendo a lo anterior, la entidad ordenó3, a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva y posteriormente, adopta la medida de intervención mediante toma de posesión como medida de intervención, de los bienes, haberes y patrimonio de la sociedad4.

En cuanto a las pretensiones del señor JAIME ANTONIO ESTRADA

A LA PRIMERA. - Al ser una pretensión de una entidad diferente a mí defendida, no realizare manifestación alguna.

A LA SEGUNDA. - Me opongo, por cuanto la Superintendencia de Sociedades realizo las actuaciones respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención, dentro del marco de sus funciones de inspección, vigilancia y control que le otorga la ley, tal como se demostrará en la presente contestación de demanda.

A LA TERCERA, 3.1., 3.2, 3.1.1, 3.2.1 Y A LA QUINTA - Me opongo, por cuanto la Superintendencia de Sociedades al actuar en estricto cumplimiento de la ley y de sus funciones, no genero daño antijurídico alguno que deba ser reparado.

A LA CUARTA, 4.1, 4.2, 4.1, 4.1.1 y 4.2.1 - Al ser pretensiones de una entidad diferente a mí defendida, no realizare manifestación alguna.

II. A LOS HECHOS

En cuanto a los hechos del señor JAIME ANTONIO ESTRADA

AL PRIMERO – No me consta, sin embargo, de la revisión de la demanda y sus anexos se deduce que efectivamente el demandante fue contactado por la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

AL SEGUNDO – No me consta, al ser actuaciones realizadas respecto de un negocio privado que realizo el demandante de manera libre y espontánea.

---

[2] Radicados 2014-01-096526 y 2014-01-113129 del 27 febrero y 10 de marzo de 2014 (Informes Super Financiera).
[3] Resolución No. 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Adopta medida de Intervención Administrativa
[4] Auto No. 400-005087 del 13 de abril de 2018 Ordena Toma de Posesión

AL TERCERO – No me consta, revisados los anexos de la demanda, en los cuales se relacionan los contratos suscritos por el demandante con la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención, no se evidencia cual era la rentabilidad ofrecida, por lo cual me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL CUARTO – Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no me referiré al respecto, por lo tanto, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.

AL QUINTO – No me consta, revisado el sistema de gestión documental de la Superintendencia de Sociedades, con el número de cédula del demandante, no se observa que haya allegado solicitud alguna en nombre propio pidiendo información de la sociedad OPTIMAL LIBRANZA SAS, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado dentro del proceso.

AL SEXTO, 6.1, SÉPTIMO, 7.1, OCTAVO, NOVENO, DÉCIMO, DÉCIMO PRIMERO Y DÉCIMO SEGUNDO – No me constan, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL DÉCIMO TERCERO – Es cierto, precisando que la citada Resolución ordenó a la sociedad Optimal Libranzas S.A.S, entre otros, suspender inmediatamente las operaciones de captación masiva, conforme a las razones allí expuestas.

AL DÉCIMO CUARTO – En la forma en que se encuentra redactado, se observa que es una apreciación subjetiva que hace el apoderado de la parte demandante.

AL DÉCIMO QUINTO – Tal como está redactado no es un hecho, sino una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora.

AL DÉCIMO SEXTO – Es cierto.

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

AL DÉCIMO OCTAVO – No es cierto, la Superintendencia de Sociedades, una vez tuvo conocimiento de las quejas y solicitudes de algunos de los afectados, procedió a adoptar las medidas de investigación a la sociedad Optimal Libranzas S.A.S, conforme a las facultades que le otorga la ley, hasta culminar con la toma de posesión como medida de intervención de la misma.

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

AL VIGÉSIMO – Al ser un documento que expide la Cámara de Comercio, me atengo a lo descrito en el mismo.

AL VIGÉSIMO PRIMERO – Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no realizare ningún pronunciamiento al respecto, por lo tanto, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL VIGÉSIMO SEGUNDO – Como se indicó en el hecho 5, no me consta, toda vez que revisado el sistema de gestión documental de la Superintendencia de Sociedades, con el número de cédula del demandante, no se observa que haya allegado solicitud alguna en nombre propio pidiendo información de la sociedad OPTIMAL LIBRANZA SAS, por lo tanto, me atengo a lo que resulte probado dentro del proceso.

AL VIGÉSIMO TERCERO – Al ser una norma, me atengo a lo que en ella se establezca.

AL VIGÉSIMO CUARTO, VIGÉSIMO QUINTO, VIGÉSIMO SEXTO Y VIGÉSIMO SÉPTIMO – No me constan, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL VIGÉSIMO OCTAVO – El número aludido corresponde a la Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017, en lo demás me atengo a lo descrito en la misma.

AL VIGÉSIMO NOVENO Y TRIGÉSIMO – Al ser la transcripción de normas, me atengo a lo que en las mismas se establezca.

AL TRIGÉSIMO PRIMERO – No es cierto, por cuanto la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de las facultades que le otorga la ley, adelantó las investigaciones del caso, con las cuales finalmente se pudo establecer la captación ilegal de dinero de Optimal Libranzas S.A.S. por lo cual ordenó la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva de dinero del público.

AL TRIGÉSIMO SEGUNDO – No es cierto, a raíz de las primeras quejas radicadas en el año 2016 en la entidad, la Superintendencia de Sociedades, dio traslado de las mismas al Representante Legal a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención y lo requirió para que informara de la respuesta a las mismas, de igual manera, en el mismo año se inició con las primeras investigaciones administrativas, se solicitó información de la sociedad, se realizaron las respectivas visitas por parte de la entidad, lo cual dio lugar a ordenar la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva de dinero del público y posteriormente la toma de posesión como medida de intervención.

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

AL TRIGÉSIMO TERCERO – Al ser un hecho que no corresponde a mi defendida, no realizare ningún pronunciamiento al respecto, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL TRIGÉSIMO CUARTO, 34.1, 34.2, 34.3, 34.5, 34.6, 34.7 y 34.8.–. No me consta sobre las investigaciones que realizó el demandante, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL TRIGÉSIMO QUINTO – No es cierto, como se indicó en los hechos 5 y 22, una vez revisado el sistema de gestión documental de la Superintendencia de Sociedades, con el número de cédula del demandante, no se observa que haya allegado solicitud alguna en nombre propio pidiendo información de la sociedad OPTIMAL LIBRANZA SAS, por lo tanto, no se le emitió concepto sobre la legalidad de la sociedad al demandante, en ese sentido, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.

AL TRIGÉSIMO SEXTO.–. No es cierto, son apreciaciones subjetivas por parte del apoderado de la parte demandante, carentes de prueba, ya que como se manifestó en hechos anteriores la Superintendencia de Sociedades una vez tuvo conocimiento de las quejas de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención, actuó de manera oportuna, interviniendo administrativamente y ahora en toma de posesión como medida de intervención, evitando que continuara con la práctica ilegal de captación de dinero del público.

AL TRIGÉSIMO SEPTIMO - No es cierto, en el año 2016 cuando inician las quejas de falta de pago de los inversionistas de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención, ante la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Financiera de Colombia, es que se inician investigaciones administrativas muy meticulosas, enfocadas a establecer como es el negocio jurídico que ofrece la empresa y como efectivamente se está ejecutando, es por ello que al encontrar irregularidades se ordena la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva de dinero del público y finalmente al encontrar las pruebas de la captación, a ordenar la toma de posesión como medida de intervención.

III. OBJETO DE LA LITIS

Pretende la parte actora sin mayores fundamentos, se declare responsable administrativamente a las demandadas por presunta falta de inspección, vigilancia y control sobre la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S,** permitiendo que se causaran

perjuicios en el patrimonio económico de los demandantes; y como consecuencia, se les indemnice por el capital entregado.

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA

4.1 CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

4.1.1. FUNCIONES DE SUPERVISIÓN

Las funciones administrativas de supervisión sobre las sociedades, empresas unipersonales de tipo comerciales y sucursales de sociedades extranjeras, que corresponden a la Superintendencia de Sociedades, se derivan de lo previsto en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, que le asigna al Presidente de la República "*Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.*" la función de: "*(…) ejercer de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles (…)"*.

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

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

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

A) La INSPECCIÓN consiste en la atribución para "*(…) solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, o sobre operaciones específicas de la misma. En desarrollo de esta atribución, la Superintendencia de Sociedades puede practicar investigaciones administrativas a esas sociedades"*. (Ley 222 de 1995, artículo 83).

B) La VIGILANCIA consiste en la atribución "*(…) para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, que se encuentren incursas en las taxativas causales de vigilancia establecidas en las normas vigentes, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos. (…)*" (artículo 82 de la Ley 222 de 1995). El sometimiento a vigilancia puede ser determinado por el Presidente de la República o bien por el Superintendente de Sociedades cuando del análisis de las informaciones recabadas en ejercicio de las funciones de inspección establezca que una sociedad incurre en alguna de las irregularidades previstas en la ley, entre otras consideraciones establecidas en la mencionada disposición.

C) El CONTROL, consiste en la atribución "*(…) para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad no vigilada por otra superintendencia, cuando*

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

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

En efecto, el Decreto 1074 de 2015 le asigna a la entidad competencias en materia societaria, al establecer en su artículo 1.2.1.1 que la Superintendencia de Sociedades *"Tiene como objetivo la preservación del orden público económico por medio de las funciones de fiscalización gubernamental sobre las sociedades comerciales y ejercer las facultades jurisdiccionales previstas en la ley, tanto en el ámbito de la insolvencia como en el de los conflictos societarios"*. En el mismo sentido, el artículo 24 numeral 5 del Código General del Proceso establece que la Superintendencia de Sociedades cuenta con facultades jurisdiccionales para conocer acerca de diferentes circunstancias de naturaleza societaria.

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

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

4.1.2. SUPERVISIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA

La supervisión ejercida por la Superintendencia de Sociedades es de naturaleza subjetiva, según lo han señalado en repetidas oportunidades el Consejo de Estado y la Corte Constitucional[5].

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

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

---

[5] La Superintendencia de Sociedades, salvo en los casos de actividades multinivel y en las Sociedades Administradoras de Planes de Autofinanciamiento Comercial, tiene supervisión integral, es decir, objetiva y subjetiva.

[6] 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]

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

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

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

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

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

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

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

La regulación prudencial o regulación preventiva ha sido definida como aquella que "(…) *se ocupa de asegurar la solvencia y la liquidez de las instituciones bancarias, así como la diversificación de los riesgos financieros en la adquisición del negocio bancario, para evitar su colapso (…)".* Ha escrito Enrique Marshall que *" (…) ésta comprende un*

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

conjunto de disposiciones orientadas a asegurar la correcta asignación de los recursos financieros y a impedir la asunción de riesgos excesivos y su posterior trasferencia, sin la voluntad explícita de las partes o sin una adecuada compensación económica, de las instituciones bancarias a los depositantes y de éstos a toda la sociedad (…)"[9].

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1.2.1. SUPERVISIÓN DE SOCIEDADES OPERADORAS DE LIBRANZA

4.1.2.1.1. Normativa aplicable

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

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

Así las cosas, se concluye de las mencionadas normas, que la vigilancia de las entidades operadoras que ejercen actividades de libranza corresponde, ya sea, a la Superintendencia Financiera, de Economía Solidaria o Sociedades**, según la naturaleza de la entidad operadora, más no frente a la actividad que desarrolla en sí misma considerada (criterio objetivo).** Esta división de funciones confirma que la supervisión conferida por dicha ley tiene un carácter puramente subjetivo y, por ende, la superintendencia correspondiente podrá ejercer atribuciones sobre el ente como sujeto y no sobre la materia o actividad a la que se dedica[12].

De otra parte, es importante señalar que la Ley 1527 de 2012, no asignó funciones de supervisión sobre las **sociedades comercializadoras de libranzas**, sino tan sólo de las **operadoras de libranza**[13]. Así, sólo estarán sometidas a vigilancia de la Superintendencia las sociedades comercializadoras de libranza que se encuentren en los casos previstos en la Ley o en decretos reglamentarios para estar vigiladas.

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

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

El Decreto 2669 del 2012, *"Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5° del Decreto 4350 del 2006 y se dictan otras*

---

[11] Artículo 10 de la Ley 1527 de 2012.
[12] Cfr. Jurisprudencias del Consejo de Estado y Corte Constitucional en el acápite referente a la supervisión subjetiva y objetiva.
[13] Artículo 2º, definiciones, literal c): "Entidad operadora. *es la persona jurídica o patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil que realiza operaciones de libranza o descuento directo, por estar autorizada legalmente para el manejo del ahorro del público o para el manejo de los aportes o ahorros de sus asociados, o aquella que, sin estarlo, realiza dichas operaciones disponiendo de sus propios recursos o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. En estos casos deberá estar organizada como Instituto de Fomento y Desarrollo (Infis), sociedad comercial, sociedades mutuales, o como cooperativa, y deberá indicar en su objeto social la realización de operaciones de libranza, el origen lícito de sus recursos y cumplir con las demás exigencias legales vigentes para ejercer la actividad comercial. Estas entidades operadoras estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades".*

disposiciones", dispuso que el mismo se aplicaría a aquellas sociedades que tuvieran como objeto exclusivo la actividad de *factoring* y, en consecuencia, indicó que:

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

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

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

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

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

f) Los factores constituidos como sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera y que, además, demuestren haber realizado operaciones de factoring en el año calendario inmediatamente anterior, por valor igualo superior a treinta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (30.000 SMLMV) al corte del ejercicio.
g) Los factores constituidos como sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera y que además hayan realizado dentro del año calendario inmediatamente anterior contratos de mandato específicos con terceras personas para la adquisición de facturas, o que tengan contratos de mandato específicos vigentes al corte del ejercicio del año calendario inmediatamente anterior. En este caso, la vigilancia se mantendrá mientras dichos contratos estén vigentes o se estén ejecutando.

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

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

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

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

En este contexto, la SUPERVISIÓN ejercida por la Superintendencia de Sociedades sobre la entonces sociedad operadora de libranza OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, se encontraba circunscrita a la "*verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica*", en los términos señalados

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

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

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

4.1.2.1.1.1 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, como prueba del debido cumplimiento de las atribuciones legales que le correspondían; a saber:

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

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

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

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

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

D) Se impartieron órdenes de desmontar la operación hasta cumplir con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 a dos (2) sociedades, en julio de 2016, debido a los hallazgos realizados por esta Superintendencia.

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

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

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

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

I) Así, también, se remitió información a la Gobernación de Córdoba sobre los hallazgos obtenidos con relación a la Corporación de Inversiones de Córdoba COINVERCOR, identificada con NIT 900.297.634 (oficio 300-177115del 15 de septiembre de 2016), para los mismos fines que los mencionados en el numeral anterior.

J) Se llevaron a cabo diligencias de toma de información a sesenta y nueve (69) sociedades.

4.1.2.2. FUNCIONES DE INTERVENCIÓN POR CAPTACIÓN ILEGAL DE DINERO

4.1.2.3. DECRETO LEY 4334 DE 2008

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

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

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

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

permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades (artículo 2º del Decreto Ley 4334 de 2008.

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

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

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

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

Las medidas de intervención administrativa fueron descritas de la siguiente manera[15]:

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

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

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

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

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

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

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

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

[15] Artículo 7º del Decreto 4334 de 2008

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) La ocurrencia de hechos objetivos o notorios que indiquen captación masiva de recursos del público, sin autorización estatal, encubierta en operaciones aparentemente legales.

B) La ausencia de contraprestación en bienes o servicios presentes o futuros que justifiquen la inversión o, aun existiendo tal contraprestación, que no cuente con explicación financiera razonable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de determinar qué persona o sociedad desplegaba la captación masiva y habitual de recursos del público.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a la posibilidad que tiene el Estado de intervenir la economía, la Sala advirtió de manera insistente que no existe certeza sobre los efectos positivos de dicha medida, más allá de los que, con la adopción de las medidas como la toma de posesión y posterior liquidación, se haya logrado. Lo anterior tiene lógica, en tanto que el Estado no puede cada vez que detecta algo **inusual** proceder a adoptar medidas de intervención, pues terminaría afectando el mercado y la libertad económica, a tal punto que la gente se abstendría de invertir.

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

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

> *"(…)Ahora bien en cuanto a las funciones de inspección de la Superintendencia Financiera, el Consejo de Estado ha sostenido para casos análogos que "El ente de control no puede responder por el incumplimiento que de su mandato hizo la sociedad vigilada frente a su cliente al no realizar las intervenciones ordenadas, pues advierte la sala,* ***que la función de supervisión de la superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los accionistas y/o***

inversionistas contra cualquier pérdida y tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector por parte de las entidades que desarrollas ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado*(…)".* (El resaltado es fuera del texto).

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

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

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

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

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

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

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

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

Concluye la sentencia que "(…) *la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor*"[16].

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a dichas funciones en cabeza de las Superintendencias, su fundamento y a las responsabilidades que de ella se podrían derivan, el Consejo de Estado ha precisado[17]*:*

"(...) Las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las superintendencias, en general y de la Superintendencia de Sociedades, en particular, encuentran fundamento constitucional, en el marco de la Carta Política vigente con anterioridad al ano de 1991, en lo que preceptuaba el numeral 15 del artículo 120, por cuya virtud correspondía al Presidente de la Republica "ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes", mientras que en el contexto de la Constitución Política actualmente vigente son los ordinales 8 y 19 del artículo 150 de la Constitución, en armonía con lo previsto en los numerales 24 y 25 del artículo 189 ibídem, las disposiciones que prevén que

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

corresponde al Congreso de la Republica expedir las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas que realicen o desarrollen las actividades financiera, bursátil, aseguradora o cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, así como sobre las entidades cooperativas y sociedades mercantiles; tales atribuciones comportan, como lo ha explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado, el ejercicio tanto del poder de policía cuanto de la función de policía.

(…) Las actividades de inspección, vigilancia y control por parte del Estado respecto de las sociedades comerciales comenzaron a ser realizadas en relación con las sociedades anónimas habida consideración de la característica que a ese tipo societario resulta consustancial: la limitación total de la responsabilidad de los asociados a sus respectivos aportes; dicha particularidad inherente a la sociedad anónima fue concebida como una concesión o privilegio reconocido por el Estado para facilitar y estimular la vinculación de inversionistas a empresas grandes y no siempre promisorias, como ocurrió con las Compañías Holandesas de las Indias Orientales de principios del siglo XVII. Empero, la anotada limitación de la responsabilidad —que permitió la representación del interés de los socios en títulos negociables, de modo que se facilitara tanto su circulación como la vinculación de toda clase de inversionistas— al propio tiempo condujo a granjearle a la sociedad anónima un ambiente de cautela y de prevención en las legislaciones comerciales, en las cuales empezaron a ser consagrados mecanismos de la más diversa naturaleza encaminados a conjurar los peligros que esa responsabilidad limitada entrañaba, como se expresó abiertamente en la exposición de motives del Código de Comercio de Napoleón, al señalar que (...)

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

Ahora bien, las potestades de inspección, vigilancia y control ejercidas por la Administración Publica respecto de diversos ámbitos de la actividad que despliegan los particulares ha sido catalogada como una de las modalidades de la denominada función de policía administrativa o actividad administrativa de coacción, conceptualizada esta por la doctrina como "el conjuro de medidas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública"[18] y las superintendencias tienen entonces a su cargo el ejercicio de una modalidad de la policía administrativa, cual es la función de inspección, vigilancia y control de diversos ámbitos de actividad de las personas, en los precisos términos dispuestos por la ley o por la correspondiente delegación o desconcentración de funciones atribuida en principio al Presidente de la República, legalmente autorizadas."

(…)

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

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

En primer lugar, advierte este Tribunal como bien lo sostuvo A quo, que la actividad de la empresa Global Brokers no coincide, con una operación descrita en la ley como de

[18] Fernando Garrido Falla.

crédito o financiera, por tanto, no era una actividad que debiera ser controlada por la Superintendencia financiera, a partir de la función de prevención u otra, por cuanto en la actividad mercantil estipulada al momento de su constitución, que es la que determine en si su comportamiento, de conformidad con las disposiciones del Código de comercio y normativa citada, no se encontraba cobijada.

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

Es del caso precisar que, la actividad financiera implica per se ciertos riesgos, así lo ha decantado el Consejo de Estado al señalar que[19]:

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

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

• Riesgo de crédito: Es la posibilidad de que una entidad incurra en pérdidas y se disminuya el valor de sus activos, a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones por parte de alguno de sus deudores.
• Riesgo de liquidez: Es la posible pérdida que puede tener una entidad por el incumplimiento de sus obligaciones cuando estas se tornan exigibles; la entidad no está capacitada para soportar una caída de los fondos, un incremento de activos ni sufragar sus propios gastos operativos.
• Riesgo de mercado: Posibles pérdidas asociadas con la disminución del valor de los portafolios de la entidad, la caída del valor de las carteras colectivas o fondos que administra, por el efecto de los cambios en el precio de los instrumentos financieros en los que se mantienen posiciones dentro o fuera del balance.
• Riesgo operativo: Es la posibilidad de incurrir en pérdidas por deficiencias o fallas en el recurso humano, los procesos, la tecnología, la infraestructura o por la ocurrencia de acontecimientos externos.
***Riesgo de lavado de activos:** La posible pérdida de la entidad por ser utilizada, directamente o a través de sus operaciones, para el lavado de activos o la canalización de sus recursos hacia la realización de actividades terroristas, o cuando se presenta el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades.*
• Riesgo de suscripción: Posibilidad de incurrir en pérdidas como consecuencia de políticas y prácticas inadecuadas en el diseño de productos o en la colocación de los mismos.
• Riesgo de reserves técnicas: Es la posibilidad de pérdida por subestimar el cálculo de las reservas técnicas y otras obligaciones contractuales, tales como la participación de utilidades, el pago de beneficios garantizados, entre otras.
• Riesgo legal: Posibilidad de pérdida por la imposición de sanciones o multas o por la existencia de una obligación de pagar por danos ocasionados por el incumplimiento de normas o regulaciones.
• Riesgo estratégico: La posible pérdida por la imposibilidad de la administración para adaptarse a los cambios de las condiciones de los negocios, el desarrollo de los productos y la implementación de planes de negocios exitosos.
• Riesgo reputacional: La posibilidad de pérdida en que incurre una entidad por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa - cierta o falsa - respecto de la entidad y sus prácticas de negocios.

No obstante, la responsabilidad del Estado en tratándose de las funciones a su cargo en materia de inspeccionó, vigilancia y control de las actividades desarrolladas por las sociedades comerciales, se circunscribe a realizar todas las

[19] Ibidem.

gestiones y a adoptar todas las decisiones que el ordenamiento jurídico posibilita con el fin de encausar el quehacer de las compañías vigiladas al ordenamiento jurídico y a sus propios estatutos, sin que dicha responsabilidad se extienda, per se, a la garantía de las pérdidas sufridas o de las utilidades es peradas por los usuarios o clientes de las empresas en cuestión.

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

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

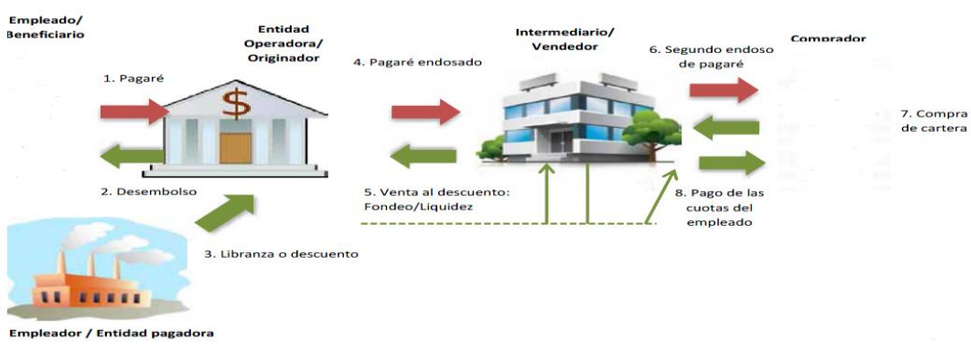
Deviene de lo expuesto la imposibilidad para esta Corporación de irrogarle el hecho dañino a alguna de las entidades demandas, habida consideración que ***en este caso en particular no pudo establecerse que la parte demandada no obro adecuadamente, es decir, como una administración negligente, por lo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

4.2. DEL CASO ESPECÍFICO DE LA SOCIEDAD OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S

4.2.1. OPERACIÓN O MODELO DE NEGOCIO DE OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S

Con el fin de entender el modelo de negocio que llevó a cabo **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S,** es necesario describir, de manera general, en qué consiste la venta de pagarés libranza:[20]

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.



[20] 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 (prepago) de las cuotas pendientes durante la vigencia del crédito, el vendedor está en la obligación de cancelar el pagaré otorgado por el comprador como respaldo del pago de sus obligaciones y, en consecuencia, a expedir a su favor el paz y salvo respectivo. El deudor podrá solicitar la devolución del pagaré correspondiente.

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

OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, supuestamente, compraba cartera del sector solidario 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, **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S**, la ofrecía en venta sin 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 **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S** 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 **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S**, estaban amparadas bajo el ropaje de una operación económica legal, las

investigaciones administrativas demostraron que la sociedad recibió de múltiples personas recursos que no correspondieron a una venta real de créditos libranza, bien porque nunca les fueron asignados los créditos comprados o bien porque al venderse el mismo crédito libranza a más de un inversionista las ventas subsiguientes a la primera carecían de objeto.

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

En consecuencia, toda vez que **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S**, 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 y (iii.) 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 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, era plenamente consciente de que compraba un activo de riesgo, toda vez que entendía que estaba realizando la compra de una deuda a cargo de una persona natural que no conocía, en especial su solvencia moral y patrimonial. Es decir, se trataba realmente de operaciones de crédito de alto riesgo, asumido libre y deliberadamente por el comprador de cartera, que ahora, con esta demanda, pretende desplazar hacia el Estado.

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

4.2.2. ACTUACIONES REALIZADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RESPECTO DE LA SOCIEDAD OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

La Superintendencia de Sociedades ejerció oportunamente todas sus funciones sobre la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S**, por lo cual es totalmente falso el fundamento de la demanda impetrada en contra de la entidad que represento, ya que la misma cumplió con sus funciones de inspección, vigilancia y control de mi defendida.

A continuación, me permito hacer una relación de todas y cada una de las actuaciones que ha realizado la Superintendencia de Sociedades respecto de la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S**, en toma de posesión como medida de intervención.

En el año 2013, la Superintendencia Financiera de Colombia dio traslado a esta Entidad de los radicados Nos. 2013-01-207741 y 2013-01-209902 mediante las cuales presentan dos quejas sobre la sociedad **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S**, frente a lo cual esta Superintendencia procedió a realizar las gestiones tendientes a verificar la veracidad de tales quejas, mediante credencial No. 420-000232 del dos (02) de Julio de 2013 en la que se dispuso realizar una primera diligencia de toma de información a la Sociedad. No obstante, al dirigirse los funcionarios comisionados a las instalaciones de dicha sociedad, encontraron que la Superintendencia Financiera de Colombia adelantaba también una toma de información derivada de las mismas denuncias, razón

por la cual se decidió solicitar el informe de la visita adelantada por la Superintendencia Financiera.

Mediante radicados 2014-01-096526 y 2014-01-113129 del 27 de febrero y 10 de marzo de 2014, la Superintendencia Financiera de Colombia remitió el informe de la visita de inspección realizada por esa Entidad a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, dentro del cual, entre otros aspectos se estableció que las entidades originadoras que figuraban como proveedoras de cartera de la Sociedad, dentro de las cuales se encontraban las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL SAS y LIBRANZAS GROUP S.A.S, realizaron una cesión de derechos a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, mediante un documento denominado “Cesión de Contratos de Compraventa” cuya finalidad era que la sociedad, adquiriera directamente de las cooperativas los “pagarés - libranza” y los flujos que estos generaran.

Estudiado el informe presentado por la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Sociedades profiere el Auto Inhibitorio No. 400- 0005237 de 9 de abril de 2014, por intermedio de la Delegada para Procedimientos de Insolvencia de esta la entidad, donde se concluyó que:

1. La sociedad realizó operaciones de compra y venta de cartera de créditos instrumentada en títulos valores de contenido crediticio comercialmente llamados “pagarés - libranzas”, para lo cual suscribió contratos de intermediación con ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., como puente entre las cooperativas multiactivas y la empresa.

2. Que, a la fecha del informe, los investigadores manifestaron que los flujos de efectivo eran recibidos por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S directamente de las cooperativas multiactivas, y que de acuerdo con lo manifestado por el representante legal de la compañía los pagos a los inversionistas se efectuaron de acuerdo a lo establecido en el “pagaré-Libranza”, según la relación y con los dineros que remitían las cooperativas.

3. Que en la operación las cooperativas son las que se obligan a remitir a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S los recursos para su pago a los inversionistas.

Por lo anterior, Superintendencia decidió INHIBIRSE de decretar la intervención de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con NIT 900.496.573, en los términos del Decreto 4334 de 2008. No obstante, lo anterior, advirtió que de aparecer nuevas pruebas o elementos que permitan a este Despacho inferir la realización de actividades que regula el decreto 4334 de 2008, se procedería a dar apertura al proceso de intervención y demás medidas pertinentes.

Mediante escritos similares al radicado número 2016-01-438769 del 31 de agosto de 2016, varios usuarios[21] requirieron a la Superintendencia de Sociedades en los siguientes términos:

“ASUNTO: INFORMACIÓN Y DERECHO DE PETICIÓN PARA QUE SE PRODUZCAN ACCIONES PERTINENTES EN LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE LOS CLIENTES DE LA SOCIEDAD – **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S**., identificada con el NIT:900.496.573

Después de presentarse incumplimientos en los pagos que venía realizando la firma **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S**., identificada con el NIT:900.496.573, en los meses de julio y agosto de 2016 sobre los rendimientos y capital de los títulos de pagaré libranza adquiridos a través de esta, y una vez celebrada reunión con su representante legal Eduardo Pineda Camacho el día 29 de agosto del 2016 con el fin de aclarar la razón de estos incumplimientos; se nos manifestó que las Cooperativas CORPOSER, COOCREDIANGULO, INVERCOR, Inversores Alejandro S.A.S, entre otras ubicadas en la costa Atlántica Colombina, se encuentran liquidadas o en proceso de liquidación,

[21] Cuarenta y seis (46) quejas radicadas entre agosto de 2016 y febrero de 2017

y que por tal motivo, les es imposible seguir cumpliendo con el pago de los flujos de dinero futuros pactados contractualmente con NOSOTROS SUS CLIENTES y que ascienden a montos que superan las decenas de miles de millones de pesos y se tienen en cuenta la totalidad de afectados, como el mismo señor Pineda lo afirmó en la citada reunión.

Por lo anterior, nos fueron presentados los siguientes escenarios posibles en aras de la recuperación de nuestro dinero que quedan a potestad decisoria de cada uno de los clientes de manera independiente, teniendo como principal inconveniente el desconocimiento del estado real de la cartera soportada en títulos de pagarés libranza y las anomalías que pudieron presentarse en el manejo de los mismos y que constituyen la única garantía real de los contratos que firmamos con **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S:**

- Presentar demandas en contra de las Cooperativas y sus representantes legales llegando en última instancia hasta el deudor de ser necesario.
- Cesión de los títulos endosados a nuestro favor a otra Cooperativa.
- Firmar un acuerdo directamente con las Cooperativas en el que estas se comprometen a pagar el 80% del saldo de capital del que somos acreedores, en flujos mensuales y por un plazo de 60 meses, sin ningún tipo de garantía real más que el de iniciar demandas de presentarse algún incumplimiento.
- Liquidar la firma

Dado que en ninguno de los escenarios anteriores, existe una posibilidad real para la recuperación de nuestro capital y, lo que nos parece más grave aún, en ningún momento comprometen a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., económicamente como responsable o garante de los montos que se nos adeudan, exceptuando el caso de una liquidación forzosa, bajo el pretexto de considerarse exclusivamente un intermediario comercial, desconociendo su papel y responsabilidad PRIMERO, en la celebración de negocios con Cooperativas y firmas con las cuales se estructuró un negocio basado principalmente en el principio de confianza reconociendo, como se nos dijo en la reunión, que las limitaciones legales le impidan llevar un control exhaustivo de la trazabilidad del buen funcionamiento del negocio pero, aun así, ofreciendo a sus clientes seguridad total sobre el control y seguimiento que se hacían a las Cooperativas y a los títulos generados por estas, SEGUNDO, en la comercialización de títulos sobre los cuales reconoce, existe la posibilidad que se encuentren siniestros en un gran porcentaje y por ende, su valor comercial es nulo, sin mencionar la posibilidad que muchos de estos tengan un origen basado en la ilegalidad, TERCERO; aduciendo exclusivamente su responsabilidad cambiaría como endosante sin importarle que quien realizó una labor comercial de venta en el mercado con títulos previamente adquiridos, o en posición propia, fue la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS y no ninguna de las Cooperativas mencionadas, y POR ULTIMO desconociendo además que como empresarios existe una responsabilidad social no solo frente a sus accionistas y empleados, sino principalmente frente a sus clientes que son la razón de ser de su negocio, que va más allá de cualquier argucia legal y que se fundamenta en principios y valores morales y éticos en los que la honorabilidad y la solidaridad deberían primar ante cualquier eventualidad negativa que se presente; solicitamos a ustedes que, en defensa de nuestros derechos, intereses y patrimonio la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES se pronuncie y actúe, a la mayor brevedad, dando paso a las acciones legales pertinentes y consecuentes para intervenir a la empresa OPTIMAL LIBRANZAS y que esta entre a responder debidamente con las obligaciones propias que nacen de la ejecución y cumplimiento de todos los contratos suscritos con sus clientes, conjuntamente con las cooperativas causantes de este descalabro.

La Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 306-188741 del 29 de septiembre de 2016 da respuesta a la solicitud, informando al peticionario que se requirió al Representante Legal de la sociedad **Optimal Libranzas S.A.S**, para que se pronunciara respecto a lo planteado en su solicitud.

Así como en el caso anterior, se corrió traslado de las demás quejas y solicitudes de información presentadas a la precitada sociedad, para que ella como parte vinculada en la relación contractual, diera una solución de fondo a dichas solicitudes, para que

una vez analizadas las respuestas aportadas por la sociedad se adoptará la medida administrativa que corresponda dentro de las facultades legales.

Por lo anterior, y con fundamento en la competencia asignada en el numeral 1° del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades actuando de manera oficiosa, adelantó una toma de información a la sociedad *OPTIMAL LIBRANZAS*, la cual se llevó a cabo los días 4 y 10 de agosto de 2016, tal como consta en el informe de la diligencia de toma de información radicada con los números 2016-01-415250 y 2016-01-428724 del 12 y del 24 de agosto de 2016 del Acta de continuación y cierre de diligencia de toma de información.

De la toma de información ordenada en agosto de 2016[22] adelantada sobre la operación de la Sociedad, se estableció por los funcionarios comisionados, que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S adquiría cartera instrumentalizada en pagarés – libranza. Esta cartera era adquirida generalmente de entidades originadoras con quienes OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, celebraba contratos de compraventa de cartera con descuento a título de adquirente; posteriormente se realizaba el endoso de los títulos valores a su favor y con responsabilidad cambiaria.

Entre los principales proveedores de cartera de la Sociedad se encontraban las siguientes personas jurídicas: Coocrediangulo., en Liquidación; Coocredimed; Cooinvercor; Coomundocredito; Kapital Social; Coopinovatech; Coopmulpens; Provida; Covenal; Invercor DyM S.A.S., En Liquidación; Inversiones Alejandro Jiménez S.A.S., En Liquidación; Valor Confianza y la Corporación Aliada Para el Desarrollo Integral de los Trabajadores del Estado (CORPOSER en Liquidación), de quien adquiría cartera originada por la cooperativas COOMUNCOL, SIGESCOOP, y SERVICOOP DE LA COSTA.

4.2.2.1. Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017: Por la cual se adopta una medida de intervención administrativa respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

La medida de intervención se adopta, de conformidad con lo establecido en los artículos 2°, 5° y 6° del Decreto 4334 de 2008.

Mediante radicaciones Nos. 2014-01-096526 y 2014-01-113129 del 27 de febrero y del 10 de marzo de 2014, la Superintendencia Financiera de Colombia remitió el informe de la visita de inspección realizada por esa Entidad a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, dentro del cual, entre otros aspectos se estableció que las entidades originadoras que figuraban como proveedoras de cartera de la Sociedad, dentro de las cuales se encontraban las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL SAS y LIBRANZAS GROUP S.A..S, realizaron una cesión de derechos a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, mediante un documento denominado “Cesión de Contratos de Compraventa” cuya finalidad era que la sociedad, adquiriera directamente de las cooperativas los “pagarés - libranza” y los flujos que estos generaran.

Los investigadores en el informe manifestaron que los flujos de efectivo eran recibidos por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S directamente de las cooperativas multiactivas, y que de acuerdo con lo manifestado por el representante legal de la compañía los pagos a los inversionistas se efectuaron de acuerdo a lo establecido en el “pagaré-Libranza”, según la relación y con los dineros que remitían las cooperativas. También se encontró que en la operación, las cooperativas son las que se obligan a remitir a OPTIMAL LIBRANZAS SAS los recursos para su pago a los inversionistas.

Con base en lo anterior, esta Superintendencia decidió INHIBIRSE[23] de decretar la intervención de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con NIT 900.496.573, en los términos del Decreto 4334 de 2008. No obstante, lo anterior, advirtió que de aparecer nuevas pruebas o elementos que permitan a este Despacho inferir la realización de

[22] Credencial 306-000271 del 3 de agosto de 2016
[23] Auto Inhibitorio No. 400-0005237 del 9 de abril de 2014

actividades que regula el decreto 4334 de 2008, se procedería a dar apertura al proceso de intervención y demás medidas pertinentes.

Durante los años 2016 y 2017 esta Superintendencia, recibió una serie de quejas por parte de clientes compradores de cartera a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS SAS, quienes denunciaron incumplimientos con relación al pago de los flujos mensuales pactados mediante **"**Contratos de Compraventa de Cartera**"** suscritos con la Sociedad incluso algunos suscritos durante los meses de mayo, junio y julio de 2016, conforme se observa en la Resolución[24] del 22 de diciembre de 2017.

Ante la imposibilidad por parte de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S de cumplir con los pagos de los flujos acordados con sus clientes, a través de su representante legal Néstor Vanegas Moncada, la Sociedad ofreció a sus clientes la posibilidad de llegar a un acuerdo de pago mediante la suscripción de un contrato denominado **"**Contrato de Transacción" el cual no fue suscrito por los quejosos.

Según lo informado por la Sociedad ese contrato tuvo por objeto que las partes dirimieran las "diferencias relacionadas con las obligaciones de LOS ORIGINADORES, mediante la asunción de ciertas obligaciones reciprocas en beneficio de las partes". De esta manera la Sociedad dentro de dicho contrato, pretendía actuar en su condición de recaudador e "intermediario y comercializador de la cartera" entre sus clientes a quienes se denomina acreedores y las sociedades originadoras, asumiendo como única obligación la de trasladar los pagos realizados por las sociedades originadoras a sus clientes inversionistas.

Por su parte, los originadores ofrecieron obligarse solidaria e incondicionalmente a pagar a los acreedores a través de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, la suma de VEINTISEIS MIL TRECIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES, SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS ($26.341.793.630), en sesenta (60) cuotas mensuales, dándose una desnaturalización de los títulos.

Se destaca que como concesión reciproca en la transacción se pretendía que los clientes- acreedores debían renunciar de manera irrevocable a ejercer cualquier tipo de acción judicial en contra de las sociedades originadoras y a generar un paz y salvo por todo concepto una vez cumplido el pago estipulado de la transacción, lo cual correspondería al 80% del valor total invertido por los clientes, sin intereses y a un plazo de 60 meses, situación que supondría una pérdida del 20% más el rendimiento futuro prometido por la Sociedad.

La Superintendencia de Sociedades dio traslado a la sociedad de todas las quejas interpuestas por los clientes; y en respuesta de las mismas, manifestó que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S:

a) Que vende y endosa cartera sin responsabilidad cambiaria.
b) Que el modelo de negocio ejecutado por la Sociedad y ampliamente conocido por los clientes, implica que en caso de incumplimientos de los deudores o los originadores, dichas empresas o entidades deben salir a responder por los pagos y los flujos de la cartera, teniendo en cuenta la responsabilidad cambiaria que les asiste.
c) Que la falta de pago de los flujos derivados de la cartera vendida por la Sociedad, "tiene como causa el incumplimiento de los originadores en el pago de los flujos de la cartera, frente a lo cual Optimal se encuentra obligado a colaborar y coadyuvar en las gestiones de cobro".
d) Que la obligación de Optimal, "no consiste en pagar incondicionalmente o garantizar el pago de los flujos de la cartera vendida, pues tal circunstancia equivaldría a asumir la posición de garante".
e) Que frente a la existencia, validez e idoneidad de los títulos de pagarés-libranza, el representante de la Sociedad afirmó que además los títulos que comercializaron no cuentan con ninguna tacha, mancha o cualquier otra circunstancia que pueda atacar su validez.

[24] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadro pág.4

f) Que por la naturaleza de los títulos valores estos circulan válidamente con independencia de la relación negocial que les dio origen.
g) Que independientemente de que al deudor le hayan desembolsado o no, le estén descontando mensualmente o no, haya pre-pagado su cartera o no, el cliente de la Sociedad tiene una acción de cobro en contra de los obligados cambiarios, es decir los originadores.
h) Que los títulos comercializados por Optimal les permiten a sus clientes exigir las obligaciones en ellos incorporados a los obligados cambiarios, además de cumplir con todos los requisitos establecidos en el marco de la circulación de los títulos valores.

A partir de las quejas y solicitudes de intervención presentadas por los clientes, esta Superintendencia ordenó realizar una nueva diligencia de toma de información[25] a la Sociedad, con el objeto de evaluar si en el desarrollo de su objeto social, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S se ajustaba a la ley, además de verificar su situación administrativa, jurídica, económica y contable.

Sobre la operación de la Sociedad, se estableció por los funcionarios comisionados, que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S adquiría cartera instrumentalizada en pagarés – libranza. Esta cartera era adquirida generalmente de entidades originadoras con quienes OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, celebraba contratos de compraventa de cartera con descuento a título de adquirente; posteriormente se realizaba el endoso de los títulos valores a su favor y con responsabilidad cambiaria.

Entre los principales proveedores de cartera de la Sociedad se encontraban las siguientes personas jurídicas: Coocrediangulo en Liquidación, Coocredimed, Cooinvercor, Coomundocredito, Kapital Social, Coopinovatech, Coopmulpens, Provida; Covenal, Invercor DyM S.A.S. - En Liquidación, Inversiones Alejandro Jiménez S.A.S.- En Liquidación, Valor Confianza y la Corporación Aliada Para el Desarrollo Integral de los Trabajadores del Estado (CORPOSER en Liquidación), de quien adquiría cartera originada por las cooperativas COOMUNCOL, SIGESCOOP, y SERVICOOP DE LA COSTA.

Una vez efectuada la operación de compraventa, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, por medio de sus agentes comerciales, la vendía con descuento a sus clientes (personas naturales y jurídicas) y sin responsabilidad cambiaria, pagando flujos mensuales derivados de los descuentos realizados por las pagadurías por lo créditos concedidos a los beneficiarios de su nómina, sumas que eran trasladadas a la entidad originadora, luego de esta a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S y posteriormente de esa sociedad a los compradores.

4.2.2.2 Endoso sin responsabilidad de los pagarés-libranza.

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

4.2.2.3 Contratos marco de compra de cartera.

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

[25] Credencial No. 306-000271 de 3 de agosto de 2016

4.2.2.4 Contratos de compraventa de cartera celebrados entre la sociedad y sus clientes

Se encontró que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S suscribió con sus clientes contratos de compraventa de cartera, utilizando un único clausulado el cual cambiaba de encabezado dependiendo si el cliente era una persona natural o una persona jurídica y se establecía que las entidades originadoras tenían la obligación de recaudar los derechos económicos o flujos y de depositarlos a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, quien, a su vez, adquiría la obligación de transferirlos a los compradores o inversionistas.

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

En su cláusula 6ª, se definió el documento como un contrato de "compraventa de cartera al descuento regulado por la normatividad civil y comercial" […]; que "en ningún caso constituye actividad de captación o recaudo no autorizado de dineros del público en los términos del Decreto1981 de 1988 y el Decreto 4334 de 2008"; cuyo objeto, consistió en la transferencia de dominio sobre la cartera (pagares – libranza), junto con los derechos y privilegios inherentes, conforme al estado en el que se encuentre tales créditos en la fecha de endoso […] la transferencia se perfecciona mediante el endoso en propiedad sin responsabilidad y la entrega real o física de los pagarés libranza.

Se evidencio que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S se autodefinía como parte de un "grupo corporativo especializado en la compra y venta de cartera de créditos, mediante operaciones seguras y autorizadas por la Ley tendientes a la optimización de los recursos financieros de los clientes compradores".

4.2.2.5 Situación de Grupo Empresarial

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

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

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

Como resultado de la investigación llevada a cabo, la Superintendencia[26] decidió declarar la vinculación de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S con el grupo empresarial conformado por las empresas OPTIMAL FACTORING SAS, y OPTIMAL CABS S.A.S.

En atención a las quejas interpuestas por los clientes de la Sociedad, la Superintendencia de Sociedades requirió[27] a OPTIMAL LIBRANZAS SAS para que hiciera entrega de la relación de la cartera total vendida por la Sociedad con corte a 31 de octubre de 2016. Respuesta que fue recibida el 20 de enero de 2017 mediante radicado 2017-01-015787 dando cumplimiento a lo solicitado.

[26] Resolución No. 302-004502 de 01 de diciembre de 2017
[27] Oficio No. 306-253001 del 28 de diciembre de 2016

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

Las citadas pagadurías mediante radicados 2017-01-379875, 2017-01-427219 y 2017-01-535619 del 21 de julio, 11 de agosto y de octubre de 2017 dieron respuesta a la información solicitada, la cual fue confrontada con la reportada en la base de datos remitida por la sociedad, donde se encontró una serie de inconsistencias que ameritaban ser esclarecidas por parte de la Sociedad, pues las mismas indicaban que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S se encontraría incursa en hechos objetivos de captación o recaudo no autorizado a la luz de lo establecido en el Artículo 6° del Decreto 4334 de 2008.5

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

La Sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S rindió explicaciones dentro del término otorgado mediante escrito presentado por el apoderado de la Sociedad[28], donde evade claramente el cuestionamiento que se le hace por parte de la entidad, colocándose en situación de víctima, y considerando entre otros que se le había vulnerado el derecho al debido proceso por las investigaciones y recaudo de información que la Superintendencia había realizado para esclarecer las inconsistencias presentadas en el cruce de información realizada[29], descargos que se detallan en los 68 puntos descritos en la Resolución del 22 de diciembre de 2017.

En diciembre de 2017[30], el apoderado especial de la Sociedad allega una solicitud presentada ante la Fiscalía General de la Nación dentro de los procesos iniciados a los originadores de la cartera, la cual adjuntó, e indicó distintos apartes de los actos administrativos que considera relevantes para demostrar la responsabilidad de las entidades operadores de libranzas que originaron la cartera comercializada por la Sociedad en las actividades de captación ilegal.

4.2.2.6 Verificación de la existencia de hechos objetivos de captación.

De la información obtenida por la Superintendencia de Sociedades en la diligencia de toma de información realizada a la Sociedad, se procedió a realizar un análisis de la base de datos aportada por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S[31], contentiva de la totalidad de la cartera comercializada por la sociedad con corte a 31 de octubre de 2016.

Con el fin de determinar la existencia de dicha cartera y la trazabilidad de los flujos descontados con ocasión de su comercialización por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, desde su inscripción frente a la entidad pagadora, hasta su recaudo y posterior transferencia a los clientes compradores de dicha cartera, mediante Oficios Nos. 301-129391 de 10 de julio de 2017, 301-133403 y 301-133395 de 11 de julio de 2017, se realizó requerimientos a las entidades pagadoras en donde solicitó información sobre los créditos de libranza otorgados a los deudores reportados por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S en su base de datos e inscritos ante tales pagadurías para su descuento, con el objetivo de cotejar dicha información con la remitida por la Sociedad.

[28] Radicado 2017-01-612191 de fecha 30 de noviembre de 2017
[29] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadros pág.13, 14 y 15
[30] Radicación del 18 de diciembre de 2017-01-639291
[31] Radicado del 20 de enero de 2017-01-015787

Para el análisis de la información se utilizaron criterios tales como el nombre e identificación de los deudores, números de libranza, monto total del crédito, valor de las cuotas mensuales, fecha de inicio y de terminación de los descuentos, y cuotas trasladadas por la sociedad a sus clientes hasta el 30 de junio de 2016, verificación, en la cual se comparó la información remitida por las pagadurías con la reportada por la Sociedad encontrándose las siguientes irregularidades:

4.2.2.6.1 Hallazgos presentados frente a la pagaduría Fiduciaria la Previsora S.A.

En el requerimiento realizado por esta Superintendencia mediante Oficio No. 301-133403, la pagaduría Fiduciaria la Previsora S.A, mediante comunicación con radicado No. 2017-01-379875 del 21 de julio de 2017, remitió respuesta a esta Superintendencia en la cual anexo una base de datos contentiva de la información solicitada, las irregularidades encontradas fueron las siguientes:

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

A pesar de que algunos de los beneficiarios de los créditos reportados por la sociedad si se encontraban inscritos dentro de la nómina de la pagaduría FIDUPREVISORA SA, al confrontar la información remitida por la pagaduría con la de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, se pudo establecer que contrario a lo indicado en la suministrada por la Sociedad, en cuarenta y un (41) casos la pagaduría no realizó descuento alguno por los créditos de libranza relacionados, y que sin embargo hacen parte de la cartera que fue vendida a terceros por la Sociedad[32].

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

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

De igual manera se evidencio que el número de cuotas pagadas por la Sociedad desde el momento de venta al cliente hasta el 30 de junio de 2016, fecha de corte establecida con base en lo reportado a esta Superintendencia en las quejas recibidas por incumplimiento en el pago de los flujos mensuales a los clientes. Al respecto, se pudo determinar que la Sociedad trasladó a sus clientes flujos mensuales por el valor aproximado de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS ($134.329.990), pagos que carecieron de razonabilidad financiera al no haber existido créditos subyacentes que fueran debidamente inscritos ante la entidad pagadora, de los cuales se derivara el descuento respectivo de la pagaduría. Ello, teniendo en cuenta que la misma no reportó a esta Entidad ningún descuento realizado con ocasión de la cartera reportada por la Sociedad.

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

[32] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadros Pág.20 y21.

En este punto se puedo observar que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S comercializó cartera incorporada en seis (6) pagares-libranza[33] cuyo valor ascendía a la suma de OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS ($82.683.528), recaudando recursos de los compradores de la misma a partir de la celebración de contratos de compraventa, los cuales por lo tanto carecieron de activo subyacente que justificara financieramente la transferencia de dichos recursos a favor de la Sociedad, y luego pagó flujos mensuales a los compradores por un valor aproximado de VEINTISÉIS MILLONES, SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL, QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS ($26.761.587). Encontrándose también que tales operaciones carecieron de razonabilidad financiera, teniendo en cuenta que la pagaduría informó a esta Superintendencia que tales deudores ni siquiera figuran como pensionados o beneficiarios en su base de datos, por lo que no existió ningún crédito subyacente que justificara ni el recaudo del dinero de los compradores por la venta ni el pago de flujos por la Sociedad ya que nunca se descontaron dineros por las cuotas de los deudores respectivos.

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

Se encontraron seis (6) casos de pagarés – libranza cuyas fechas, valores de crédito y cuota mensual son diferentes a los reportados por la pagaduría[34], aunque se logró establecer que los deudores si eran parte de la nómina de la FIDUPREVISORA y que se trataba de cartera aparentemente originada por la misma entidad operadora de libranza como lo reportaron ambas fuentes, no existen coincidencias en las características de dicha cartera que permitan concluir que se trata de los mismos créditos cuyos descuentos fueran trasladados a los compradores de Optimal.

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

De los casos anteriores se pudo establecer que OPTIMAL LIBRANZAS SAS comercializó una cartera cuyo valor ascendía a la suma de OCHENTA Y CUATRO MILLONES, CIENTO SETENTA Y TRES MIL, NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS ($84.173.964) por la cual recaudó dinero producto de la venta a sus clientes inversionistas, y a su vez, desembolsó a los mismos hasta el 30 de junio de 2016, flujos mensuales por un valor de ONCE MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL, SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS ($11.367.694), todas ellas operaciones sin explicación financiera razonable al no haber existido créditos subyacentes que las respaldaran.

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

[33] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadro Pág.22
[34] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadro Pág.23

traslado de flujos derivados de los descuentos realizados por la pagaduría, estos son inferiores a los realizados por la sociedad a sus clientes en un 79%[35].

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

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

De lo anterior se concluye que se trata de la misma cartera, y que la Sociedad Optimal Libranzas habría recaudado recursos del público sin explicación financiera razonable por la venta de supuestos activos por un valor de CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS ($191.255.456), por cuanto los contratos de compraventa respectivos carecieron de créditos subyacentes cuya transferencia de derechos crediticios justificara financieramente el recaudo de dineros de terceros a favor de la Sociedad.

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

4.2.2.6.2 Hallazgos presentados frente a la pagaduría Fondo de Pensiones Públicas de Nivel nacional de Colombia (FOPEP)

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

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

A pesar de que los deudores de los créditos reportados por la sociedad sí se encontraban dentro de su nómina, en sesenta y nueve (69)[36] operaciones de cartera comercializada que fueron reportadas por la Sociedad FOPEP no realizó descuento

[35] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadro Pág.24
[36] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadros Pág.26, 27 y 28.

alguno por los créditos de libranza, pues los mismos no fueron inscritos ante dicha pagaduría para su descuento.

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

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

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

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

En cincuenta y dos (52) casos de operaciones de comercialización de cartera por parte de la sociedad se reportaron libranzas cuyos números de libranza, fechas, valores de crédito y de cuota mensual son diferentes a los reportados por la pagaduría como créditos activos y con descuento para esos mismos deudores[37].
Aunque en los anteriores casos se logró establecer que los deudores si eran parte de la nómina de FOPEP y que se trataba de cartera aparentemente originada por la misma entidad operadora de libranza como lo reportaron ambas fuentes, no existen coincidencias en las características de dicha cartera (valores, números de cuotas, fechas) que permitan concluir que se trata de los mismos créditos cuyos descuentos fueran trasladados a los compradores de Optimal Libranzas.

En el presente caso se pudo establecer que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S comercializó y recaudo dinero de sus clientes, por una supuesta cartera de OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS ($865.970.886). Sin embargo, pudo verificarse que el valor total de la cartera correspondiente a tales deudores efectivamente inscrita ante la pagaduría a favor de los originadores relacionados es sólo de TRECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES, CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($391.051.468).

Por lo anterior, es evidente las diferencias existentes entre la cartera comercializada por la sociedad y la efectivamente inscrita ante la pagaduría, de lo que se concluye que se trata de la misma cartera, que la Sociedad habría recaudado recursos del público sin explicación financiera razonable por un valor superior de cartera de CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS DIECINUEVE MIL

[37] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadros Pág.29, 30 y 31

CUATROCIENTOS DIECIOCHO PESOS ($474.919.418). Ello, por cuanto los contratos de compraventa respectivos carecieron de activo subyacente que justificara financieramente la transferencia de dichos recursos a favor de la Sociedad.

También pudo verificarse que en tales operaciones la sociedad pagó a sus clientes inversionistas hasta el 30 de junio de 2016, flujos mensuales por un valor total de CIENTO DIEZ MILLONES CIENTO CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS ($110.105.576), mientras que el descuento efectivamente realizado por la pagaduría a dichos deudores y a favor de las originadoras allí relacionadas (para otros créditos de libranza) se dio por un valor aproximado de TREINTA Y DOS MILLONES, CIENTO CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($32.141.250).

Al comparar esta información con la suministrada por la pagaduría, se encuentra una diferencia de setenta y siete millones novecientos sesenta y cuatro mil trecientos veintiséis pesos ($77.964.326) en valores de flujos trasladados de la Sociedad a sus clientes para los que tampoco existe explicación financiera que los justifique, ya que las sumas descontadas por la pagaduría equivalen solamente al 29.19% de los flujos trasladados por la Sociedad a los compradores de cartera.

4.2.2.6.2.3. Deudores con varios créditos reportados por la Sociedad cuyas libranzas aparecen como no inscritas ante la pagaduría pero que fueron vendidos y por los cuales se realizaron traslados de flujos a compradores.

De la información allegada por la Sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S mediante radicado 2017-01-015787 del 20 de enero de 2017, el señor ARCON CERVANTES DONALDO, figura como deudor de dos créditos materializados en pagarés-libranza identificados bajo los números 23857 y 23859, con deducciones mensuales de $300.833 y $316.667 respectivamente, cuyos flujos eran descontados a favor de la originadora COOVENAL y trasladados por esta a la sociedad. Por su parte, la pagaduría FOPEP mediante radicado 2017-01-427219 del 11 de agosto de 2017, informó a la Superintendencia de Sociedades que el citado deudor solo registra una libranza con descuento a favor de COOVENAL, correspondiente al pagaré No. 23860, con cuota mensual de $38.500.

Se evidenciaron otros treinta y tres (33) casos similares al caso anterior, en donde OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S reportó la existencia de un mayor número de créditos de libranza por deudor vendidos a sus clientes de los créditos efectivamente inscritos ante la pagaduría FOPEP para su descuento mensual, tal como lo muestra el siguiente cuadro. Nótese además que incluso la información de los créditos que si fueron reportados por la pagaduría como inscritos y con descuento difiere ampliamente de la de la cartera reportada y comercializada por la Sociedad. A pesar de ello, en búsqueda de coincidencias esta Superintendencia comparó los valores de los créditos efectivamente inscritos con los que tuvieran fechas aproximadas reportados por Optimal, lo cual presenta varias irregularidades y diferencias en flujos mensuales[38].

Se pudo evidenciar en primer lugar que Optimal Libranzas comercializó un número mayor de pagarés-libranza por deudor de los efectivamente inscritos ante la pagaduría FOPEP, lo que demuestra que la Sociedad en tales operaciones comercializó cartera sin créditos subyacentes que la soportaran lo que conlleva la total ausencia de razonabilidad financiera en tales operaciones. Es decir que la sociedad comercializó y recaudó dinero de sus clientes por una cartera con un valor de NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS ($969.434.712), suma superior en por lo menos QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS ($545.399.784) a la cartera efectivamente inscrita ante la pagaduría para dichos deudores a favor de la cooperativa COOVENAL, cuyo valor es de CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS ($424.034.928), evidenciándose la existencia de hechos objetivos de captación al no existir razonabilidad financiera en la comercialización de ese valor de cartera.

[38] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadros Pág.32, 33 y 34

De igual manera, según la información aportada por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, de las operaciones que realizó hasta el 30 de junio de 2016 se efectuaron traslados de flujos a sus clientes por un valor de NOVENTA Y OCHO MILLONES TRECIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS ($98.318.969). Sin embargo, se evidenció que en el mejor de los casos y considerando a pesar de las diferencias que los créditos reportados por la pagaduría fueran los mismos reportados por la sociedad, la pagaduría solo realizó descuentos por DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHENTA Y CUATRO PESOS ($18.443.084) a favor de COOVENAL con relación a los mismos deudores. Ello demuestra que incluso en el evento que se considerará que tales flujos fueron trasladados a la sociedad a pesar de tratarse de cartera distinta, existe una diferencia de SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ($79.875.885) de flujos trasladados a los compradores sin ninguna explicación financiera razonable.

4.2.2.6.3 Hallazgos presentados frente a la pagaduría Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

De la base de datos de cartera comercializada remitida a esta Entidad por la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S se registran novecientas ochenta y nueve (989) libranzas de la pagaduría COLPENSIONES, correspondiente a setecientos setenta (770) deudores. Con base en lo anterior, se solicitó a la pagaduría una relación detallada de las libranzas correspondientes a los 770 deudores reportados por la Sociedad para verificar lo informado por la sociedad sobre la cartera comercializada de los mismos.

Del requerimiento realizado por la entidad mediante Oficio 301-129391 a la pagaduría COLPENSIONES, mediante radicado 2017-01-535619 del 18 de octubre de 2017, la pagaduría suministró información en relación a las libranzas de los 770 deudores reportados por la sociedad correspondientes a 212 originadoras.

Al realizar el cotejo de la información se encontró que de los novecientos ochenta y nueve pagarés -libranza (989) reportados por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, solo trescientos uno (301) coincidieron con la información aportada por la pagaduría COLPENSIONES teniendo en cuenta el número de identificación del deudor y el número de pagaré-libranza reportado. Lo cual indica que 688 libranzas de las reportadas por la Sociedad como vendidas a terceros no aparecen en la base de datos de la Pagaduría, e incluso en los 301 pagarés reportados por la pagaduría en los que coincide el deudor y el número de la libranza, también se encontraron las irregularidades que se enuncian a continuación:

4.2.2.6.3 1. Pagarés de créditos de libranza cuyos valores de crédito y de cuota son inferiores a los reportados por la sociedad y con pago de flujos a los compradores.

En esta modalidad, se encontraron veintiún (21) casos en los que a pesar de tratarse del mismo deudor y del mismo número de libranza no coincidieron las fechas, el valor total del crédito ni de las cuotas mensuales con la información reportada por la sociedad, como se indica a continuación[39]:

En los primeros 4 pagarés (Nos. 27942 – 27120 – 30690 – 30263), se pudo evidenciar que la pagaduría inició el recaudo a tales deudores, varios meses después de la comercialización de dicha cartera por OPTIMAL. Lo cual significa que la Sociedad pagó flujos por valor de SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTISÉIS MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS ($6.226.136) a sus clientes compradores, con anterioridad al inicio del descuento por parte de pagaduría, pagos que carecen de razonabilidad financiera que justificara los flujos desembolsados a los clientes pues precisamente no se habían descontado dichas cuotas a los deudores.

[39] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadro Pág.35 y 36.

En cuanto al pagaré No. 8641, se encontró que dicha cartera fue vendida a su comprador el 18 de junio de 2014, mientras por su parte la pagaduría COLPENSIONES, informó que el último descuento respecto a dicha libranza se hizo en el mes de febrero de 2014, lo cual indica que el pagaré fue vendido aproximadamente 4 meses después de haberse extinguido el crédito que lo soportaba, evidenciando que la Sociedad vendió cartera inexistente y que los pagos de los flujos realizados hasta el 30 de junio de 2016 por la suma de SEIS MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS ($6.145.584) en dicha operación carecieron por lo expuesto de justificación financiera.

De acuerdo a la información analizada, se pudo verificar también que OPTIMAL LIBRANZAS SAS recibió recursos de sus compradores por una cartera cuyo valor ascendía a DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS ($296.229.888), y que de acuerdo con la información remitida por la pagaduría COLPENSIONES, el valor de la cartera efectivamente inscrita ante la misma y por la cual se estaban realizando los respectivos descuentos solo asciende a la suma de CIENTO SEIS MILLONES TRECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS ($106.376.928).

Las anteriores operaciones indican que la Sociedad recibió de sus clientes las sumas correspondientes a la venta de una cartera por valor de CIENTO OCHENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS ($189.852.960) en operaciones con activos inexistentes y que tales operaciones carecieron de toda justificación financiera pues no existían créditos subyacentes que justificaran tales ventas y por lo tanto la recepción del dinero entregado por los compradores.

También se pudo evidenciar que por los 21 pagarés, al 30 de junio de 2016 la sociedad traslado recursos a sus clientes por un valor de CIENTO DOCE MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS ($112.906.679) correspondientes a los flujos mensuales mientras que los flujos efectivamente descontados a esos deudores por la pagaduría solamente ascendían a la suma de VEINTIÚN MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS ($21.838.890) según lo reportado. Lo cual indica una diferencia en pago de flujos de NOVENTA Y UN MILLONES SESENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS ($91.067.789) que no tiene una explicación financiera razonable ya que los descuentos efectivamente realizados por la pagaduría solo soportan un 19.34% de lo que trasladó la Sociedad.

4.2.2.6.3.2. Pagarés de créditos de libranza reportados como inexistentes, sin descuento a deudores y con pago de flujos a los compradores.

En esta modalidad, se encontraron veintiséis (26) casos de cartera materializada en pagarés-libranza vendida por la Sociedad a terceros cuyos deudores no pertenecen a la pagaduría COLPENSIONES, la cual los reportó como inexistentes,[40]lo cual quiere decir que la cartera relacionada fue comercializada por la Sociedad a sus clientes pero tales libranzas jamás fueron inscritas ante la pagaduría para que realizara los descuentos de los flujos mensuales y su posterior traslado al originador, habiéndose demostrado que el motivo de ello fue precisamente que tales deudores no existían en la pagaduría. Lo anterior, implica que OPTIMAL LIBRANZAS SAS recaudó dinero de sus compradores por la venta de una cartera inexistente cuyo valor ascendía a DOSCIENTOS SETENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS ($270.979.860).

Lo anterior significa que sin la existencia de cartera en estas 26 operaciones, la recepción de recursos de terceros y los traslados de los flujos mensuales realizados por la Sociedad hasta el 30 de junio de 2016, por la suma de setenta y dos millones setecientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y ocho pesos ($72.754.498), tampoco tuvieron una explicación financiera razonable debido a la ausencia de un

[40] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadro Pág.37.

crédito subyacente cuyo descuento de cuotas mensuales fuera efectivamente trasladado al comprador.

4.2.2.6.3 3. Créditos de libranza cuyos originadores no fueron reportados dentro de la base de datos de COLPENSIONES.

Bajo esta modalidad, se identificaron diez (10) casos en los que además de no existir coincidencias con la información reportada por la sociedad para esos deudores, los originadores no existen en la base de datos remitida por la pagaduría[41], donde la Sociedad recaudó dinero de sus clientes por la venta de una cartera inexistente con valor de OCHENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS DIECINUEVE NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($84.319.992) y por la cual además pagó flujos mensuales a sus clientes hasta el 30 de junio de 2016, por la suma total de VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS ($24.950.666).

De lo anterior se concluye que, aunque estas personas en efecto son parte de la nómina de Colpensiones, los créditos materializados en pagarés-libranza vendidos por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S no fueron inscritos ante la pagaduría para que realizara los descuentos correspondientes. Por lo tanto, la recepción de recursos de terceros por su venta y la transferencia de flujos a los clientes compradores de dicha cartera carecieron de justificación financiera.

4.2.2.6.4. CARTERA COMERCIALIZADA POR LA SOCIEDAD CON POSTERIORIDAD AL 30 DE JUNIO DE 2016.

En las quejas presentadas a la Superintendencia de Sociedades por los afectados compradores de cartera de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, se denunció el incumplimiento en el traslado de flujos mensuales derivados de la cartera adquirida incluso desde los meses de mayo y junio de 2016, sin embargo, para establecer el periodo de las irregularidades en el traslado de flujos, la entidad tomó el 30 de junio de 2016 como fecha de corte de tales pagos.

No obstante, lo anterior, se pudo verificar que la sociedad a pesar de encontrarse incumpliendo con el traslado de flujos mensuales a sus compradores de cartera desde esa época, lo que evidenciaba su conocimiento de las irregularidades que empezaron a imposibilitar tales pagos mensuales a sus compradores, durante el mes de julio de 2016 la Sociedad continuó comercializando cartera de créditos de libranza en trescientos cincuenta y cuatro (354) nuevos casos[42].

De lo anterior, se puede evidenciar que a pesar de las irregularidades que comenzaron a presentarse en el traslado de flujos desde el mes de junio de 2016, como lo demuestran las quejas recibidas en la Entidad y que se hizo evidente frente a los quejosos por la cesación generalizada del pago de flujos de la cartera para dicho mes, OPTIMAL LIBRANZAS SAS continuó comercializando cartera en el mes de julio por un valor de TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS ($ 3.464.171.205).

Conforme a lo anterior, se demuestra que la Sociedad con pleno conocimiento de las irregularidades que se evidenciaron en la ausencia de traslado de flujos a sus clientes, continuó recibiendo recursos de terceros por la comercialización de cartera, incluso de los mismos originadores incumplidos, sin realizar una verificación sobre su existencia distinta a la revisión documental de los títulos que la incorporaban, y sin exigirles a tales originadores pruebas conducentes de la existencia e inscripción de dicha cartera ante la entidad pagadora correspondiente.

4.3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDUCTAS

4.3.1 Configuración de los supuestos establecidos en el Decreto 4334 de 2008

[41] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadro Pág.38
[42] Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 Cuadros Pág.39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45

La Superintendencia de Sociedades pudo establecer que, en desarrollo de su objeto social, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, realizó operaciones de compraventa de cartera materializada en pagarés-libranza durante el periodo comprendido entre el mes de diciembre del año 2013 y el mes de julio de del año 2016. Conforme a las irregularidades evidenciadas en los numerales anteriores se encuentran comprendidas entre dicho periodo.

Según la información obtenida de la Sociedad, aparentemente esta adquiría cartera de diversas sociedades y cooperativas originadoras de créditos de libranza y posteriormente, mediante la celebración de contratos de compraventa, la vendía a sus clientes, personas naturales y jurídicas. En virtud de tales acuerdos sus proveedores de cartera trasladaban los flujos de los descuentos de las cuotas de los créditos de libranza a sus compradores con una rentabilidad estimada.

Sin embargo, a partir del análisis de la operación de la Sociedad, de las diferentes quejas presentadas por los compradores de cartera a esta Superintendencia, y de las verificaciones realizadas por este Despacho con las pagadurías respecto a algunos de los créditos que hacían parte de la cartera comercializada, se evidenciaron las irregularidades descritas en acápites anteriores, las cuales indican con claridad que la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S se encontró incursa en hechos objetivos de captación o recaudo no autorizado a la luz de lo establecido en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, el cual dispone lo siguiente:

> *"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."*

Lo anterior, por cuanto en las operaciones descritas previamente, la Sociedad, actuando como intermediaria entre las entidades operadoras de libranza originadoras de esa cartera y sus clientes, recibió masivamente recursos de terceros por la venta de una cartera materializada en pagarés-libranza que resultó ser inexistente en los casos descritos, y que no fue inscrita ante la entidad pagadora respectiva para su descuento, como fue reportado a esta Entidad.

A lo largo de los considerandos de la Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017, se aprecian razones que comprueban la configuración de hechos objetivos que indican i) la entrega masiva de, aproximadamente, tres mil seiscientos cincuenta millones seiscientos setenta y dos mil ochocientos ochenta y dos pesos ($ 3.650.672.882) a Optimal Libranzas S.A.S, a través de al menos doscientas ochenta (280) operaciones compraventa, cuyos activos adyacentes eran inexistentes; y, ii) el pago de setecientos once millones cuatrocientos ochenta y cinco mil trescientos ochenta y cinco ($711.485.385).a algunos compradores o inversionistas de supuestos flujos de libranzas que, en realidad, consistieron en rendimientos sin explicación financiera razonable al no haberse descontado ese mismo valor por las pagadurías.

En este punto el Despacho considera importante aclarar que esta Superintendencia actúa dentro del ejercicio de las funciones que le fueren conferidas por el Decreto 4334 de 2008. Dicha norma parte de la comprobación de la existencia de hechos objetivos o notorios de una actividad ilegal y no de un juicio de responsabilidad para cuya verificación en efecto esta Entidad carece de competencia. Por lo anterior, las alegadas buena fe y ausencia de responsabilidad de la Sociedad son ajenas al procedimiento de intervención establecido en la citada norma. En todo caso se aclara que esta Entidad actúa con fundamento en información recibida de la misma Sociedad, de sus compradores y de las entidades pagadoras cuya veracidad fue debidamente comprobada.

Respecto al asunto que verdaderamente ocupa al Despacho, lo indicado por la sociedad, en cuanto a que la razonabilidad financiera de las operaciones que fue sustentada con los soportes documentales de los pagarés-libranza y de los contratos anexos a las explicaciones presentadas, no puede ser de recibo por cuanto la Sociedad no se dedicaba a la mera comercialización de documentos, sino que tal y como lo indicó en los contratos celebrados con sus clientes, ésta comercializaba un activo consistente en cartera (derechos crediticios frente a deudores de créditos de libranza) por cuya existencia, validez e idoneidad además se obligó a responder en su venta a través de los referidos contratos.

En los modelos de contratos de compraventa de cartera aportados anexos a las explicaciones presentadas por la sociedad, la Sociedad estableció claramente como obligación del vendedor:

"(i) Verificar ante el "Vendedor Inicial" la existencia, validez y ejecutoriedad de los Pagarés libranzas objeto de este contrato de compraventa, su endoso en propiedad con responsabilidad cambiaria del "Vendedor inicial" y el recaudo de los flujos de caja asociados a cada uno de los títulos valores incorporados a esta cartera.

(…)

(iii) Verificar y confirmar el pago de los "Flujos de Caja" asociados a los Pagarés Libranza objeto de este contrato, en el término de 3 días hábiles contados a partir de la fecha en que "el Vendedor Inicial" entregue la confirmación del pago por parte de su Banco o entidad financiera".

En este sentido era clara la necesidad para la Sociedad de realizar un control efectivo que evidenciara que la cartera comercializada existiera realmente. Es decir, que en efecto los créditos de libranza habían sido desembolsados a los deudores e inscritos para su descuento ante las pagadurías correspondientes ya que, se reitera, la Sociedad no vendía, ni sus clientes compraban, simples documentos, sino los derechos crediticios materializados en los mismos, garantizados con el descuento directo por parte del empleador de los deudores respectivos, dada la modalidad en la que fueron supuestamente otorgados.

Respecto a lo afirmado por la Sociedad en cuanto a que no contraía obligaciones de pago con sus clientes, de manera que los verdaderos deudores eran los emisores iniciales de los títulos y los originadores de los mismos, ello no implica que podía eximirse de verificar que los activos que esta comercializara realmente existieran.

La razonabilidad financiera implica que el activo comercializado exista al momento de su venta para que la recepción de recursos de su comprador sea lícita y que las sumas futuras prometidas al comprador se deriven del mismo activo que pasa a ser de su propiedad. En este sentido, si debido a la inexistencia del activo no se descontó ninguna suma por la entidad pagadora a los deudores con ese fin, tampoco existe explicación financiera que justifique el pago de flujos a su comprador.

Por lo anterior, la documentación remitida por la Sociedad no resulta ser una prueba conducente para desvirtuar las irregularidades encontradas en los créditos de libranza que supuestamente subyacían las operaciones de compraventa de cartera realizadas por la misma, sin cuya existencia el recaudo de recursos de terceros (compradores) carece de toda justificación financiera. Como lo demuestran los análisis realizados a la información reportada por la misma Sociedad y por algunas de las pagadurías ante las que se debieron inscribir las libranzas, la inexistencia de los créditos (cartera) conllevó que tal operación se desdibujara en el presente caso.

La alegada ausencia de responsabilidad cambiaria incluida en el endoso de los títulos, es un asunto irrelevante para la aplicación de las disposiciones establecidas en el Decreto 4334 de 2008, cuando se trata de operaciones en las que se ha comprobado que no existió un activo que fuera efectivamente vendido a cambio de tales sumas de dinero. Así, la inclusión de la referida salvedad, perfectamente aplicable en el campo de los títulos valores a la luz de la normatividad comercial, no podía interpretarse por la

sociedad como una vía para dedicarse profesionalmente, y bajo los criterios establecidos por nuestra jurisprudencia que determinan la diligencia en el actuar de un buen hombre de negocios,7 a la comercialización masiva de cartera valorada en miles de millones de pesos, sin haber siquiera verificado la existencia del activo a comercializar (los créditos libranza) previa su venta a terceros. Más aun, cuando contractualmente declaró haber hecho tal verificación y se obligó con sus clientes a responder por la existencia, validez e idoneidad de la cartera objeto de compraventa, como quedó demostrado en los contratos aportados.

Se reitera que la Sociedad se dedicaba a la comercialización de cartera, como bien quedó establecido en el contrato celebrado con sus compradores, por lo que las afirmaciones indicando que la Sociedad se limitó a realizar una mera revisión documental para proceder a la venta, pues la información a la que tuvo acceso provenía de los títulos que componían la cartera remitidos por los originadores, evidencia la contradicción en que incurre en su argumentación.

La misma Sociedad ha reconocido a través de las explicaciones presentadas que no tenía manera de determinar que las compraventas de esta cartera guardaran relación con los flujos pertenecientes a cada negociación, por cuanto según lo indicó la información de las pagadurías le estaba vetada. Ello evidencia una vez más que la Sociedad no verificó la existencia de la cartera vendida, omitiendo asegurarse de la existencia, vigencia y validez de los activos alrededor de cuya comercialización giraba su actividad comercial.

OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, al dedicarse profesionalmente a la comercialización de cartera materializada en pagarés-libranza, debía conocer la existencia de los activos que estaba comercializando previa su venta a terceros. Al omitir tal verificación, por lo menos en los casos relacionados en el presente acto administrativo, al margen de su responsabilidad cambiaria, la Sociedad participó activamente la actividad de captación ilegal de dinero en la cual también participaron los originadores intervenidos, lo que no significa que la misma no haya incurrido en la misma conducta de manera autónoma al haber ofrecido al público y recibir masivamente recursos de sus clientes, en operaciones que se realizaron sin explicación financiera razonable, ya que dichos clientes desembolsaron dinero a la Sociedad para la compra de un activo que resultó ser inexistente.

El recaudo masivo de recursos realizado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S atentó en contra del orden público y económico del país protegido por el artículo 335 de la Constitución Política8. Lo anterior, por cuanto con tales actuaciones afectó a cientos de compradores de cartera quienes en su momento creyeron haber adquirido derechos crediticios sobre préstamos efectivamente otorgados a personas naturales y cuyas libranzas o autorizaciones de descuento se encontraban debidamente inscritas ante la entidad pagadora respectiva.

Así las cosas, sin perjuicio de que el endoso sin responsabilidad tenga las consecuencias que le otorgue la ley comercial, la inexistencia de la cartera comercializada y de los descuentos directos a los deudores por parte de las pagadurías demuestra con claridad la participación de la sociedad en hechos objetivos de captación, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4334 de 2008. Por lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 7° del mencionado Decreto, al verificarse la existencia del ejercicio de la actividad de captación de dineros del público sin la debida autorización estatal, la Superintendencia de Sociedades podrá decretar las medidas de intervención a las que haya lugar.

El Decreto 4334 de 2008 determina que el procedimiento de intervención es de carácter especial y cautelar, cuyo propósito es la pronta devolución de los recursos captados ilegalmente, frente al riesgo de afectación del orden público económico, especialmente protegido por el Artículo 335 de la Constitución Política. Dicho procedimiento permite la toma de medidas administrativas ante la ostensible presencia de evidencias sobre la configuración de hechos de captación, sin que haya lugar a la existencia de etapas comprendidas dentro del procedimiento administrativo sancionatorio regulado por el CPACA.

Al respecto, la Corte Constitucional estableció que: “Tal intervención tiene dos objetivos fundamentales: (i) 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 (ii) disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades”.9

Por ello, nos encontramos frente a un procedimiento especial de naturaleza cautelar en el que prima la protección del interés general y del orden público económico. A pesar de lo anterior, con el propósito de asegurar los derechos a la defensa y debido proceso de la Sociedad, y en aras de dejar total claridad sobre la legalidad de la medida, este Despacho concedió la oportunidad a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S de presentar las explicaciones que considerara pertinentes frente a las irregularidades encontradas.

4.4. Configuración de los supuestos de intervención

En cumplimiento del supuesto aludido en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, concluyó la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S 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:

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

4.5. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS:

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

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

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

4.5. TOMA DE POSESIÓN COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN

4.5.1. AUTO 400-005087 del 13 de abril de 2018 de 2018

Atendiendo lo presupuestado en el Decreto 4334 de 2008, *"por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008"*, conforme a las facultades otorgadas a la Superintendencia de Sociedades para decretar la intervención del gobierno 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, mecanismo que puede ser adoptado, entre otras, mediante la medida de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las personas naturales o jurídicas.

En esta medida, en el artículo 5 del citado decreto, se indicó que los sujetos llamados a ser intervenidos son las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, revisores fiscales, contadores y demás personas vinculadas directa o indirectamente.

De igual manera, en el artículo 6º del citado Decreto, se dispuso que 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

Como bien se explicó en la Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017, por parte del Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, se adoptó la medida de intervención administrativa por captación respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Nit 900.496.573, en donde se le ordenó la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva. Así mismo ordenó, entre otros, la remisión de lo actuado al Grupo de Intervenidas de la Superintendencia de Sociedades para que, dentro del ámbito de la competencia que le confiere el Decreto 4334 de 2008, adopte cualquiera de las medidas señaladas en el artículo 7 del citado Decreto. Remisión que se efectuó con memorando 301-000794 del 25 de enero de 2018.

En la citada Resolución, se indica que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. fue sujeto de una diligencia de toma de información ordenada en agosto de 2016, donde se aprecian razones que comprueban la configuración de hechos objetivos que indican i) la entrega masiva de, aproximadamente, tres mil seiscientos cincuenta millones seiscientos setenta y dos mil ochocientos ochenta y dos pesos ($ 3.650.672.882) a Optimal Libranzas S.A.S, a través de al menos doscientas ochenta (280) operaciones compraventa, cuyos activos adyacentes eran inexistentes; y, ii) el pago de setecientos once millones cuatrocientos ochenta y cinco mil trescientos ochenta y cinco ($711.485.385).a algunos compradores o inversionistas de supuestos flujos de libranzas que, en realidad, consistieron en rendimientos sin explicación financiera razonable al no haberse descontado ese mismo valor por las pagadurías.

Se recomendó al interventor atender las consideraciones expuestas en la circular 100-000005 de 27 de julio de 2014, sobre autocontrol y gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, en razón a sus funciones de administración y representación legal, tiene el deber y la obligación de revisar en todas y cada una de las listas de chequeo disponibles para el efecto, la información de los potenciales compradores de los bienes del deudor intervenido.

Conforme a lo anterior, y demás razones esgrimidas en el auto que adoptó la medida de toma de posesión como medida de intervención, con la toma de posesión, de los bienes, haberes, negocios y patrimonio de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S Nit. 900.496.573-1, con domicilio en Bogotá, se decretó el embargo y secuestro de todos los bienes, haberes y derechos de propiedad de la sociedad susceptibles de ser

embargados, y de los señores Eduardo Pineda Camacho, identificado con cédula de ciudadanía número 11.304.056, David Enrique Bustos Pérez, identificado con cédula de ciudadanía número 80.040.426, y Moisés Enrique de la Hoz Diaz granados, identificado con cédula de ciudadanía número 8.723.991.

También se ordenó al auxiliar de la justicia que una vez posesionado, proceda de manera inmediata, a inscribir la presente providencia en las oficinas de registro correspondientes, a efectos de que queden inscritos los embargos.

Ordenar a los establecimientos de crédito, sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa y sociedades administradoras de inversión, la congelación inmediata de los depósitos, inversiones, derechos fiduciarios, participaciones en carteras colectivas y demás derechos de los cuales sean titulares o beneficiarios los intervenidos. Dichos recursos deberán consignarse a orden de la Superintendencia de Sociedades – Grupo de Intervenidas, en el Banco Agrario de Colombia, Depósitos Judiciales, en la cuenta No. 110019196105.

Se ordenó a las pagadurías que pongan a disposición de la Superintendencia de Sociedades – Grupo de Intervenidas todos los recursos provenientes de los pagarés libranza originados por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en el Banco Agrario de Colombia, Depósitos Judiciales, en la cuenta No. 110019196105.

Se ordenó a las pagadurías negar las reclamaciones de pago o acciones de cobro de aquellos que exhiban pagarés libranzas objeto de medidas cautelares que puedan llegarse a ordenar por el Despacho y que hayan sido negociadas con la sociedad intervenida, en tanto que cualquier sujeto que alegue la legítima tenencia y/o la propiedad sobre dichos títulos valores deberá hacerse parte en el proceso y presentar su reclamación como objeción a los proyectos de calificación y graduación de créditos, inventarios y avalúos para que sean resueltas por el Despacho en dicha oportunidad.

Se advirtió a los afectados que las solicitudes de exclusión de bienes y de personas, deberán presentarse como una objeción a los proyectos de calificación y graduación de créditos, inventarios y avalúos, en la oportunidad procesal que corresponda.

Además de las demás órdenes y decisiones tomadas en el auto de fecha 13 de abril de 2018, finalmente se ordenó la liberación de los oficios masivos correspondientes a las entidades que tengan que ver en el citado proceso, a través del Grupo de Apoyo Judicial de esta Superintendencia.

Como se puede observar, en la actualidad aún se encuentra vigente y en curso la medida adoptada a sociedad Optimal Libranzas S.A.S., en toma de posesión como medida de intervención[43], proceso donde se deberán tramitar todas las reclamaciones de los afectados, dentro de los términos y oportunidades fijadas en el citado proceso, y no en un proceso paralelo al cual acuden los hoy demandantes.

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

5.1. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

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

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

Acorde con lo anterior, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo preceptúa que la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, indicando igualmente que, el Estado responderá, entre otras, cuando

[43] Auto 400-005087 del 13 de abril de 2018

la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

con la intención de inferir daño o que demarque una falta en el cumplimiento de sus funciones.

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

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

Como se indica en el parágrafo tercero de esta primera Clausula, la obligación de endosar y entregar física y materialmente los Pagaré Libranza al cliente o a la empresa designada para su conservación y custodia, estaba supeditada a que los compradores acreditaran efectivamente el pago de la cartera.

En ese orden de ideas, la negociación realizada entre los demandantes y la sociedad, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención, no se perfeccionó, ya que los demandantes solo se limitaron a la firmar el endoso en el pagaré libranza sin exigir la entrega de mismo, tal como se acordó en el contrato de compraventa en su Cláusula Segunda, numeral (ii) sobre la obligación del vendedor de entregar físicamente los títulos valores individualizados en el Anexo 1 del contrato, conforme a las normas legales que regulan la circulación de ese tipo de bienes mercantiles en favor de a favor de los compradores.

Así las cosas, los demandantes no sólo ignoraron el acuerdo contractual firmado con la OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención, sino que desconocieron lo establecido en la normatividad legal vigente, en cuanto al giro de los títulos valores, siendo un requisito indispensable para lograr las prestaciones contenidas en el titulo valor, como la exhibición del mismo; para lo cual requieren tener la posesión de éste, situación que en el presente caso no se dio.

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…)

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

VI. EXCEPCIONES

6.1. INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO.

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

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

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

No existe prueba alguna que demuestre la existencia de una omisión o acción en las atribuciones de la Superintendencia que conllevasen a una falla del servicio; por el contrario, se observa que la entidad a través de sus investigaciones busco evidencias de la existencia de anormalidades financieras en la sociedad, para poder actuar conforme a ello.

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

De otra parte, es procedente manifestar que las facultades legalmente conferidas a la Superintendencia de Sociedades no constituyen en sí, una obligación de resultado, en cuanto a garantizar que sus supervisados se ajustan al marco normativo; dado que el

campo de injerencia es sólo subjetivo frente a la entidad como sujeto y no respecto de la actividad que desarrolla en ejercicio de su objeto social.

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

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

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

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

Por lo tanto, encuentra el Alto Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que si al momento de tener noticia de las irregularidades en las que se considera incurre una sociedad sujeta a supervisión, el ente estatal adelanta las actuaciones dirigidas a verificar tales circunstancias, adoptando medidas tenientes a que la sociedad cumpla con la normativa a la cual se encuentra sujeta, dicho actuar se entiende como oportuno.

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

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

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

> *Esa labor de inspección que ejercía la Superintendencia Bancaria no garantizaba que el patrimonio de los depositantes o accionistas no resultara afectado como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la actividad de intermediación financiera, puesto que tal labor se concretaba a controlar que el ejercicio de dicha actividad se desarrollara conforme a la ley, y en la medida en que así no se hiciera, a adoptar de*

manera oportuna los correctivos e imponer las sanciones de rigor. (Subrayado fuera de texto)

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

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

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

(…)

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

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

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

Así lo ha resaltado esta Subsección al señalar:

> *"Sobre este punto, vale la pena resaltar que la obligación a cargo de la Superintendencia no es de resultado, pues según la carga obligacional contenida en el EOSF, la cual se expuso en precedencia, sólo está obligada a revisar la actividad de las establecimientos financieros y a vigilar y controlar dicha actividad, pero no a cogestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero"*[44]

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

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

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

"La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siéndolo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual[45].

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"[46], así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo[47].

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

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía[48].

No ofrece discusión alguna que la persona interesada en reclamar del Estado la reparación de los daños antijurídicos cuya causación imputa o la acción o la omisión de una autoridad pública y que, con tal propósito, ejerce la acción de reparación directa, tiene la carga de acreditar, en el proceso, la concurrencia de los elementos inherentes al régimen de responsabilidad en el cual amparó sus

[45] Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[46] Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.
[47] Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787
[48] Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

pretensiones, esto es, si se trata de un régimen objetivo de responsabilidad, deberá demostrar, además del daño, el hecho dañoso de que se trate, así como el nexo de causalidad entre aquél y éste; por su parte, si se trata de un régimen de falla del servicio -como se alegó en el asunto sub judice-, además de los pre mencionados elementos, tiene el actor en principio, la carga de demostrar que el servicio no funcionó, funcionó mal o que el funcionamiento fue tardío.

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

Sobre este aspecto en particular, advierte la Sala que, en estos casos, en los que se demanda la omisión de los órganos de control en la inspección y vigilancia de las entidades financieras, no todos los daños sufridos por los administrados son indemnizables, en consideración a que la función de supervisión, no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, sino que lo que se pretende con dicha vigilancia es asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado[49]*. (Subrayado fuera de texto)*

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

"Del cúmulo de normas que se trajeron a colación, se puede claramente concluir que la función de control, inspección y vigilancia que ejercía DANCOOP sobre las cooperativas se limitaba a la formulación de directrices, realización de visitas, adopción de medidas preventivas, tendientes a que la actividad de las entidades supervisadas fuera siempre transparente y no afectara los intereses de los usuarios, pero no implicaba garantizar que el patrimonio de éstos no resultara afectado al materializarse los riesgos inherentes a la actividad de las cooperativas, sino a que ésta fuera desarrollada conforme al marco legal y, en los eventos en que se incumplieran tales disposiciones, la entidad de control estaba facultada para adoptar oportunamente los correctivos a que hubiere lugar.

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

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

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

[49] Sentencia de 10 de julio de 2013, expediente 26.748, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; 10 de septiembre de 2014, expediente 27.801, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; y de 26 de febrero y 28 de agosto de 2014, Expedientes: 27544 y 30736, respectivamente.

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

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

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

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

6.2. INIMPUTABILIDAD DEL DAÑO A LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

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

Este concepto del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal, armoniza con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, en el entendido que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración.

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

Así las cosas las actuaciones que dieron origen a la captación ilegal de dineros del público, en primer lugar son ajenas a la Superintendencia de Sociedades y el segundo lugar escapan a la esfera del control jurídico que esta tiene sobre las sociedades; por lo que el supuesto daño que se les causo a los demandantes, no es consecuencia directa de las acciones de mi defendida, sino de los actos de terceras personas a los que los demandantes les entregaron su confianza y libre y espontáneamente decidieron asumir los riesgos e invertir en el negocio que se les estaba ofreciendo por parte de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S; situación está que desvirtúa cualquier responsabilidad de la Superintendencia de Sociedades, en el entendido que esta no tuvo ni podía tener ninguna injerencia en el actuar de los demandantes y de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

Los perjuicios reclamados, si son ciertos, no fueron ocasionados por esta Entidad, son atribuibles a los administradores de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, ya que mediante operaciones encubiertas ejecutó operaciones de captación de dineros de manera irregular y no autorizada, siendo aquellos los responsables por los perjuicios reclamados.

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

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

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

6.3. ROMPIMIENTO DEL VÍNCULO CAUSAL

En el presente caso existe una culpa de los demandantes por no haber atendido el deber de informarse, cuidado y mínima diligencia frente a las operaciones realizadas con fundamento en un contrato, es así que la entidad que represento no tiene injerencia en las relaciones privadas que nacen a la vida jurídica en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada.

Poniéndonos en el contexto de la imputación del daño antijurídico del Estado en las operaciones contra la captación ilegal del dinero, debemos recordar que en reciente jurisprudencia, el honorable Consejo de Estado - Sección Tercera reiteró que, en los casos de falla en las funciones de inspección, vigilancia y control, se enmarca en la regla general de imputación subjetiva del daño antijurídico o falla probada del servicio, donde "*(…) corresponde a la parte demandante acreditar los conocidos elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la administración pública: actuación u omisión del Estado, daño antijurídico y nexo causal entre aquélla y éste (…)"*[50].

En este escenario, contrario a lo que sucede en los eventos de la presunción de culpa o de responsabilidad objetiva del Estado (manejo de armas de fuego, conscriptos y responsabilidad médica, entre otros), es factible proponer la excepciones *de "culpa exclusiva de la víctima"* y *"culpa de un tercero*", pues la consagración constitucional de la responsabilidad del Estado si bien tiene una orientación garantista, no ha llegado a tal punto en que todas la desgracias ocurridas en la sociedad finalmente se atribuyan a la organización política por acción u omisión[51].

Partiendo de la base que en el régimen tradicional de responsabilidad se responde "*(…) por extralimitación en las funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones,*

[50] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A Sentencia 2000-02312/29944 de marzo 25 de 2015 Radicación: 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944) C. P.: Dr. Hernán Andrade Rincón. El caso se refiere a la irresponsabilidad del estado por el daño sufrido al Fondo de Empleados de Almacenes Magali París Fedemagali y otros por la liquidación de la entidad financiera BANCOOP.
En esta oportunidad el Alto tribunal revoca la condena proferida en primera instancia, en la medida que se demostró que la SUPOERINTENDENCIA BANCARIA desplegó oportunamente toda la competencia establecida en el estatuto orgánico del sistema financiero, sin que las medidas lograran evitar la liquidación de la entidad financiera a la que se ha hecho referencia. -

[51] 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; Pag. 40).-

obligaciones cumplidas en forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado (…)" [52], la Superintendencia de Sociedades ha demostrado y así lo corroborará en el transcurso del proceso que la competencia que le fue asignada por la ley fue utilizada en forma precisa y oportuna ante las alarmas recibidas [53]. Además, se debe enrostrar el incumplimiento de los deberes por parte del afectado en el caso concreto, pues la jurisprudencia ha hecho un balance en uno y otro extremo, donde entre más incuria se demuestre en el afectado, más fácil se diluye la responsabilidad por parte del Estado[54].

Partiendo de la base de que nadie está obligado a lo imposible, ni siquiera el Estado, la jurisprudencia distingue "(…) *entre omisiones laxas y omisiones en sentido estricto, refiriéndose a las primeras a la negligencia u olvido en los deberes de cuidado, que, de haberse cumplido, pudieron haber evitado un resultado dañoso prevenible. Las segundas, se refieren al incumplimiento de un deber legal previamente establecido en la ley y que el estado está en la obligación de ejecutar, resultado de su incumplimiento, el resultado dañoso (…)*"[55].

El máximo tribunal del control administrativo en reciente sentencia[56], reiteró que la culpa exclusiva de la víctima opera cuando el afectado incumple la ley o el reglamento que le es aplicable en el caso concreto, evento en el que debe asumir las consecuencias de su proceder.

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

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

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado[57]. El Consejo de Estado indica que la irresistibilidad alude a la "*(…) imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos*

---

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

[53] 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. -

[54] En el 2011 en el escenario más estricto de la responsabilidad en el transporte, el H. Consejo de Estado exoneró de responsabilidad al estado por la muerte de un peatón ebrio, pues pese a que fue arroyado por un vehículo oficial y el empleado público que lo conducía también estaba ebrio, se determinó que "*la conducta de la victima 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).

[55] 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.

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

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

nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados (…)"[58].

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

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo y excepcional"[59].

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

Para el análisis del asunto, donde la Superintendencia de Sociedades profirió auto inhibitorio por actividades de captación en primer semestre del año 2014[60], es evidente que se verifica la doble causal de "culpa exclusiva de la víctima" y "culpa de un tercero", en la medida que esta actuación no es imputable a la incuria de la administración, sino en el hecho demostrable de que la toma de información se llevó a cabo a partir de la contabilidad maquillada y dolosamente disfrazada.

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

Las irregularidades de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S han sido graves y notorias, pues el sistema de gestión documental de la Superintendencia de Sociedades, a mediados del año 2016 también evidencia de las quejas presentadas que se trataba de una información comercial engañosa, de las cuales se dio traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio en esa misma fecha.

Las actuaciones de la Superintendencia de Sociedades han sido diligentes y ponderadas, además, activadas las alarmas en el año 2016, se tiene por parte de la Entidad un conjunto de reacciones oportunas, las cuales condujeron a la Resolución 300-005082 del 22 de diciembre de 2017 ordenó a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva y posteriormente, a través de Auto No. 400-005087 del 13 de abril de 2018 se resuelve ordenar la intervención mediante toma de posesión de los bienes, haberes y patrimonio de la sociedad.

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

---

[58] Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Sentencia del 22 de junio de 2011.
[59] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16.530.
[60] Auto 400-005237 del 9 de abril de 2014 Inhibe de decretar intervención.

6.4. INEXISTENCIA DE DAÑO CON CARACTERÍSTICA DE ANTIJURÍDICO.

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

Es así como reza el aludido artículo:

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

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

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

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

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

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

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

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

Es pertinente señalar que, para los eventos cómo el que nos ocupa, se ha previsto un procedimiento privativo, expedito y excepcional que debe efectuarse por quién ha 'invertido' en una compañía que ha captado ilegalmente dineros del ´público. Ello es conocido por los afectados, de ahí que el demandante se haya hecho parte del proceso de intervención y en tal sentido ha sido aceptado en el mismo, motivo por el cual le ha sido devuelto las sumas de $ 5.900.000 y $ 1.800.000. Se trata de actuaciones contractuales realizadas por el afectado, de suerte que para lograr la devolución de lo "invertido" debe acudir a ese procedimiento en el cual se encuentra, en donde quien responde es la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención y no la entidad que represento.

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

Conforme lo aceptado por el demandante, él se hizo parte del proceso de intervención de la sociedad **Optimal Libranzas S.A.S**, en toma de posesión como medida de intervención, con la acreencia reconocida por la suma que a continuación se indica, así como las sumas devueltas y recibidas por el demandante así:

El señor **Jaime Antonio Estrada Florez** fue reconocido por valor de $60.117.630, con devoluciones por valor de $5.900.000 y $1.800.000, con saldo por devolver de $54.217.630, procedimiento que aún se halla en trámite en este momento.

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

VII. PRUEBAS

7.1. DOCUMENTALES

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

- Radicado del 05 junio de 2013-01-207741 (S.F Traslada queja a S.S)
- Radicado del 6 junio de 2013-01-209902 (S.F Traslada Quejas a S.S)
- Memorando 420-004557 del 11 junio 2013 (Asigna Investigación)
- Credencial 420-000232 del 2 julio 2013 (Toma de información)
- Radicado del 27 febrero 2014-01-096526 (S.F Allega Informe de visita)
- Radicado 10 marzo de 2014-01-113129 (Informe Superfinanciera)
- Auto 400-005237 del 9 de abril de 2014 (Inhibe de decretar intervención)
- Credencial 306-000271 del 3 agosto 2016 Visita Toma de información
- Radicado 12 agosto 2016-01-415250 (Acta Cierre de diligencia Toma de Información)
- Radicado 24 agosto 2016-01-428724 (informe Toma de información 4 y 10 agosto 2016)

- Radicado 31 agosto 2016-01-438769 (Queja de afectado por Optimal)
- Oficio 306-188748 del 29 sept 2016 (Traslado de Queja al Rep.Legal de Optimal)
- Oficio 306-188741 del 29 sep 2016 (SS Informa al peticionario sobre el trámite de la Queja)
- Radicado 20 enero 2017 2017-01-015787 (Respuesta Optima)
- Auto 430-003906 del 2 febrero 2017 (Rechaza Admisión a Proc.de Reorganización)
- Resolución 302-001377 del 4 abril 2017 (Apertura Investigación Administrativa)
- Auto 400-007811 del 28 abril 2017 (Resuelve Rec. Rep. Auto 430-003906 Confirma)
- Oficio 301-0129391 del 10 julio 217 (SS Requiere información a Colpensiones)
- Oficio 301-133395 del 11 julio 2017 (SS Requiere información a FOPEP)
- Oficio 301-133403 del 11 julio 2017 (SS Solicita información a Fiduprevisora)
- Radicado 21 julio 2017-01-379875 (Respuesta a Solicitud de Información de SS)
- Radicado 11 agosto 2017-01-427219 (Allegan inf. solicitada por SS)
- Acta 301-001756 de 5 sept 2017-01-474446 (Informe análisis bases de Datos Optimal, Fiduprevisora y FOPEP)
- Credencial 301-201869 del 15 sept 2017-01-483615 (Credencial para Toma de Información a COINVERCOR)
- Acta 301-002188 del 2 de noviembre de 2017 (Análisis bases de datos de pagarés libranzas de la sociedad)
- Radicado 18 octubre 2017-01-535619 (Colpensiones allega información solicitada por SS)
- Radicado 30 noviembre 2017-01-608139 (Procuraduría Inf. rad. pendientes respuesta a S.F)
- Resolución 302-004502 del 01 diciembre 2017 (Impone Multa Rep. Legal)
- Radicado 18 diciembre 2017-01-639291 (Optimal allega información a SS)
- Resolución 300-005082 del 22 diciembre 2017 (Adopta Medida de Intervención Administrativa)
- Memorando 301-000794 del 25 de enero de 2018 (Remite con Resolución a Intervenidas)
- Resolución 300-001429 del 23 marzo 2018 (Resuelve Rec. Rep. Resol 302-004502)
- Auto 400-005087 del 13 abril 2018 (Ordena Toma de Posesión)
- Acta 415-000769 del 3 mayo 2018 (Posesión Agente Interventor)
- Auto 400-007717 del 31 mayo 2018 (Atiende solicitudes, aclara y corrige Aut.400-005087)
- Resolución 302-002580 14 junio 2018 (Archiva investigación Administrativa)
- Acta 415-001379 del 13 nov 2019 (Posesión Agente interventor - Personas Naturales)
- Auto 420-010309 del 1 octubre 2020 (Convoca Audiencia Resuelve Objeciones al inventario y solicitudes de exclusión)

A) ACTUACIONES REALIZADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, respecto de la sociedad Optimal libranzas S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención (Anexo link).

B) Expediente del proceso de intervención en toma de posesión, adelantado a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención (Anexo link).

C) Expediente de la actuación administrativa adelantada por la entidad a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en toma de posesión como medida de intervención (Anexo link).

7.2. TESTIMONIO

Respetuosamente solicito se cite a rendir testimonio al doctor:

ANDRÉS ALFONSO PARIAS GARZON, Ex funcionario de la Superintendencia de Sociedades, quien fungió para la época de los hechos como DELEGADO DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL de la Superintendencia de Sociedades, para que testifique sobre los hechos que le consten de la demanda y a quien se puede notificar en la Av. 26 No 51 – 80 oficina 401 de la Superintendencia de Sociedades.

7.3 PARTE DEMANDANTE

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y REMISIÓN DE EXPEDIENTE

ME OPONGO a la prueba solicitada teniendo en cuenta que al proceso ya fue aportada copia del expediente que de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S que se encuentra en la entidad.

7.4 INFORME JURAMENTADO

ME OPONGO a la prueba solicitada, como quiera que la misma no resulta pertinente, teniendo en cuenta que al proceso fue aportada copia del expediente que de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S se encuentra en la entidad, dentro del cual aparecen cada una de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Sociedades respecto de la sociedad en mención, en desarrollo de funciones administrativas y jurisdiccionales.

Así las cosas, no existirían interrogantes por absolver respecto de las actuaciones desplegadas por la Superintendencia de Sociedades, pues se reitera, estas ya constan dentro del expediente.

VIII. PETICIÓN ESPECIAL

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

Si bien la reserva no aplica a las autoridades jurisdiccionales, en cumplimiento de la ley 1266 de 2008[61] se presenta en su integridad los expediente administrativo y judicial que a la fecha de la contestación de la demanda reposa en los archivos de la

[61] 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

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"*[62], lo cual involucra tanto los derechos de la parte actora como la entidad que represento.

En virtud de lo anterior, solicito a el titular del Despacho y la Secretaría de los JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTA, SECCION TERCERA tomar las medidas de seguridad que ordena la ley a los documentos y guardar la discreción sobre la información sensible, privada, semiprivada y reservada de las personas naturales, entidades financieras, cooperativas y otros comerciantes que son sujetos procesales o son objeto de las investigaciones administrativas y la medida de intervención que aún se encuentra en curso.

IX. ANEXOS

Acompaño al presente escrito poder para actuar y sus respectivos soportes, actuaciones específicas relacionadas en el acápite de pruebas, expediente administrativo y expediente de la intervención de la sociedad Optimal Libranzas S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención.

1). Poder a mí conferido por la Coordinadora del Grupo de Defensa Judicial.

2) Certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Administración de Personal, en la cual consta la vinculación de la Dra. CONSUELO VEGA MERCHÁN, como Coordinadora del Grupo de Defensa Judicial de la entidad.

3). Copia Resolución No. 100-000041 de 2021, contentiva de la delegación de funciones de la Superintendencia de Sociedades.

Links para acceder a los citados anexos:

A. Link con vínculo URL que contiene las Actuaciones enunciadas en el acápite de ACTUACIONES REALIZADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención, al poder y a sus anexos:

https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/cesarg_supersociedades_gov_co/Elbp_ZMpd0BMktV59fW04U8BGUiBdEX02ZevwgNaUafCiA?e=Kjek7Z

B. Link con vínculo URL que contiene el expediente de la actuación administrativa adelantada por la entidad a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en toma de posesión como medida de intervención:

https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/kellysb_supersociedades_gov_co/EkOh4eEfqQREl99MGPulatoBfxPrZ9saD_lZ0kogsCweFg?e=ng2IKS

C. Link con vínculo URL que contiene el expediente del proceso de intervención en toma de posesión, adelantado a la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, en toma de posesión como medida de intervención:

https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/enviosaj_supersociedades_gov_co/EtvZyZTcjB5Puy0Nm7xAdX4BnS7e7x8oFSlZiIc3-HYeIA?e=CHwfOz

X - NOTIFICACIONES

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

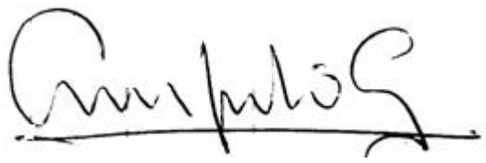
Las recibiré en la Secretaría de ese Despacho Judicial y en la Coordinación del Grupo de Defensa Judicial de la Superintendencia de Sociedades, ubicada en el Centro Administrativo Nacional –CAN- de Bogotá D. C. Avenida El Dorado No 51-80.

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

Ala parte demandante en el correo aportado en el traslado de la demanda:
notificacionesasturiasabogados@gmail.com

Al Ministerio público en el correo suministrado en el Auto Admisorio de la demanda:
mferreira@procuraduria.gov.co

Del señor Juez,



CESAR JULIO GALLO MARQUEZ
Funcionario Grupo de Defensa Judicial
C.C. No 80.419.299 de Usaquén
T.P. No 242.764 del C.S. de la J.
TRD: DEMANDAS

SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES