Radicación:2019174269-013-000
Fecha: 2022-01-31 16:56 Sec.día2261
Anexos: No

Trámite::132-DEMANDAS
Tipo doc::325-325 CONTESTACION ADICIÓN, SUSTITUCIÓN, O REFORMA DE DEMANDA
Remitente: 70420-70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS
Destinatario::ATM206857-JUZGADO 38 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Señores
JUZGADO 38 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Dr. Asdrúbal Corredor Villate – Juez
Carrera 57 No. 43-91, Piso, Edificio CAN, Oficina de Apoyo Judicial
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

Número de Radicación : 2019174269-013-000
Trámite : 132 DEMANDAS
Actividad : 325 325 CONTESTACION ADICIÓN, SUSTITUCIÓN, O REFORMA DE DEMANDA
Anexos :

Señores
JUZGADO 38 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Dr. Asdrúbal Corredor Villate – Juez
Carrera 57 No. 43-91, Piso, Edificio CAN, Oficina de Apoyo Judicial
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	11001-33-36-038-**2020-00034-00**
Demandante:	BENJAMÍN RICO CUTA
Demandados:	SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTRO
Asunto:	CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA
Radicado Interno SFC:	2019174269

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

1. IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

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

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

2. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA A LA DEMANDA

El numeral primero del artículo 173 de la Ley 1437 de 2011, dispone entre otras cosas lo siguiente: *"De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial".*
Ahora bien, mediante auto del 15 de diciembre de 2021, notificado por estado del 16 de diciembre siguiente, se admitió la reforma de la demanda y se corrió traslado de la misma por la mitad del término, es decir por 15 días hábiles, los cuales empezaron a correr a partir del día 12 de enero de 2022[1] y fenecen el 31 de enero del año en curso. Por lo tanto, es evidente que esta Superintendencia se encuentra dentro del término para pronunciarse frente a la reforma de la demanda.

Con el fin de evitar confusiones y con el ánimo de hacer más clara y organizada la intervención de mi prohijada, se hará un pronunciamiento general de los escritos de demanda y de reforma de la demanda, razón por la cual en el presente documento se integra la contestación de ambas.

3. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

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

- Carecer de fundamento respecto de mi prohijada, toda vez que lo expuesto por la parte demandante corresponde única y exclusivamente a la narración de un **incumplimiento contractual**, relación jurídica de la cual la SFC no fue parte;

- Por tratarse de una demanda cuyos fundamentos fácticos imposibilitan, por completo, hacerle una imputación de responsabilidad a la SFC;

- Por no existir nexo de causalidad entre los fundamentos fácticos expuestos, los perjuicios cuya reparación depreca la parte demandante y las funciones de esta Entidad;

[1] Lo anterior, como quiera el 17 de diciembre de 2021 no corrieron términos, por cuanto fue el día de la rama judicial.

- Por tratarse de un perjuicio que, de encontrar algún asidero, en todo caso evidenciaría que la responsabilidad no podría predicarse respecto de la **SFC. Como se demostrará, en el presente caso se configura el hecho de un tercero y la culpa de quien se reputa víctima;**

- Por tratarse de un asunto en el que se encuentran debidamente configuradas diversas causales que eximen de responsabilidad a la **Superintendencia Financiera de Colombia.**

En consecuencia, consideramos que no hay lugar a que la autoridad judicial acoja las pretensiones declarativas y de condena formuladas por el demandante.

4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

4.1. A esta Superintendencia **NO LE CONSTAN** los **HECHOS 1) al 3)** en los que se indica que el demandante fue contactado por la fuerza comercial de la empresa **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. hoy en toma de posesión como medida de intervención (en adelante OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.)**, que le explicaron en qué consistía el sistema de inversión en libranzas y el papel que dicha sociedad desarrollaba en la operación de títulos valores de esas características, los cuales le ofrecían en venta, prometiéndole a su vez una rentabilidad equivalente al interés bancario corriente.

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

4.2. Frente al **HECHO 4) NO NOS CONSTAN** los valores que allí se relacionan y nos atenemos a lo que para la época haya certificado la Entidad que represento. La tasa de interés certificada puede ser consultada en nuestra página web www.superfinanciera.gov.co, sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 180 del Código General del Proceso los indicadores económicos se consideran un hecho notorio.

4.3. En el **HECHO 5)** se afirma que el demandante indagó ante esta Superintendencia y la Superintendencia de Sociedades **(en adelante SS)** sobre la legalidad de las operaciones desarrolladas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., lo que le permitió establecer que las demandadas conocían de las operaciones, que habían realizado visitas, que dicha sociedad no era objeto de ninguna medida y que se trataba de una actividad no proscrita por la ley.

En lo que respecta a la SFC, debemos señalar que al revisar en el Sistema de Gestión Documental – SOLIP, que contiene la totalidad de trámites adelantados por esta Entidad, **no se encontró que el aquí demandante haya presentado ante esta Superintendencia petición alguna mediante la que indagara sobre el negocio ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., razón por la que NO ES CIERTO lo afirmado por el actor en el dicho. Valga la pena manifestar que en las pruebas allegadas con la reforma no reposa documento alguno que acredite tal antecedente**.

Finalmente, lo relacionado con la SS **NO NOS CONSTA** pues se refiere al actuar de una entidad distinta a la SFC.

4.4. Frente a los **HECHOS 6) y 7) NO NOS CONTAN** los términos de la información suministrada al aquí demandante por los asesores de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. pues son personas ajenas a esta Superintendencia. En cuanto a las verificaciones realizadas por medios informáticos, es deber del actor acreditar que las mismas fueron ejecutadas.

4.5. En cuanto al **HECHO 8)** en el que se manifiesta, sin hacer especificación respecto de una determinada persona, que varios inversionistas solicitaron a esta Superintendencia información sobre la legalidad de las operaciones adelantadas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., debemos señalar que al revisar el Sistema de Gestión Documental – SOLIP, que contiene la totalidad de trámites atendidos por esta Entidad, se encontraron las siguientes peticiones relacionada con la referida sociedad:

No.	RADICADO	PETICIONARIO
1	2013041076-000 del 6 de mayo de 2013.	Alvaro Iván Rojas
2	2013041086-000 del 6 de mayo de 2013.	Mauricio Santiago Jiménez
3	2016112058-000 del 5 de octubre de 2016.	Dr. Diego Felipe Vega Jiménez en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Diana Patricia Maldonado Rincón y Carlos Humberto Garzón.
4	2018019222-000 del 14 de febrero de 2018.	Luisa Fernanda Daza Manrique.

Frente a dichas comunicaciones estimamos oportuno hacer un breve resumen del objeto de las mismas, así como del actuar y respuesta dadas por esta Superintendencia. Veamos:

2013041076-000 y 2013041086-000.

Los señores Alvaro Iván Rojas y Mauricio Santiago Jiménez reenviaron a esta Superintendencia vía correo electrónico copia de un folleto que les fue enviado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en el que se promocionaba el negocio de venta de pagarés-libranza, comunicaciones en la que cuestionaban si dicho ofrecimiento era *"(…) otro DMG"* y se solicitó *"(…) para su revisión no hay (sic) sea otra pirámide."*

Con fundamentos en lo anterior se procedió a consultar la página web de dicha sociedad y se identificó que ofrecía sus servicios mediante tres sociedades, siendo una de ellas **OPTIMAL FACTORING** la cual se dedicaba a desarrollar actividades de factoring y dado que tales compañías no se encontraban, ni se encuentran sometidas a la vigilancia de la SFC, con fundamento en establecido en el Capítulo II y artículo 11 de la Ley 35 de 1993 se realizó mediante los Oficios No. 2013041076-001 y 2013041086-001 del 27 de febrero de 2014 el respetivo traslado a la entidad competente, que para el caso es la Superintendencia de Sociedades.

De otro lado, mediante los Oficios de respuesta No. 2013041076-002 y 2013041086-002 del 30 de mayo de 2014, se informó a los accionantes entre otras cosas que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. *"(…) **NO** se encuentra sometida a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, razón por la que no está autorizada para adelantar actividades exclusivas de las entidades vigiladas por este Organismo y dentro de ellas, captar masivamente recursos del público."*, así como el traslado realizado a la SS.

2016112058-000.

Mediante petición del 5 de octubre el 2016 el Dr. Diego Felipe Vega Jiménez en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Diana Patricia Maldonado Rincón y Carlos Humberto Garzón solicitó a este Organismo *"(…) **INTERVENCIÓN Y TOMA DE POSESIÓN POR CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL SIN AUTORIZACIÓN ESTATAL** debido a que **OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.** (…) ha realizado Captación masiva y habitual de dineros del público (…)"*

Considerando que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no se encuentra bajo vigilancia de esta Superintendencia y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, se remitió la mencionada comunicación a la SS para los efectos propios de su competencia, teniendo en cuenta que la mencionada firma se encuentra en la lista de las sociedades vigiladas por esa Entidad. Actuación que se surtió mediante Oficio No. 2016112058-001 del 12 de octubre de 2016.

Igualmente, al Dr. Vega Jiménez a través del Oficio No. 2016112058-002 del 18 de octubre de 2016 se le informó que conforme a lo dispuesto en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero este Organismo ejerce las funciones de sanción, supervisión, certificación y publicidad, entre otras, respecto de entidades sometidas a su vigilancia. Se precisó que la referida sociedad **NO** se encuentra sometida a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia y que su comunicación había sido remitida por competencia a la SS. Pues se evidenció que OPTIMAL se encontraba dentro de la lista de entidades sometidas a la vigilancia de esta autoridad, además por ser la competente para vigilar las sociedades que desarrollas operaciones de factoring y la facultada conforme al Decreto 4334 de 2008 para verificar si la citada sociedad desarrollaba operaciones que configuraran una captación ilegal de recursos del público, así como para adoptar las medidas administrativa pertinente y proceder con su intervención.

2018019222-000.

La señora Luisa Fernanda Daza Manrique mediante petición radicada el 14 de febrero de 2018 solicitó información y copia de los documentos relacionados con la visita de inspección realizada por esta Superintendencia a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. A través del Oficio No. 2018019222-001 del 28 de febrero de 2018 se atendió dicha solicitud, señalando que la citada sociedad no está sometida a la inspección, vigilancia o control de la SFC, se precisó que *"(…) la información relacionada con las labores de supervisión que desarrolle esta Entidad en cumplimiento de sus funciones tiene la connotación de "Información Pública Reservada" protegida por lo establecido en el literal e), numeral 3 del artículo 326 del EOSF, además los informes de las visitas de inspección que se lleven a cabo en razón de una actuación administrativa, son reservados, en virtud de lo establecido en el numeral 3° del artículo 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero."*.

En virtud de lo anterior se le solicitó a la señora Luisa Fernanda remitir *"(…) la correspondiente autorización del Juez de Garantías, o en su defecto cumplir con lo señalado en el parágrafo del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015."*, paro lo que se le otorgó un (1) mes de plazo. Teniendo en cuenta que dentro del referido término no se recibió respuesta alguna de la ciudadana, esta Entidad mediante Oficio No. 2018019222-003 del 5 de abril de 2018 le indicó: *"(…) este Organismo encuentra procedente decretar el desistimiento tácito de la petición y en consecuencia se ordena el ARCHIVO de la presente actuación administrativa, frente a la cual únicamente procede el recurso de reposición. Lo anterior sin perjuicio, que pueda presentar una nueva petición con el lleno de los requisitos legales (…)"*

4.6. En cuanto al **HECHO 9), NO NOS CONSTA** que el demandante haya adelantado algún tipo de indagación ante la Cámara de Comercio con el fin de averiguar el objeto social registrado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., por lo que nos atenemos a las pruebas que sobre este dicho reposen en el expediente.

4.7. Los **HECHOS 10) y 11) SON PARCIALMENTE CIERTOS,** debe precisarse que el día 6 de mayo de 2013 **se recibieron en esta Entidad dos correos electrónicos a los que se adjuntó copia de un folleto donde se invitaba a invertir en "*pagarés-libranza*" y se ofrecían excelentes utilidades, lo que generó en los remitentes dudas frente a si ese modelo de negocio era una pirámide**. Esta Superintendencia atendiendo las funciones de prevención y control del ejercicio ilegal de la actividad financiera consideró pertinente evaluar sí en el desarrollo del objeto social de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. se presentaban operaciones en las cuales se pudieran estar configurando hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público.

Por lo anterior la SFC, practicó una visita de inspección a la referida sociedad la cual se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación.

Así las cosas, nos atenemos al tenor literal de los antecedentes y en general al total del contenido de informe producto de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., documento que reposa en el plenario y que se allega nuevamente con el presente escrito.

4.8. El **HECHO 12) ES PARCIALMENTE CIERTO.** En el punto "*6 CONCLUSIONES*" del informe de inspección No. 11300809201300263 se indicó que: *"(…) de acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el presente informe y del análisis efectuado tanto a la información suministrada por la entidad visitada, como aquella que la Comisión de Visita recaudó en el transcurso de la inspección, se concluye que en la operación de venta de 'pagarés-libranza' llevada a cabo por la sociedad Optimal Libranzas S.A.S., con sus clientes compradores, a la fecha de la presente visita, no se encuentran configurados los supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008.*

(…)

Finalmente, es pertinente precisar que el modelo de negocio de la sociedad Optimal Libranzas S.A.S. empezó en mayo de 2012, período corto para determinar y establecer el impacto que puede presentar la siniestralidad de pagarés libranzas en los estados financieros de la sociedad, toda vez que el período evaluado corresponde a sólo 17 meses de operación."

4.9. Los **HECHOS 13) y 14) ES PARCIALMENTE CIERTO**, se debe precisar que mediante Oficio No. 2013058932-010 esta Superintendencia remitió a la SS copia del informe de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., esto debido a que cuando se estaba adelantando la misma se presentaron en dicha sociedad tres funcionarios de esa entidad que habían sido comisionados para llevar a cabo una toma de información, diligencia que se abstuvieron de practicar hasta tanto la SFC culminara la visita y remitiera el informe.

Ahora bien, con Oficio No. 2013058932-009 se remitió el informe de visita a la Superintendencia de la Economía Solidaria (en adelante SES), ya que en el curso de la misma se evidenciaron algunos hechos que podían ser del resorte de dicha entidad debido a la operación de compra y venta de pagarés-libranza originados de créditos otorgados por cooperativas.

4.10. Se indica en el **HECHO 15)** que la SFC es competente para imponer medidas cautelares con el fin de evitar que cualquier persona natural y/o jurídicas ejerzan sin autorización, actividades exclusivas de las entidades vigiladas.

Al respecto es oportuno señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 108 del Decreto Ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la SFC puede imponer a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las vigiladas sin contar con autorización, una o varias de las medidas descritas en tal disposición.

Igualmente, en los artículos 325 y 326 *ibidem* se otorgan a esta Entidad facultades de supervisión, prevención y sanción respecto de personas que desarrollas actividades propias de las instituciones vigiladas.

De lo anterior, se pude inferir que para que la SFC adopte alguna medida contra una no vigilada se debe evidenciar que esté desarrollando sin autorización una actividad propia de una entidad vigilada y para el caso en particular la sociedad Optimal Libranzas S.A.S. realizaba compra y venta al descuento de cartera de créditos instrumentada en títulos valores de contenido crediticio denominados "pagarés-libranza" y como se ha señalado anteriores y se explicará con detalle más adelante en la visita practicada a la referida sociedad se concluyó que a la fecha en que se practicó *"(…) no se encontraron configurados lo supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y Decreto 4334 de 2008".*

4.11. En los **HECHOS 16) al 19) y 21)** se indica que el demandante con ocasión de las presuntas indagaciones elevadas ante la SFC y SS suscribió con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. tres contratos de compraventa para la adquisición de libranzas, que con ocasión del negocio realizó unos pagos a la referida sociedad, que recibió unos dineros por concepto de amortización y que ante la cesación de pagos le quedaron adeudando dinero. Al respecto, debemos señalar que dichas circunstancias **NO NOS CONSTAN** pues la SFC no fue parte de la relación negocial celebrada entre la citada sociedad y el demandante.

Finalmente vale la pena llamar la atención pues con el traslado de la demanda y reforma no se allegó copia del contrato y consignaciones. No obstante, si dichos documentales reposan en el expediente, en relación con su validez, nos atenemos a lo que se pruebe a lo largo del proceso, así como a lo que resulte del juicio que deba realizarse en torno a su legalidad y veracidad y, en general, lo que pueda concluirse a partir de ellos

4.12. Respecto a los **HECHOS 22) al 26) y 29) al 32)** en los que se indica que el demandante recibió en el plan de pagos por parte del interventor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. unas determinadas sumas de dinero y le quedaron adeudando otro monto, que se hizo parte del proceso de liquidación de dicha sociedad, se entiende que se refieren al proceso de intervención, y se hace mención a las funciones de los interventores o agentes liquidadores nombrados por la Supersociedades, debemos manifestar que **NO NOS CONTAN** tales afirmaciones ya que se refieren a actuaciones surtidas al interior del proceso jurisdiccional que adelanta una entidad distinta a la SFC, en este caso la SS.

No obstante, lo relatado en estos numerales es susceptible de ser tenido en cuenta como confesión de parte, a efectos de establecer que el aquí demandante ya se encuentra reclamando las sumas pretendidas a través del presente medio de control, en la instancia por él referida.

Finalmente, los dichos relativos a las funciones del agente interventor o liquidador no constituyen un hecho sino una manifestación subjetiva del actor la cual debe acreditarse.

4.13. Frente a los **HECHOS 20) y 27),** en los que se señala que a mediados del año 2016 OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. cesó el pago de las amortizaciones, justificando dicha circunstancia en razones de orden operativo de cartera, además de asuntos relacionados con las pagadurías y menesteres internos de las cooperativas originadoras de los pagarés-libranza las cuales adujeron siniestros de cartera, debemos indicar que el contenido de los dichos corresponde a apreciaciones o señalamientos del demandante que deberán ser probados en el proceso.

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

4.14. Respecto al **HECHO 28) ES CIERTO** que la SS mediante Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 adoptó una medida de intervención administrativa respecto de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y ordenó a dicha sociedad la suspensión inmediata de las operaciones de captación masiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que el referido acto administrativo no fue expedido por la Entidad que representó y que es un documento público, nos atenemos al tenor literal del mismo.

4.15. Respecto a lo señalado en el **HECHO 33)** en el que se indica que la SFC y la SS conocieron a plenitud el modelo de negocio desarrollado por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y no obstante ello, no desplegaron acciones para evitar que continuaran en operación, debemos indicar que son

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

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

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

4.16. Señala el **HECHO 34)** que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. defraudó a aproximadamente trescientas trece (313) personas bajo su modalidad de negocio, por lo tanto, dicha afirmación deberá ser probaba dentro de la presente acción, en consecuencia, nos atenemos a lo que se pruebe.

4.17. Respecto al **HECHO 35)**, en el que se hace una transcripción de las actividades inscritas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, es de señalar que las mismas corresponden a la autonomía de la voluntad de los socios, quienes determinaron que actividades iban a registrar. **Se observa que ninguna corresponde a una actividad exclusiva de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, razón por la cual es dable afirmar, sin lugar a duda que dicha sociedad no se encontraba sometida a la vigilancia e inspección de esta Entidad.**

4.18. En relación con los **HECHOS 36) y 37),** en los que se indica que el demandante se involucró en el proceso comercial ofrecido por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. debido a la información brindada por la SFC y la SS, **NO ES CIERTO RESPECTO DE LA SFC Y NO NOS CONSTA FRENTE A LA SS.** Como se puso de presente al contestar el hecho 5), **NO ES CIERTO** que el accionante haya realizado algún tipo de indagación ante esta Superintendencia.

4.19. En lo atinente al **HECHO 38)** en el que se hace mención a las actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público y así de los supuestos de captación contenidos en el decreto 3227 de 1982, es necesario señalar previamente que dicha norma fue modificada por el decreto 1981 de 1988 y hoy están contenidas en el artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015. Precisado lo anterior, debe indicarse que no se trata de un hecho, sino de la cita textual de una disposición jurídica, por ende, nos atenemos al tenor literal de la misma.

4.20. En cuanto a los **HECHOS 39), 46), 47), 54), 55) y 56) que conforme a la numeración correcta corresponden a los HECHOS 56) y 57)** en los que se citan artículos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Decreto 4334 de 2008, debe indicarse que no se trata de hechos sino de la cita de disposiciones jurídicas, en consecuencia, nos atenemos al tenor literal de las mismas.

No obstante, resulta necesario distinguir que el artículo 2 del Decreto 4334 de 2008 corresponde a las atribuciones de intervención otorgadas a la SS respecto de las personas naturales o jurídicas que desarrollan las actividades descritas en los literales a) y b) de dicha disposición. Así, dicha norma difiere de las competencias y facultades conferidas a la SFC en los artículos 108 y 326 numeral 4) literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), las que con un contenido normativo autónomo se fundamentan a su vez en lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política. Y es que en virtud de éstas últimas disposiciones la SFC puede adoptar medidas cautelares frente a cualquier persona natural o jurídica de derecho privado que, sin contar con la autorización respectiva, desarrolle actividades exclusivas de las entidades vigiladas por la SFC, así como de cualquier otra que pueda estar incurriendo en captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público.

La facultad mencionada en cabeza de la SFC, no es otra que la materialización de lo que se puede denominar como función administrativa de supervisión y control en desarrollo de la cual a esta Superintendencia le corresponde inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que cuentan con autorización para constituirse, funcionar y que a la vez son habilitadas por la ley para manejar recursos captados del público. Lo anterior de conformidad con las normas legales pertinentes, como son, entre otros, los artículos 325 y ss. del EOSF que definen la naturaleza, los objetivos, las funciones y las facultades de este Organismo, así como también la obligación de prevenir y controlar que las personas no vigiladas realicen actividades como la captación ilegal de dinero, para lo cual aplica lo establecido en el artículo 108, literal d) numeral 1, del artículo 325, literal a) numeral 4 y literal b) numeral 5 del artículo 326 del EOSF, Decreto 1068 de 2015 y Decreto 4334 de 2008.

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

Finalmente, es importante resaltar que la SFC no adoptó medidas respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S, toda vez que de la visita efectuada, de las operaciones y de los documentos analizados, no se evidenció la configuración de supuestos o hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de recursos del público dentro de la actividad desarrollada por la misma para ese momento, tal y como se explicará más adelante.

4.21. Señala el **HECHO 40)** que para el momento en que se practicó la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., dicha empresa había celebrado contratos para la venta de libranzas con más de 313 personas.

Sobre el particular, dicho hecho **NO NOS CONSTA**, pero es necesario reiterar que la SFC realizó **una visita de inspección a dicha sociedad** que se desarrolló entre el 9 de julio de 2013 y culminó preliminarmente el día 17 del mismo mes y año. Sin embargo, el 02 y el 06 de diciembre de 2013, se adelantó una nueva visita a con el fin de actualizar la base de datos de la cartera y recaudos recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, y una vez culminada no se evidenciaron

hechos que permitieran inferir la captación masiva y habitual de recursos del público. En ese orden de ideas nos atenemos al tenor literal del citado informe.

4.22. En relación con los **HECHOS 41) al 43)** que se refieren al promedio de operaciones realizadas por cada persona con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., indican que las ofertas para la celebración de contratos de venta de libranzas se hacían de manera abierta y finalmente que para la fecha de celebración del contrato suscrito por el demandante con dicha sociedad, la misma había celebrado más de 20 contratos durante 3 meses, es menester señalar lo siguiente:

Ya que lo pretendido por el demandante es referirse a los supuestos de captación, debemos mencionar que tal y cómo se ha señalado a lo largo de este escrito, para las fechas en que la SFC realizó una visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., de acuerdo a la documentación estudiada y la normatividad para la fecha vigente, no se encontró evidencia de operaciones de captación ilegal de dinero, **no obstante, la SFC mediante los Oficios No. 2013058932-009 y 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014 remitió el informe de visita a la Superintendencia de la Economía Solidaria (en adelante SES) y Superintendencia de Sociedades**. No obstante, tales afirmaciones son apreciaciones subjetivas del actor, la cuales deberán ser probadas.
Por otro lado, respecto a las demás consideraciones realizadas por el accionante, relacionadas con la operación de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., me atengo a lo establecido en el informe de la visita adelantada a dicha sociedad, pues en aquel se consagran las evidencias recaudadas por esta autoridad y para el efecto tal documento se aporta como prueba.

4.23. En relación con los **HECHOS 44) y 45)** en los que se transcriben apartes del numeral 10.1 del acápite de antecedentes de la Resolución 300-005082 de 22 de diciembre de 2017 proferida por la SS y se indica que conforme a lo dispuesto dicho acto administrativo se fijó en la página web de la entidad un aviso de prenda del agente interventor de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., debemos señalar que esta Superintendencia se atiene al contenido literal de la Resolución y a lo que se pruebe en relación con el cumplimiento a lo ordenado en la misma, pues son actuaciones que no fueron ejecutadas por mi representada.

4.24. En cuanto a lo argüido en los **HECHOS 48) y 49)** en los que se afirma que la SS y la SFC a pesar de advertir el tipo de negocios que ejecutaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., no ejercieron ninguna medida que buscara detener la comercialización de libranzas, a pesar de las visitas celebradas durante los años 2014, 2015 y 2016, y que solamente hasta el 15 de noviembre de 2017 fueron adoptadas.

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

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

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

recibidos, modelo de negocio y fuentes de financiación, la cual fue ordenada en el Oficio No. 2013058932-005 del 29 de noviembre de 2013.

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

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

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

4.25. En lo atinente al **HECHO 50)** que se refiere a las supuestas investigaciones realizadas por el demandante mediante peticiones administrativas dirigidas a la SFC y a la SS, es de mencionar que **NO ES CIERTO en lo que atañe a la SFC,** pues tal y como ya se indicó, una vez verificado el Sistema de Gestión Documental - SOLIP que contiene los trámites adelantados por esta autoridad, **no se encontró petición alguna formulada por el señor BENJAMIN RICO CUTA.** Además, se reitera que con la demanda no se allegó prueba alguna que acredite lo que afirma el demandante.

4.26. Frente a los **HECHOS 51) al 53)** en los que se señala que la SFC y la SS, con ocasión de las respuestas de las supuestas peticiones administrativas interpuestas por el demandante, avalaron y tuvieron pleno conocimiento de las actividades delictivas que desarrollaba OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., al igual que del conocimiento de la suscripción de más de 20 contratos para la venta de libranzas en un período de tres meses, debemos mencionar que respecto de la SFC **NO ES CIERTO** lo acotado, pues como se ha expuesto, no se recibieron solicitudes del aquí demandante relacionadas el negocio celebrado con la referida sociedad. De igual manera, se hace hincapié en que de la visita realizada por la SFC se concluyó para la fecha, que las actividades realizadas por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., **NO** configuraban actividades de captación o recaudo no autorizado según el Decreto 4334 de 2008 y el Decreto 1981 de 1988, tal y como consta en el informe de inspección que se aporta.

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

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

4.27. En el **HECHO 56)**, **que conforme a la numeración correcta corresponde al HECHO 57)**, se indica que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. dado el número de operaciones, desarrollaba actuaciones privativas o reservadas de manera exclusiva al sistema financiero aprobado por la SFC como bancos, entidades de ahorro y vivienda, debe señalarse que se trata de apreciaciones de la parte demandante que **NO SON CIERTAS** y deberán ser probadas por el aquí demandante.

5. FUNDAMENTOS JURÍDICO DE LA DEFENSA

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

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

> *"**Artículo 90**: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*
>
> *En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir con éste".*

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

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de EstColombia2021sfc
ado ha entendido que a la luz de lo prescrito por el referido artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual de la Administración[2], tiene como fundamento[3] la determinación de una serie de elementos que deben concurrir para la declaración de la responsabilidad estatal, siendo estos: la determinación de un **daño antijurídico** causado a un administrado, así como la **imputación** del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de un deber y, por último, el **fundamento del deber de reparar**, que debe dar cuenta de las razones de derecho por la que los perjuicios deben ser indemnizados.

---

[2] La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son el resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.
[3] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976). Actor: Cleofas Tumbajoy Alarcón; Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y otros. Medio de Control: Reparación Directa. Sentencia del 16 de febrero de 2017.

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

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

5.1.1. El daño antijurídico

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

Señaló la Corte en dicha oportunidad, que la doctrina española ha entendido el daño antijurídico como *"el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo",* concepto precisado igualmente por el Consejo de Estado en sentencia de 13 de julio de 1993[4], como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en obligación de soportar"*.

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

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

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

Ahora bien, dadas las especificidades de este caso, teniendo en cuenta el título con fundamento en el cual la parte actora pretende imputar responsabilidad a mí representada ("omisión"), es menester precisar que la *omisión administrativa,* de acuerdo con el tratadista Libardo Rodríguez está definida como: "*las abstenciones de la administración que producen efectos jurídicos respecto de ella. Es decir, consisten en que la administración se abstiene de actuar cuando debería*

[4] Corte Constitucional. Sentencia C- 333 del 1° de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

hacerlo."[5], lo que nos permite inferir que en el presente asunto estamos ante un régimen de responsabilidad subjetiva bajo el título de falla en el servicio, lo cual como se demostrará a lo largo de este escrito, no se configura en este caso, dado que la SFC actuó y lo hizo de manera diligente y oportuna, de acuerdo con sus funciones y atribuciones legales.

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

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que la actividad de la Superintendencia Financiera tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero y del mercado de valores por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, como quiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado[6]. Frente a este tópico ha señalado:

> "*De toda esa actividad se deduce, sin mayores elucubraciones, que la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, no omitió, descuidó o retardó sus deberes de inspección, control y vigilancia, respecto de La Fortaleza S.A., menos aún durante su intervención hasta la toma de posesión de bienes, haberes y negocios con fines de liquidación, pues son claras las gestiones encaminadas a que la entidad vigilada pudiera continuar con el desarrollo de su objeto social, pese a los inconvenientes y problemas de solvencia y cumplimiento de todo tipo de normas de orden financiero.*
>
> *Ahora, en torno a que con su gestión pudo haberse evitado la toma de posesión y consecuente liquidación, cabe precisar que la función de supervisión de la Superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los accionistas y/o depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, por el contrario, tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado.*

Así lo ha resaltado esta Subsección al señalar:

> *"Sobre este punto, vale la pena resaltar que **la obligación a cargo de la Superintendencia no es de resultado**, pues según la carga obligacional contenida en el EOSF, la cual se expuso*

---

[5] RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. Editorial Temis. Bogotá 2000. Págs. 195 a 198.

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

en precedencia, ***sólo está obligada a revisar la actividad de los establecimientos financieros y a vigilar y controlar dicha actividad, pero no a cogestionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero."***[7] (Negrillas fuera de texto).

5.1.3. Nexo de causalidad

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

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

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

> "*(…) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta proviene del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla en el servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandando porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien fue por su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (…)*[8]*"* (Se resalta)

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

Por otro lado, en lo que al hecho del tercero respecta, se tiene que el mismo exonera de responsabilidad al Estado cuando se demuestra que ese tercero es "*completamente ajeno al*

[7] 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
[8] Consejo de Estado. 25 de Julio de 2002. Radicado 13744. Consejo Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura del nexo causal[9]*".*

6. ANALISIS PROBATORIO DEL CASO CONCRETO

Conforme lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. Por ello, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Este principio procesal es conocido como '*onus probandi, incumbit actori*'. A partir del estudio de dicho principio, es dable afirmar que tanto demandante como demandada tienen el deber de probar los hechos en que sustentan las pretensiones y excepciones propuestas, y en caso tal que dicha situación no se verifique por parte del Juez, la consecuencia jurídica es la negación de las pretensiones elevadas, como quiera que ante la falta de la prueba no puede tenerse por cierto el hecho. Sin embargo, no está de más advertir que una vez son arrimadas las pruebas a una controversia judicial, las mismas hacen parte del expediente y no de las partes, y en ese sentido habrán de ser analizadas en su totalidad siempre y cuando las mismas reúnan los requisitos formales que la ley exige para poder tenerlas como tal.

Bajo ese escenario, cabe indicar en relación con el asunto que se discute, que la SFC realizó las visitas de inspección a la que se ha hecho referencia a lo largo de esta contestación, atendiendo las facultades contenidas en el literal d) numeral 1 del artículo 325 y literal a) del numeral 4 del artículo 326 del EOSF, los numerales 1, 2 y 22 del artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 108 del Decreto 663 de 1993 o EOSF, modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, en función de las cuales este ente de control revisó el modelo de negocios de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. para establecer si recibía dinero del público, cuál era la forma en que lo hacía y determinar si en desarrollo de tal actividad se evidenciaba la existencia de hechos objetivos o notorios de captación en los términos previstos en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con los supuestos de captación de recursos del público consagrados en el artículo 2.18.2.1. del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.

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

Así las cosas, estos elementos junto con el escaso material probatorio aportado por la parte actora, nos permitirá probar que no existió omisión alguna por parte de la SFC en el ejercicio de sus funciones y por tanto el presunto daño sufrido no tiene la connotación de antijurídico. No obstante,

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

si el Despacho llegara a considerar que el daño existió, el mismo material probatorio nos permitirá acreditar que aquél, no puede ser imputable jurídicamente a la actuación de la Administración y por ende ser resarcible, ya que el mismo solo es imputable a la parte demandante y/o a terceros por completo ajenos a la administración pública.

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

6.1. Ausencia de daño antijurídico.

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

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

Es claro entonces que como quiera que en la demanda se reclama una indemnización derivada de la pérdida de los dineros que según se afirma fueron invertidos en OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ante la deficiencia de los medios de prueba aportados, no es posible predicar la existencia cierta y actual de la pérdida a que se hace referencia. Debe recordarse que, conforme a lo afirmado por la accionante, el reclamo que se pretende ya fue objeto de estudio en el proceso de intervención que adelanta la SS respecto de la referida sociedad. Por lo tanto, no es procedente tener por probadas las pretensiones de la demanda ante el carácter hipotético del presunto daño, ya que el demandante pretende la reparación de los perjuicios presuntamente irrogados en el escenario de la intervención. Así las cosas, consideramos se impone la necesidad de proferir un fallo que desestime la existencia misma del daño, así como el carácter antijurídico del mismo y que en consecuencia niegue las pretensiones de la demanda.

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

> *"A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables". lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definición normativa del concepto de daño antijurídico. Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como* ***"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que***

El emprendimiento es de todos
Minhacienda

no está justificado por la ley o el derecho" o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.
Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber:

La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 20 de la Constitución) sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 10 y 13 de la Carta).

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

La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resulta antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las ***personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos.*** *No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica. en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución).* ***En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares."*** [10] (Negrilla fuera del texto)

En ese sentido, como bien lo anota la jurisprudencia citada, no todo daño entendido como menoscabo a un interés o un derecho, es **antijurídico**, es decir, no todo perjuicio irrogado a un particular conlleva de suyo los ingredientes normativos que estructuran el deber de reparar. Así,

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

para que exista un daño y este sea antijurídico, es necesario que la víctima demuestre que no estaba en el deber conforme al ordenamiento jurídico, de soportarlo. De allí que acertadamente se tenga que, si se llegaran a probar los supuestos daños que se reclaman por el demandante, los mismos no son antijurídicos, pues se debe considerar que aquel experimentó una merma patrimonial **como la que puede tener lugar en cualquier otro negocio de riesgo monetario, la cual se magnificó, desde luego, ante la existencia de los altos rendimientos que la accionante señala le fueron prometidos.**

Así, si se llegaré a demostrar que la actora efectivamente hizo entrega de una suma de dinero a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. la misma fue una decisión libre y voluntaria de aquella, debiendo considerarse que quizá lo hizo obnubilada por la rentabilidad ofrecida en la operación de compra de pagarés libranzas. Se debe recalcar que para la actora los deudores de las libranzas eras personas desconocidas, aspecto que conlleva a que la operación que realizó fuera riesgosa. De otro lado, en el expediente no reposan pruebas que acrediten que el demandante por precaución hubiera revisado físicamente los pagarés que aduce haber adquirido o bien en las oficinas de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. o en la empresa que indica tenía la custodia de dichos título; es decir, no se cercioró si quiera de la existencia real de los mismos, como tampoco se evidencia su diligencia en al menos verificar el comportamiento de la deuda, del pago de dicha cartera, circunstancias que también demuestran la culpa exclusiva a cargo de la accionante que entregó su dinero sin verificar las condiciones reales del negocio.

En el presente caso no se puede desconocer que el demandante esperaba obtener unas utilidades del negocio aleatorio que celebró, de las cuales sería ella la única beneficiaria. Por lo tanto, no tendría sentido que las pérdidas del negocio o los riesgos de la operación emprendida tenga que asumirlos el Estado, asumiendo como si la Administración hubiese participado en el acto autónomo y libre que hoy viene a ser la causa de los perjuicios. En ese escenario, consideramos que una correcta aproximación al asunto que nos concita, debe tener en cuenta que como no todo daño es antijurídico, el daño que no tiene esta característica debe ser soportado por el particular cuando este ha concurrido a su causación, pues los riesgos de su decisión no pueden socializarse para que el Estado y la sociedad en su conjunto respondan por decisiones de que haber prosperado solo habrían supuesto un beneficio individual para el hoy demandante.

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

6.2. Inexistencia de una omisión imputable a la SFC.

Superado el aspecto relacionado con la existencia del daño cuya reparación se pretende por la presente vía judicial y como quiera que en los hechos de la demanda se evidencia que la responsabilidad de mi representada se afinca o atribuye a una supuesta falla del servicio por "omisión", procede poner de presente la **inexistencia de omisión imputable** a esta Entidad, por

lo que a continuación se señalarán los principales aspectos de la actuación administrativa que con diligencia, previsividad y asertividad este ente de control efectuó respecto OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

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

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

Bajo este entendimiento, es claro que los interesados en desarrollar actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público deben estar bajo vigilancia de esta Superintendencia. En virtud de ello, es necesario que se constituyan en la forma y términos que establecen el artículo 53 y siguientes del EOSF y la Parte Primera, Título Primero, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica de la SFC. Tales disposiciones señalan que dichas entidades deberán obtener previamente el certificado de autorización respectivo el cual será otorgado por esta Superintendencia, **circunstancia que en el presente asunto jamás ocurrió.**

6.2.2. Actuación diligente de la SFC respecto de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S a pesar de no ser una entidad vigilada, con el fin de establecer un posible escenario de captación masiva e ilegal de recursos del público. Inexistencia de omisión imputable por parte de este Organismo de Inspección y Vigilancia.

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

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

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

COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL, respectivamente.

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

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

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

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

Como se ha señalado a lo largo del presente escrito, el demandante acude al presente medio de control de Reparación Directa, para reclamar solidariamente de las entidades demandadas, un resarcimiento de índole económico, fundado en una presunta responsabilidad extracontractual de la administración pública por supuestamente *"avalar"* el desarrollo de las actuaciones de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. Indica que dicha sociedad desplegó conductas de captación masiva e ilegal de recursos del público, que en virtud de ello las demandadas habrían incumplido sus deberes de inspección, vigilancia y control en relación con el funcionamiento de la sociedad encartada en el asunto, a la que afirma haber entregado sumas de dinero con el fin de comprar títulos valores. Por ello, en su sentir ese hecho la habilita para reclamar perjuicios materiales por la presunta omisión en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008.

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

Bajo esa óptica, debe decirse que la SFC no tuvo participación, directa o indirecta, en los actos y hechos con base en los cuales ahora se pretende derivar su responsabilidad. Y es que no basta con efectuar acusaciones temerarias e irreflexivas para que se configuren las condiciones en las

que ha de incurrirse para que el Estado deba responder por su acción u omisión. En relación con las exigencias de orden jurídico que deben acreditarse para que el Estado pueda ser responsable, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado:

> *"Tal concepto implica, como lo ha dicho repetidamente la Sala, que la responsabilidad de la Administración* ***no puede resultar comprometida cada vez que un particular resulta lesionado en su vida, honra, bienes creencias y demás derechos y libertades,*** *para cuya protección están establecidas las autoridades de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución, pues el examen del cumplimiento adecuado de las obligaciones del Estado no puede hacerse con relación a un Estado ideal,* ***sino con referencia concreta a la Administración a la que se impone tal obligación,*** *teniendo en cuenta sus recursos, sus capacidades y sus posibilidades y sin que pueda olvidarse que nadie, tampoco el Estado, puede estar obligado a lo imposible".*[11] (Negrilla fuera del texto)

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

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

> *"En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico y; d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a éste último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión (…)"*[12]

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

[11] Consejo de Estado. Sentencia de 6 de octubre de 1995, expediente 9535. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
[12] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-27-000-2001-00009-01 (AG).

económico de los usuarios del servicio o actividad objeto de control, inspección y vigilancia.

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

> *"La actividad financiera que desarrollan los particulares está sometida a la inspección y vigilancia del Estado, en razón del interés general que esa actividad reviste, por su incidencia en la economía. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado por los daños que se derivaran de actuaciones irregulares de quienes ejercen dicha actividad* ***se produce siempre que la entidad estatal incurra en omisión en el cumplimiento de las funciones que le corresponden como autoridad de policía administrativa, pero cuando se demuestre que de haber dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares"***[13]

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

En este punto resulta pertinente manifestar que la SFC como entidad estatal de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo consagrado en el artículo 121 de la Constitución Política, **sólo tiene competencia en relación con las materias a su cargo** y con sujeción a las funciones atribuidas por la Constitución y la ley, las cuales para el caso de esta Autoridad, se encuentran descritas, en el Decreto 2739 de 1991, Decreto – Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - EOSF), la Ley 964 de 2005, Decreto 2555 de 2010 (modificado, entre otros, por el Decreto 1848 de 2016 y el Decreto 2399 de 2019), y las demás normas que las modifiquen o adicionen.

De tal manera, esta Superintendencia es el Organismo técnico encargado de ejercer funciones de control, inspección y vigilancia **sobre las entidades que conforman los sectores financiero, asegurador, bursátil y previsional del país**, teniendo como objetivo supervisar el sistema financiero y el mercado de valores colombiano, de acuerdo con la facultad consagrada y delegada en los artículos 189 numeral 24 y 211 de la Constitución Política.

De ahí que a la SFC, desde la óptica de sus funciones administrativas, **no le compete intervenir en las relaciones contractuales entabladas entre las entidades vigiladas (y no vigiladas) y los particulares**. Es así como, esta Entidad no puede impartir órdenes referidas a la ejecución y terminación de contratos celebrados entre los particulares y sus entidades vigiladas ni mucho menos las no vigiladas, dado que su función de supervisión no trasciende a la intrusión en la esfera de la autonomía de las partes que se caracteriza por la libertad negocial, pues estaría desbordando

[13] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).

el ámbito de su competencia administrativa. **Una interpretación contraria llevaría a pensar que esta autoridad tiene facultades para coadministrar o para dirimir diferencias que puedan surgir en las relaciones contractuales, e incluso para asumir responsabilidades por completo ajenas a su naturaleza, objetivos y funciones.**

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

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

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

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

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

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

> *"El propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan – constitucionales, legales y reglamentarias -, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente, en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judice pudiere consistir en hacerle asumir sus*

obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daño a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. ***La responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, solamente puede quedar comprometida si se demuestra en el proceso i) que el servicio a cargo de la Superintendencia no fue prestado o lo fue de manera tardía, negligente o equivocada y ii) que esa falta en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se depreca"***[14]***.***

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

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

"La responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, ***pues la función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector****, no puede perderse de vista que el contenido obligacional a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda -so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar (…) cuando las victimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado – el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión-, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general. Frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser -se itera- la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales"*[15]*.*

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

Por lo tanto, las actuaciones desplegadas por este Organismo frente a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., en ningún caso se llevaron a cabo por ser ésta una industria supervisada por la SFC. Por

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1995-00936-01 (22984).
[15] Ibid.

el contrario, las mismas se hicieron con fundamento en la habilitación que esta Entidad ostenta a la luz de los artículos 108 y 325 numeral 4) literal d) del EOSF, entre otros, para inspeccionar y adoptar medidas frente a las entidades que se presuma, puedan estar desarrollando actividades exclusivas de las vigiladas, o lo que es lo mismo, se encuentren realizando de forma ilegal el ejercicio de la actividad financiera y aseguradora, que sí tiene bajo su égida la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. EXCEPCIONES

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

7.1. EXCEPCIONES DE FONDO

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

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

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

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

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

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

Nombre Cooperativa a sociedad	Radicado	Fecha de Inicio	Fecha de Finalización.
Estrategia Patrimonial S.A.S	2013064058	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Libranzas Group S.A.S	2013081468	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
Cooperativa Multiactiva COOPDOMUS LTDA.	2013064063	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
Cooperativa Multiactiva de Palmira - COOMUPAL	2013064064	22 de julio de 2013	26 de julio de 2013
COOPERATIVA DE CRÉDITOS MEDINA - COOCREDIMED	2013081431	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013
COOINVERCOR	2013081463	23 de septiembre de 2013	27 de septiembre de 2013

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

- Que suscribió un contrato con OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. denominado *"Contrato marco de compraventa de cartera"*, vigente hasta el 13 de noviembre de 2013. En dicho documento se aclaró que los "*pagarés – libranza"* vendidos a OPTIMAL provenían de las Cooperativas COOPDOMUS Y COOMUPAL.

- Celebró un contrato de cesión con OPTIMAL y COOPUMAL, por lo tanto, a partir del 23 de septiembre de 2013 OPTIMAL LIBRANZAS empezó a comprar los *"pagarés-libranza"* libranza directamente a la cooperativa y a recibir de manera directa el pago de los flujos.

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

- Que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. suscribió con aquella un contrato denominado *"Contrato de compra de cartera con responsabilidad"*, a través del que le compró los derechos de crédito incorporados en los *"pagarés-libranza"* que eran adquiridos de las cooperativas COOCREDIMED, SERVICOOP, COOPNALCRES, COOPHABITAT, LEGALCOOP, COINVERCOR y COOPCRESOL.

- Se probó que el 26 de septiembre de 2013, LIBRANZAS GROUP S.A.S., OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y COOCREDIMED celebraron un contrato de cesión, con el objeto de

comprar los *"pagarés-libranza"* directamente a la Cooperativa sin la intervención de LIBRANZAS GROUP S.A.S.

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

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

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

- Los contratos suscritos entre OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S., no gobernaban en su totalidad la relación comercial y las prácticas operativas que tenían vigentes, pues no se incluyeron aspectos relativos al procedimiento para hacer efectiva la cláusula de responsabilidad cambiaria en el evento de presentarse "*pagarés-libranzas"* siniestrados, incumplimiento en pagos, prepagos o títulos viciados.

- En el numeral 4.3 de la cláusula 4 y 7 de los denominados *"Contratos de Compraventa de Cartera Persona Natural y Persona Jurídica"*, utilizados para oficializar la venta de *"pagarés-libranza"*, se hacía referencia a una Fiduciaria y a la firma ERNEST & YOUNG, sin embargo, para el momento de la visita no habían sido formalizados, lo que inducía a que los inversionistas de manera errónea creyeran que esas entidades hacían parte del proceso y de los controles establecidos en la venta.

- Efectuada la revisión del contrato marco firmado con la sociedad Estrategia Patrimonial S.A., se encontró que en la consideración primera y cláusula sexta se hace referencia a operaciones de *"factoring"* contrario a lo señalado en el texto y forma del documento, pues en este se hace referencia a la compra de *"pagarés-libranza".*

- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. no conocía ni tenía el control de los "*pagarés-libranza*" que presentaban mora o impagos en los flujos mensuales. En el contrato suscrito con Estrategia Patrimonial S.A. no se contempló que dicha situación debía ser informada.

- Las sociedades Estrategia Patrimonial S.A.S. y Libranzas Group S.A.S. no reportaron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. los pagarés siniestrados, toda vez que esa información no se solicitaba a las Cooperativas, lo que llevó a que OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. asignara *"pagarés-libranza"* con recaudo en cero o con recaudos que presentaban cuotas menores al valor esperado.

- Las Cooperativas COOMUPAL y COOCREDIMED giraban a ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. el valor de los flujos que se vencían durante el mes, sin embargo, no se encontró evidencia de la verificación por parte de las Cooperativas del reporte de descuentos generado por las pagadurías para constatar si existían pagarés que no hubieran sido objeto de descuento.

- ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A.S. giraron a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. el valor total de los flujos que se vencían en el mes para cancelar la mensualidad a los inversionistas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- Se revisó el caso particular del señor Farid Stefenn Uribe quien realizó una compra por $500.000.000. OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. le asignó 116 *"pagarés –libranza"* por valor de $668.498.202 a un plazo de 36 meses, con pagos mensuales de $19.100.000. Se identificó que 11 de los títulos no recaudaron su flujo mensual, no obstante, OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. recibió los dineros girados por las cooperativas a Estrategia Patrimonial para pagar los flujos convenidos con el inversionista.

- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. solicitó a las cooperativas COOPNALCRES, LEGALCOOP, MUNDOCREDITO, HABITAT, COOCREDIMED, COOMUPAL y COOPDOMUS certificaciones de la cartera siniestrada. Sin embargo, las dos ultima no remitieron la información solicitadas. Esta Superintendencia realizó visita de inspección[16] a dichas cooperativas, en la cual se evidenció que vendieron "*pagarés-libranza"* con flujos cero o sin recaudar el 100% de la cuota o flujo mensual. COOCREDIMED remitió fotocopia simple de una certificación donde señaló que los pagos de los flujos de la cartera negociada se pagaban con oportunidad y suficiencia, pero no se hizo referencia a la existencia o no de cartera siniestrada, situación contraria a lo que evidenció la SFC en la visita realizada a esa cooperativa, pues se encontraron "*pagarés-libranza"* con flujos cero y con recaudo menor al esperado.

- OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. a partir de noviembre de 2013 modificó su modelo de negocio, toda vez que en la venta de *"pagarés-libranza"* procedió a endosar los títulos en propiedad, pero sin responsabilidad a favor del comprador.

[16] Se realizaron visitas de carácter administrativo a las Cooperativas: COOPDOMUS LTDA, COOMUPAL, COOCREDIMED, COOINVERCOR y a las sociedades ESTRATEGIA PATRIMONIAL S.A.S. y LIBRANZAS GROUP S.A. entre los meses de julio y septiembre de 2013.

- Se hizo una revisión del "Archivo Visita Super 5 Dic 13" entregado el 10 de diciembre por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con el fin de verificar que el periodo de maduración de los *"pagarés-libranza"* vendidos coincidieran con los meses pactados y vendidos a los compradores de esos títulos, no se encontró irregularidad alguna.

- De acuerdo con la valoración de los hechos descritos en el informe y el análisis de la información suministrada por la entidad visitada, como aquella que se recaudó por la comisión de visita en la inspección, se concluyó que para la fecha de la visita, en el desarrollo de la operación de venta de *"pagarés-libranza"* llevada a cabo por OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. con sus clientes compradores, no se configuraban los supuestos o los hechos objetivos o notorios de captación no autorizada de dineros del público al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988 y en el Decreto 4334 de 2008.

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

Sea oportuno mencionar que las cooperativas asumían la obligación de pagar los flujos mensuales para con los tenedores de los *"pagarés-libranza"* independientemente de que recaudaran los dineros o si se presentaban prepagos, y sin perjuicio de la responsabilidad que se podía predicar de las mismas, tema que resultaba ser del resorte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, razón por la que esta Superintendencia le trasladó copia del informe de inspección a dicho Organismo.

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

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

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

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

7.1.2.1. Hecho de un tercero

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

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

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

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

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

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

7.1.2.2. Culpa exclusiva de la víctima.

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

Cabe señalar, con base en las conclusiones contenidas en el Informe de Inspección analizado a lo largo de este escrito, que al parecer lo que ocurrió con la aquí accionante no fue otra cosa que la celebración de un contrato aleatorio, en los términos descritos en el artículo 1498 del Código Civil, esto es, aquel en el cual existe una contingencia incierta de ganancia o pérdida, y el cual se materializó en la compra de una cartera, que se generó en el alea de una posible rentabilidad atada al recaudo de unos recursos que se lograría en un periodo de tiempo determinado. Por ende, no se puede pretender fundar responsabilidad en el Estado por el resultado de un negocio determinado por la autonomía de la voluntad de las partes, menos aun cuando el resultado del mismo dependía o estaba íntimamente ligado a los riesgos propios de los negocios realizados, y que el demandante consintió asumir libre y voluntariamente.

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

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

De otro lado, es importante considerar que la presunta relación contractual entre el demandante y OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., se trata de un negocio privado sin intervención alguna de la SFC,

en el cual el interesado asevera haber realizado una "inversión" de dinero, tipo de negocio que hace referencia a la colocación de capital en una operación, proyecto o iniciativa empresarial con el fin de recuperarlo con intereses en caso de que el mismo genere ganancias, para la economía y las finanzas las inversiones tienen que ver tanto con el ahorro, como con la ubicación del capital y aspectos vinculados al consumo. Una inversión es típicamente un monto de dinero que se pone a disposición de terceros, de una empresa o de un conjunto de acciones con el fin de que el mismo se incremente producto de las ganancias que genere ese fondo o proyecto empresarial. Así, toda inversión implica tanto un riesgo como una oportunidad. Un riesgo en la medida en que la devolución del dinero invertido no está garantizada, como tampoco las ganancias. Una oportunidad en tanto el éxito de la inversión puede implicar la multiplicación del dinero colocado.

Respecto de lo anterior, se debe señalar que:

> "*En la inversión privada suelen considerarse tres variables distintas; la primera corresponde al rendimiento esperado, es decir, la rentabilidad que se considera que tendrá en términos positivos o negativos, la segunda obedece al* ***riesgo aceptado, es decir, la incertidumbre sobre el rendimiento, la posibilidad de que la inversión no se recupere****, y por último el horizonte temporal, o bien el período a corto, mediano o largo plazo durante el que la inversión se sostendrá*."[17]

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

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

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

---

[17] Definición ABC: http://www.definicionabc.com/economia/inversiones.

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

7.2. Intervención como escenario idóneo para las reclamaciones de índole económica como la que se pretende.

El trámite de la demanda judicial por medio de la interposición del medio de control de reparación directa, no es el mecanismo adecuado para pretender la restitución de los dineros que se dice fueron entregados a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., pues con ello se desconocen las instancias legales dispuestas especialmente para tales fines, esto es, el trámite administrativo que con fundamento en el artículo 5° del Decreto 4334 de 2008, el cual fue ordenado por la SS mediante Auto 400-005087del 13 de abril de 2018, a través del que se decretó la toma de posesión como medida de intervención de OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., escenario en el que existe la posibilidad de devolver de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas.

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

8. PETICIÓN

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

En forma principal:

1. Que de **DECLAREN PROBADAS** las excepciones previas de **CADUCIDAD y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.

2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

En forma subsidiaria:

1. Se **DECLAREN PROBADAS** las excepciones de mérito o de fondo denominadas: **ACTUACIÓN DILIGENTE Y CONFORME AL MARCO DE SUS COMPETENCIAS POR PARTE DE LA SFC RESPECTO DE OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.; CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD – INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN DE LA SFC Y EL DAÑO IRROGADO (HECHO DE UN TERCERO – CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA); INTERVENCIÓN COMO ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS**

RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONOMICO COMO LA QUE SE PRETENDE.

2. Se **NIEGUEN** todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la misma.

En cualquier caso:

i) Se **CONDENE EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO** a la parte demandante.

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

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

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

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

En consecuencia, esta objeción afecta la totalidad del monto estimado bajo juramento por la parte demandante. En cuanto se desestimen las pretensiones – tal como lo solicito – deberán decretarse y liquidarse, a favor de mi prohijada y a cargo de la demandante, las sumas correspondientes a costas, incluidas las Agencias en Derecho.

10. RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DEMANDANTE.

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

10.1. Remisión de expedientes:

En los acápites del escrito de reforma a la demanda titulados *“EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA”* y *“REMISIÓN DE EXPEDIENTE”*, el demandante solicita las mismas pruebas documentales, que corresponde entre otras a: i) copia del informe de la visita practicada a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., ii) copia de los oficios mediante los que se

remitió a la SS y SES el informe de inspección y *iii)* Otros documentos relacionados con la actuación administrativa.

En relación con dicha solicitud, es de mencionar que con la presente contestación se adjunta el Informe de Inspección de la visita realizada por la SFC a OPTIMAL LIBRANZAS S.A. que contiene los antecedentes y conclusiones de la misma, copia de las quejas y/o solicitudes de investigación recibidas en esta Superintendencia respecto de la referida sociedad, con su respectiva respuesta, que corresponde a la decisión final adoptada frente a cada queja, copia de los oficios mediante los que se remitió a la SS y SES el informe de visita.

Así las cosas, las referidas solicitudes probatorias por sustracción de materia son innecesarias, además, es oportuno indicar que la parte actora ya cuenta con varios de los documentos solicitados, pues lo aporta como prueba en común.

10.2. Informe juramentado.

El aquí demandante solicita *"(…) ordenar al representante legal de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o quien haga sus veces, que rinda un informe juramentado en relación con las actuaciones administrativas que se surgieron con antelación a julio de 2016".*

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

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

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

11. PRUEBAS.

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

11.1. Documentales que se aportan.

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

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

2. Trámite No. 2013041086 del 6 de mayo de 2013, que motivó la primera visita a Optimal Libranzas S.A.S. por medio del cual la SFC contestó una petición al señor Mauricio Santiago Jiménez y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.

3. Copia del Oficio No. 2013058932-000 mediante el que se ordenó adelantar la visita a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 9 y 17 de julio de 2013.
4. Copia del Oficio No. 2013058932-005 mediante el que se ordenó realizar visita de actualización a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. entre el 2 y 6 de diciembre de 2013.

5. Informe de Inspección de fecha 15 de julio de 2013 que contiene los resultados de las dos visitas practicadas a OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S.

6. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Economía Solidaria remitido través del oficio No. 2013058932-009 del 27 de febrero de 2014.

7. Traslado del Informe de Visita a la Superintendencia de Sociedades remitido través del oficio No. 2013058932-010 del 27 de febrero de 2014.

8. Informe de Inspección No. 2013064058-008 de la visita practicada a ESTRAREGIA PATRIMONIAL S.A.S.

9. Informe de Inspección No. 2013064063-003 de la visita practicada a COOPDOMUS LTDA.

10. Informe de Inspección No. 2013064064-003 de la visita practicada a COOMUTUAL.

11. Informe de Inspección No. 2013081431-014 de la visita practicada a COOCREDIMED.

12. Informe de Inspección No. 2013081463-009de de la visita practicada a COOINVERCOR.

13. Informe de Inspección No. 2013081468-007 de la visita practicada a LIBRANZAS GROUP S.A.S.

14. Trámite No. 2016112058 mediante el que se atendió la petición presentada por el Dr. Diego Vega en representación de Rubén Darío Maldonado Benítez, Carlos Humberto Garzón y Diana Patricia Maldonado Rincón, en la que solicitó se promoviera la intervención y toma de posesión por captación de la sociedad OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S. y se dio traslado a la SS para lo de su competencia.

15. Copia del requerimiento y orden de inspección de la Fiscalía General de la Nación junto con las respectivas respuestas.

16. Trámite No. 2018019222 mediante el que se atendió la petición presentada por la señora Luisa Fernanda Daza Manrique.

17. Copia de la petición elevada ante el agente interventor y en la que se solicita la certificación de la suma reconocida, montos cancelados y saldo pendiente por pagar al demandante dentro del proceso de intervención que adelanta la Superintendencia de Sociedades contra OPTIMAL LIBRANZAS S.A.S., junto con los respectivos soportes, decisiones y autos. Dicha prueba será allegada al Despacho una vez se obtenga la respuesta correspondiente.

Para que obren como pruebas en el proceso adjuntamos copia de la documentación en comento, siendo oportuno señalar que se autorizó a las cuentas: admin38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co y jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co.
para que la consulten en el siguiente link: https://superfinanciera-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/albustamante_superfinanciera_gov_co/EjufarZmUABKr7P2MSbGbnQBswRNcusbK5zu6I-7UK-lUg?e=NZhX5l

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

11.2. Pruebas que se solicitan.

11.2.1. Interrogatorio de parte.

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

12. NOTIFICACIONES

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

Cordialmente,

Alexander Bustamante M

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

ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ
70424-Funcionario Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos
70420-GRUPO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOS

Copia a:

Elaboró:
ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ
Revisó y aprobó:
ALEXANDER BUSTAMANTE MARTINEZ