

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2022025913-096-000

Fecha: 2022-09-21 18:21 Sec. día 1195

Anexos: No

Trámite: 576-576 IN SITU PARA PREVENCIÓN DEL EJERCICIO ILEGAL

Tipo doc: 80-RESOLUCIONES

Remitente: 90000-90000-DELEGATURA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

Destinatario: 901302568-6-AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S.

RESOLUCIÓN NÚMERO 1261 DE 2022

(septiembre 21)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 0873 del 11 de julio de 2022 mediante la cual se adoptó una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, respecto de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., identificada con Nit. 901.302.568-6, representada legalmente por el señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.397.086.

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial, las conferidas en el artículo 108 y en el literal b) del numeral 5° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con lo previsto en el numeral 11° del artículo 11.2.1.4.10 del Decreto 2555 de 2010, modificado por el Decreto 2399 de 2019 y con lo consagrado en el artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015 y en el Decreto 4334 de 2008 en armonía con los artículos 74 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que mediante la Resolución número 0873 del 11 de julio de 2022, la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de la Superintendente Delegada para el Consumidor Financiero (E), ordenó, “a la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIAS.A.S., identificada con el NIT. 901.302.568-6 representada legalmente por el señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.397.086, la **SUSPENSIÓN INMEDIATA** de las actividades que constituyen captación o recaudo no autorizado de dineros del público, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución, bajo el apremio de multas sucesivas de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo establecido en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”

SEGUNDO. Que el referido acto administrativo fue notificado personalmente el día 13 de julio de 2022 al señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ, Representante Legal de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., tal y como figura en la constancia¹ suscrita para el efecto y que obra en el expediente de la actuación administrativa.

TERCERO. Que estando dentro del término legal, mediante comunicación electrónica dirigida a esta Superintendencia radicada bajo el número 2022025913-045-000-32 del 28 de julio de 2022, el señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ actuando en calidad de Representante Legal, interpuso directamente recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la citada resolución y solicitó:

¹ Radicado 2022025913-025-000-111

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

“REPÓNGASE TOTALMENTE la Resolución 0873 del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022), por medio de la cual se adopta una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, respecto de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., resolución expedida por el Superintendente Delegado para el Consumidor Financiero (e), teniendo en cuenta para la fecha hay una carencia total de objeto para mantener o imponer una medida cautelar, pues las causas que conllevaron la imposición de estas, desaparecieron.

REPÓNGASE TOTALMENTE la Resolución 0873 del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022) (...) teniendo en cuenta que hay ausencia total de los elementos que configuran la captación ilegal de dineros del público.

Levántese de manera inmediata las medidas cautelares decretadas en la parte resolutive de la Resolución 0873 del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022).”

Y como peticiones subsidiarias: *“REPÓNGASE PARCIALMENTE la Resolución 0873 del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022) por medio de la cual se adopta una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, respecto de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., resolución expedida por el Superintendente Delegado para el Consumidor Financiero (e), en el los numerales OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO, ordenando que se fije un valor para prestar caución en cuantía de cinco mil ochocientos setenta y nueve millones trescientos mil pesos (\$5.879.300.000) o lo que el despacho considere necesario, a fin de proteger derechos de terceras personas.*

REPÓNGASE PARCIALMENTE la Resolución 0873 del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022) (...) decretando el embargo del bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 074-107133 Cedula catastral No 010000420269000, el cual satisface el monto de la medida cautelar menos los valores que se han venido entregando.”

CUARTO. Que en el recurso de reposición presentado por el señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ aportó, como medios probatorios en apoyo de sus afirmaciones, los siguientes documentos:

- Anexo N° 1 Relación contratos terminados.
- Anexo N° 2 Documentos de Paz y Salvo.
- Anexo N° 3 Certificado de Tradición y Libertad.
- Anexo N° 4 Informe Avalúo Lincon 2022. – *“Avalúo comercial que da la suficiencia económica de la garantía real para soportar la medida”*

A efectos de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, se decretó la incorporación de los mencionados documentos como pruebas a la actuación administrativa, tal como consta en el Auto de Pruebas No. 001 del 1 de septiembre de 2022, debidamente notificado al recurrente².

QUINTO: A continuación, se transcriben los motivos de inconformidad invocados por el recurrente frente al referido acto administrativo, en el mismo orden en que fueron expuestos, seguidos de las consideraciones de esta Superintendencia frente a cada uno de ellos.

5.1. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El recurrente presenta sus argumentos en 6 acápites, a saber:

5.1.1. RESPECTO AL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN.

“El recurso de REPOSICIÓN que aquí se interpone, resulta procedente teniendo en cuenta lo previsto por el numeral primero del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, que dispone: “Por regla general, contra los actos administrativos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

De la misma manera, el recurso de APELACIÓN que aquí se interpone de manera subsidiaria, resulta procedente teniendo en cuenta lo previsto por en el numeral 2 del artículo 74, que dispone: “Por regla general,

² 20222025913-093

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

contra los actos administrativos procederán los siguientes recursos: 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

Así mismo, de conformidad con el tercer inciso el artículo 56 de la prenombrada Ley, “el recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición...”

En el presente caso, la providencia que se repone, y en subsidio se apela, es la Resolución número 0873 calendada del día once (11) de julio de dos mil veintidós (2022).

Vale la pena señalar, tal como se fundamentará en líneas posteriores, que la procedencia del recurso de apelación se fundamenta en que la autoridad administrativa que profiere el acto administrativo objeto de debate, es el SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO (E), quien a su vez tiene superior jerárquico, siendo este el SUPERINTENDENTE FINANCIERO.

Conforme con el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011: “Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez”.

Es importante manifestar, que en el numera (sic) 8, viñeta 2, de la parte considerativa de la Resolución 0873 de 11 de julio de 2022, se señala “La persona jurídica AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., autorizó recibir notificaciones personales a través de correo electrónico: avitarconstr@gmail.com, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sobre este particular se advierte, que la Empresa AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., no ha manifestado de ninguna manera, ni ha aceptado en etapa alguna de la actuación administrativa que nos convoca, el recibo de notificaciones por medios electrónicos, requisito “sine qua non” para proceder a la notificación personal por dicho medio, conforme lo exige el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1437 de 2011.

No obstante lo anterior, y en aras de ejercer el Derecho de Defensa y Contradicción, manifestamos que se recibió la Resolución 0873 de 11 de julio de 2022, por medio de correo electrónico el día trece (13) de julio del año dos mil veintidós (2022), razón por la cual el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, se interpone en la oportunidad dispuesta en la norma, con las previsiones señaladas anteriormente.

El recurso de REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN, de que trata el presente escrito tiene por objeto que la Autoridad que expidió la resolución número 0873 del once (11) de julio de dos mil veintidos (2022), la revoque total, o parcialmente, conforme a las peticiones; pero en caso de confirmarse la decisión, deberá admitirse el recurso de apelación, y realizar la remisión del expediente al superior jerárquico para lo de su competencia.

De conformidad con el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, los recursos se tramitarán en el **EFFECTO SUSPENSIVO.**”

5.1.2. CARENCIA TOTAL DE OBJETO PARA MANTENER O IMPONER UNA MEDIDA CAUTELAR – HECHO SUPERADO – POR CUANTO LAS CAUSALES QUE CONLLEVARON A LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR, DESAPARECIERON.

“(…) Consecuencia de la visita de inspección realizada por la Superintendencia Financiera a la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., y con el objeto de precaver daños, en armonía con el principio de prevención, esta última se puso en contacto con cada una de las personas que suscribió un contrato de “anticresis” y de “inversión de capital”, con el fin de terminar la relación negocial y con esto, realizar la devolución de los recursos.

(...) si bien es cierto la Superintendencia Delegada ha considerado que los vehículos jurídicos utilizados, esto es, contrato de Anticresis e Inversión, no representan la entrega de un bien o servicio para el contratista, no es menos cierto, que dicha conclusión no se compadece con la realidad, en tanto, que los mismos si están atados a las utilidades que producen otras inversiones que desarrolla la compañía

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

(...) la Entidad, ha desconocido la realidad con la que se mueven gran parte de los negocios de esta zona geográfica del país, como quiera, que aun cuando los elementos de las tipologías contractuales que fueron revisados, aparentemente no se encuentre definidos en nuestro ordenamiento jurídico, la realidad es que estamos ante la presencia de un contrato atípico que forma parte de los negocios que a diario se suscriben en los municipios de departamento de Boyacá, y que se han conocido como EMPEÑO, basta con hacer una indagación de campo y preguntar al ciudadano de a pie, como al empresario sobre la figura, para entender que es la forma en que se realizan los préstamos de dinero en la zona y la forma en la que se ha apalancado algunas inversiones de la compañía conforme se manifestó al auditor en la visita del día 14 de marzo y siguientes de 2022.

(...) para poder cumplir con el propósito de atender el llamado del auditor y los efectos señalados en la Resolución recurrida, nuestra compañía realizó un cronograma para la terminación y devolución de los dineros que ingresaron a la sociedad con ocasión de los contratos de anticresis y de inversión, y en esa medida, hasta la fecha, se ha realizado la terminación de los contratos a 23 personas, y se ha devuelto la suma de MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.594.000.000).

(...) se aportará en un término no mayor a VEINTE (20) días hábiles la terminación y paz y salvos, que corresponden a los valores restantes por conceptos de Cuentas por pagar a terceros, Ingresos recibidos por anticipado y Contratos no registrados de “Constitución de Anticresis e Inversión de Capital.

(...) se hace necesario manifestar que a partir de la visita de inspección de la Superintendencia Financiera, la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. suspendió de manera definitiva la elaboración y suscripción de contratos de anticresis e inversión; centrándose en este sentido, en terminar los contratos objeto de discusión, y a devolver los recursos obtenidos.

Así mismo, se informa que toda actividad que de (sic) se desarrolló, promovió, patrocinó, informó, publicitó, por parte de la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., relacionada con la celebración de contratos de anticresis e inversión, fueron suspendidas y a fecha no se ejecuta ninguna de ellas.

Razón por la cual, actualmente, no existe causa para mantener las medidas cautelares impuestas con la Resolución 0873 del 11 de julio de 2022 y, en consecuencia, se solicita la reposición total de la decisión cautelar, ordenando de manera inmediata el levantamiento de todas las cautelas decretadas.”

5.1.3. AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA CAPTACIÓN ILEGAL DE RECURSOS DEL PUBLICO.

“(...) AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., se encuentra en proceso de terminación de los contratos denominados anticresis e inversión y, en consecuencia, devolviendo las sumas de dinero tal y como se relacionó anteriormente.

A la fecha de interposición del presente recurso, el pasivo de la sociedad no supera las cincuenta obligaciones, así como tampoco, se encuentran obligaciones pendientes con más de veinte personas. Afirmación que queda plenamente demostrada con la terminación de los contratos de anticresis e inversión objeto del proceso administrativo, y el respectivo paz y salvo suscrito por cada una de las personas que suscribieron tales contratos.

(...) a la fecha, no concurre el elemento axiológico de tal institución, quedando inane la causa que motivó el inicio del procedimiento administrativo que desembocó en la imposición de la medida cautelar.

(...) el comportamiento de AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., desde la auditoria realizada por la Superintendencia Financiera, se ha centrado en proclamar mejores prácticas corporativas, haciendo frente, en primer lugar, a subsanar la relación contractual de sus clientes, en el sentido de terminar los contratos y realizando la devolución de los dineros; segundo, en abstenerse de continuar celebrando los denominados contratos de inversión y anticresis; y tercero, en desarrollar el objeto social principal, el cual es la construcción.

En consonancia a lo anterior, AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., suprimió toda forma de ofertar de manera pública o privada la celebración de contratos de anticresis e inversión”

5.1.4. DESPROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LA RESOLUCIÓN 0873 DEL 11 DE JULIO DE 2022.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

(...) se resalta que, en el marco de ejecución del contrato social, y en el marco del objeto social, AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., se dedica entre otras cosas a la construcción de obras civiles, específicamente, la construcción de proyectos inmobiliarios; a la administración de bienes, y en general a la actividad inmobiliaria y de construcción.

(...) dentro del marco del objeto social de AVITAR CONSTRUCTRA E INMOBILIARIA S.A.S., se suscribieron contratos de inversión y de anticresis, no obstante, **NO PUEDE PERDERSE DE VISTA LA ACTIVIDAD PRINCIPAL DE LA SOCIEDAD.**

Conforme a lo anterior, es claro para la Superintendencia Financiera de Colombia que, el alcance de la medida administrativa **es únicamente respecto de los recursos del público PRESUNTAMENTE captados o recaudados masivamente en forma no autorizada Y NO SOBRE LAS DEMÁS ACTIVIDADES DE LA SOCIEDAD, COMO LO ES, LA CONSTRUCCIÓN O ADMINISTRACIÓN DE BIENES.**

De lo anterior resulta desproporcional y contradictorio por parte de la Entidad Administrativa, que, al ordenar una cautela **ÚNICAMENTE RESPECTO DE LOS RECURSOS DEL PÚBLICO PRESUNTAMENTE CAPTADOS, SE AFECTEN ACTIVIDADES TOTALMENTE DIFERENTES Y QUE EN NADA TIENE QUE VER CON EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO, AFECTÁNDOSE GRAVEMENTE, NO SOLO LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD, SINO DE TERCERAS PERSONAS DE BUENA FE QUE HAN INVERTIDO EN LOS PROCESOS CONSTRUCTIVOS DE AVITAR CONSTRUCTRA E INMOBILIARIA S.A.S.**

Por tal razón, se advierte que la medida cautelar impuesta debe ser proporcional y adecuada al fin propuesto, en tal medida la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido no pueden superar el juicio de proporcionalidad que afecte los Derechos Fundamentales de las personas

(...) Así, en la Sentencia C-575 (2009) (...) **La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales.**

(...) En tal medida, es preciso adentrarnos en un juicio de proporcionalidad, a fin de determinar si la medida cautelar impuesta, es irracional o proporcional al fin perseguido.

- Juicio de idoneidad: El cual permitirá comprobar si la medida contribuye a conseguir el objetivo propuesto.

(...) la Superintendencia Delegada para el Consumidor Financiero, **asumió** que la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., se encontraba en curso de captación de dinero del público, razón por la cual aplicó la norma contenida en el artículo 326 del Estatuto Orgánico Financiero, artículo sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993, y demás normas concordantes, por lo que presumió como idónea la imposición de medidas cautelares.

Para el caso concreto, las medidas cautelares que la Superintendencia Financiera encontró, a fin de proteger a terceras personas, al sistema financiero, y a las demás personas relacionadas directa o indirectamente con la relación contractual de los negocios jurídicos denominados anticresis e inversión, decidió: (...)

Juicio de necesidad, para comprobar que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito que se quiere.

El artículo 108 y 326 del Estatuto orgánico Financiero, artículo sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993, dispone **DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN IMPONERSE** en este tipo de trámites (...) **entre otras, las cuales, no se impone limitar el derecho de dominio de los bienes muebles, inmuebles o el movimiento de productos financieros.**

A su vez, el artículo 108 del Estatuto Orgánico Financiero, faculta a la Superintendencia Financiera a imponer las siguientes medidas cautelares: (...).

En tal razón, con alto grado de certeza se puede concluir que existen otras medidas más moderadas para la consecución del propósito que se quiere, concretamente, medidas cautelares expresamente reguladas por la norma.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Juicio de ponderación o Proporcionalidad en sentido estricto, para comprobar que de ella se derivan más ventajas o beneficios.

Que las medidas cautelares ordenadas por la Delegatura para la Protección del Consumidor Financiero, resultan a todas luces desproporcionadas y lesivas para AVITAR CONSTRUCTRA E INMOBILIARIA S.A.S., a tal punto que se afecta toda su actividad social, incluyendo la construcción de obras civiles, la construcción de proyectos inmobiliarios; a la administración de bienes, y en general, las demás actividades que desarrolla y **que NO TIENE RELACIÓN ALGUNA con los contratos de inversión y de anticresis.**

Se explica lo anterior en el entendido de que cuando se limita el derecho para transferir la propiedad de bienes muebles e inmuebles, y cuando se limita el movimiento de cualquier producto financiero; se impone a la sociedad, indiscutiblemente, PARAR TOTALMENTE su actividad, desencadenando con esto el incumplimiento sistemático a proveedores, acreedores, y compradores de buena fe que invirtieron y/o suministraron bienes y servicios a la sociedad para el desarrollo de las actividades constructivas o de administración.

Que, las órdenes impuestas en los numerales octavo, noveno y décimo de la parte resolutive del acto acá atacado, son arbitrarias y desproporcionales máxime cuando la misma entidad advierte que (...)

EN TAL RAZÓN LA MEDIDA (sic) CAUTELAR DECRETADA NO ES PROPORCIONAL AL SAÑO QUE SE PRESENTE (sic) EVITAR AUNANDO A QUE LA CUANTÍA DECRETADA (BIENES MUEBLES, INMUEBLES, Y OPERACIONES FINANCIERAS) NO RESULTA NECESARIA PARA ASEGURAR EL INTERÉS DE LOS TERCEROS O DE LAS PERSONAS VINCULADAS CONTRACTUALMENTE.

(...) solicita el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas en los numerales octavo, noveno y décimo de la resolución acá atacada, y subsidiariamente, en caso de confirmarse la decisión, se solicita que se fije un monto para prestar caución en cuantía de cinco mil ochocientos setenta y nueve millones trescientos mil pesos (\$5.879.300.000) o lo que el despacho considere necesario, a fin de proteger derechos de terceras personas; o en su defecto, se sustituya la medida cautelar a uno de los bienes de la sociedad, la cual, garantiza la totalidad de las obligaciones materia de estudio."

5.1.5. FALTA DE APLICACIÓN NORMATIVA EN LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LOS NUMERALES OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN 0873 DE 11 DE JULIO DE 2022.

"(...)

Así las cosas, realizando un paralelo entre las medidas cautelares acá atacadas y las normas en comento, resulta diáfano que la Delegatura para la Protección del Consumidor Financiero omitió, o aplicó indebidamente el artículo 108 y 326 del Estatuto orgánico Financiero, artículo sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993, así:

- La regulación menciona, dentro de las competencias asignadas a la Superintendencia Financiera, funciones de supervisión, prevención y sanción.
- Dentro de las funciones de sanción, se encuentran las de: (i) emitir órdenes necesarias para la suspensión de las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras, y adoptar las medidas correctivas y de saneamiento; (ii) imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; (iii) establecer, cuando lo considere conveniente: a) establecer una vigilancia especial, b) coordinar las acciones pertinentes con el Fondo de Garantías de instituciones Financieras, c) promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada, d) ordenar la recapitalización de la institución, e) disponer de la fusión de la institución, f) adoptar un plan de recuperación; iv) tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada; v) Dar traslado al juez competente; vi) ordenar que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre sí; vii) Ordenar la suspensión de prácticas que tiendan a establecer competencia desleal...
- A su vez, el artículo 108 del Estatuto Orgánico Financiero, faculta a la Superintendencia Financiera a imponer las siguientes medidas cautelares: i) Suspensión inmediata de las actividades, bajo apremio de multa; ii) disolución de la persona jurídica y iii) liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente.

Es claro entonces que dentro las funciones sancionatorias, la Superintendencia Financiera puede imponer medidas cautelares o preventivas, las cuales se encuentran taxativamente reguladas, y en tal razón, no se

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

observa por ningún lado que dicha facultad pueda hacerse extensiva a la de limitar el derecho de dominio, o de impedir que se realicen actos o negocios jurídicos sobre bienes de propiedad del investigado, tal como ocurrió con la resolución acá ataca en los numerales octavo, noveno y décimo de la parte resolutive.”

5.1.6. FALTA DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LOS NUMERALES OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN 0873 DEL 11 DE JULIO DE 2022.

*“(…) Como sustento normativo para el congelamiento de los activos de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., invocó el Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, la cual, conforme a su artículo primero: declara la intervención del Gobierno nacional, por conducto de la **Superintendencia de Sociedades** (…)*

(…) para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

En el artículo del prenombrado, se disponen las medidas de intervención que podrá adoptar la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, que entre otras, se contempla la toma de posesión (…)

Así las cosas, la decisión adoptada por la Delegatura para la Protección del Consumidor Financiero, en los numerales octavo, noveno y décimo, desbordan la competencia de este, las cuales recaen exclusivamente en la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, tornando la decisión arbitraria.

(…)

Conclúyase de lo anterior, que la Superintendencia Financiera, al realizar el silogismo lógico para imponer la medida cautelar, en cuanto a la norma Decreto 4334 de 2008, desbordó totalmente su campo de acción atribuyéndose competencias en cabeza exclusivamente de la Superintendencia de Sociedades.”

5.2. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

Después de haber revisado los argumentos, pruebas presentadas por el recurrente y el expediente de la actuación administrativa se tiene que:

5.2.1. Frente al considerando denominado: RESPECTO AL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN.

Sea lo primero aclarar que, con respecto a la Resolución 0873 de 2022, nos encontramos frente a un acto administrativo de carácter particular mediante el cual se adopta una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, sobre el que procede únicamente recurso de reposición, cuya interposición no suspende la ejecutoriedad del acto administrativo dada su necesidad de aplicación inmediata, tal como lo dispone el artículo 335 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF):

“Artículo 335. Contra los actos administrativos de carácter particular expedidos por la Superintendencia Bancaria sólo procederá el recurso de reposición interpuesto en la forma establecida en el Código Contencioso Administrativo.

Las medidas cautelares y de toma de posesión que en ejercicio de sus funciones adopte la Superintendencia Bancaria, serán de aplicación inmediata. En consecuencia, el recurso de reposición que proceda contra las mismas no suspenderá la ejecutoriedad del acto administrativo.”
(negrilla y subrayado fuera de texto original)

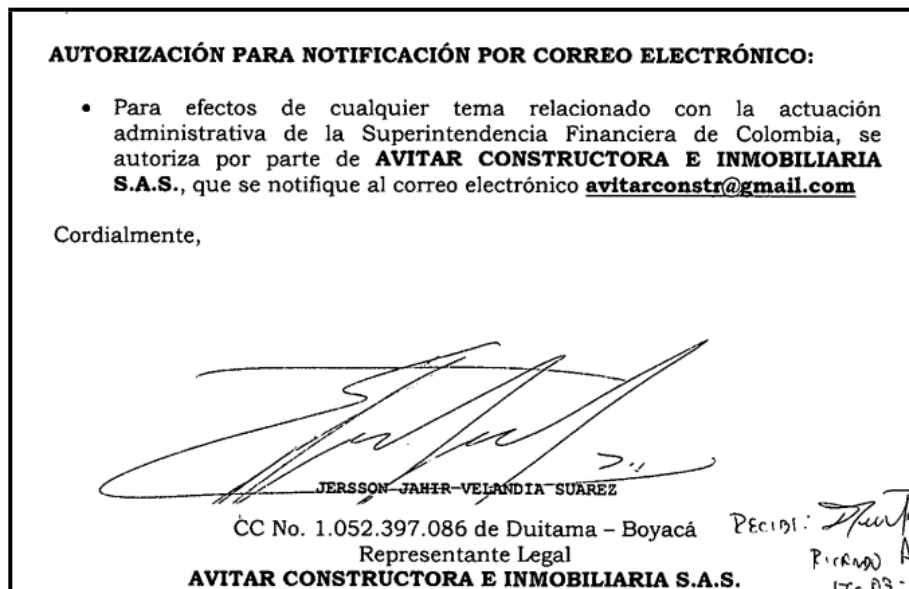
De lo contrario, no resultaría posible reprimir con éxito la inmediatez necesaria requerida, para enfrentar el ejercicio ilegal de actividades del resorte exclusivo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Así las cosas, el recurso de reposición es el único mecanismo procesal previsto que procede alegarse contra actos administrativos en donde se adopta una medida cautelar, que tiene como objetivo solicitar ante la misma instancia su aclaración, modificación, adición o que se revoque, cuando el recurrente considere una lesión a sus derechos, recurso que deberá contener la expresión concreta de los motivos de inconformidad y las pruebas que pretenda hacer valer.

En consecuencia, al proceder únicamente la interposición del recurso de reposición contra la Resolución 0873 de 2022, resulta forzoso el rechazo de la solicitud de apelación propuesta por el recurrente en cuanto no resulta procedente y así se dispondrá en la parte resolutive del presente Acto administrativo.

De otra parte, contrario a lo que manifiesta el recurrente con relación a “(...) se advierte, que la Empresa AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., no ha manifestado de ninguna manera, ni ha aceptado en etapa alguna de la actuación administrativa que nos convoca, el recibo de notificaciones por medios electrónicos, requisito “sine qua non” para proceder a la notificación personal por dicho medio, conforme lo exige el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1437 de 2011.”, en la actuación administrativa, en respuesta al requerimiento del 24 de marzo de 2022³ se encuentra prueba de que, de manera voluntaria, se aceptó recibir notificaciones personales a través de medios electrónicos, tal como se puede observar en la siguiente imagen: .



Esta autorización igualmente está consignada en el Certificado de Existencia y Representación Legal⁴ expedido por la Cámara de Comercio de Duitama, que fue consultado a través del Registro Único Empresarial y Social (RUES), que es de naturaleza pública y sirve como prueba en los términos del artículo 15 del Decreto Ley 19 de 2012⁵.

No sobra precisar que el recurrente, en el escrito de reposición, avala la notificación de manera expresa en los siguientes términos “(...) No obstante lo anterior, y en aras de ejercer el Derecho de Defensa

³ Radicado 2022025913-009-000-36, Respuesta a requerimiento, pg. 7

⁴ Radicados 2022025913-000-000 y 2022025913-020-000

⁵ “ARTICULO 15. ACCESO DE LAS AUTORIDADES A LOS REGISTROS PÚBLICOS. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos pueden conectarse gratuitamente a los registros públicos que llevan las entidades encargadas de expedir los certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas, los certificados de tradición de bienes inmuebles, naves, aeronaves y vehículos y los certificados tributarios, en las condiciones y con las seguridades requeridas que establezca el reglamento. La lectura de la información obviará la solicitud del certificado y servirá de prueba bajo la anotación del funcionario que efectúe la consulta.”

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

y Contradicción, manifestamos que se recibió la Resolución 0873 de 11 de julio de 2022, por medio de correo electrónico el día trece (13) de julio del año dos mil veintidós (2022) (...)."

Dicho lo anterior, en los términos de los artículos 66 y 67 del CPACA y frente a la Resolución 0873 de 2022, se encuentra plenamente identificada la dirección electrónica de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S, así como la respectiva autorización para ser notificada por ese medio.

5.2.2. Frente al considerando denominado: CARENCIA TOTAL DE OBJETO PARA MANTENER O IMPONER UNA MEDIDA CAUTELAR – HECHO SUPERADO – POR CUANTO LAS CAUSALES QUE CONLLEVARON A LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR, DESAPARECIERON.

Bajo este acápite, el recurrente manifiesta que la Superintendencia Financiera desconoció que la modalidad a la que ha autodenominado como "empeño" obedece a un negocio jurídico que *"aparentemente no se encuentre definidos en nuestro ordenamiento jurídico, la realidad es que estamos ante la presencia de un contrato atípico"*.

Sobre el particular, es importante aclarar que el artículo 2409 del Código Civil define la figura jurídica de empeño en los siguientes términos:

"ARTICULO 2409 DEFINICIÓN DEL EMPEÑO O PRENDA Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.

La cosa entregada se llama prenda.

El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario."

Así, el contrato de empeño, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento legal vigente, implica necesariamente la constitución de una garantía real sobre un bien mueble⁶, que respaldará una obligación crediticia y que se podrá hacer efectiva en caso de incumplimiento del deudor prendario.

Por lo tanto, cuando se hace referencia al contrato de prenda o empeño debe entenderse como garantías mobiliarias⁷ y por ende, aplicarse lo establecido en la Ley. Contrario a lo que manifiesta el recurrente, la figura del empeño no es atípica, toda vez que como se evidenció se encuentra ampliamente regulada en el Código Civil y en la Ley 1673 de 2013.

No sobra aclarar que, el señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ, mediante documento radicado en esta autoridad el 24 de marzo de 2022, informó respecto de la figura de "empeño" que *"esta modalidad se refiere al ejercicio que una persona entrega un bien inmueble, para que sea usufructuado por un dinero estimado, el cual será devuelto al cabo de un periodo determinado. **Pero en este momento la compañía No lo desarrolla**"* (negrilla y subrayado fuera de texto original).

⁶ Por bien mueble entiéndase según el "ARTÍCULO 655 MUEBLES. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas."

⁷ ARTÍCULO 3º Ley 1676 de 2013. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. (...) *Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley. Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, **dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley.**"* (negrilla y subrayado fuera de texto original)

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Tal como fue informado por el representante legal, la figura denominada como “empeño” no está siendo utilizada en su modelo de negocio, respecto de la cual esta Autoridad no ha emitido pronunciamiento alguno. No obstante, es preciso aclarar que, con independencia del negocio jurídico típico o atípico que desarrolle cualquier persona, este no puede utilizarse como instrumento para trasgredir la Ley y adelantar actividades sin la respectiva autorización estatal, como lo es la captación masiva de recursos del público.

Por otro lado, indica el recurrente que los negocios jurídicos implementados por la sociedad son los que “a diario se suscriben en los municipios de departamento de Boyacá”, circunstancia que “*basta con hacer una indagación de campo y preguntar al ciudadano de a pie, como al empresario sobre la figura, para entender que es la forma en que se realizan los préstamos de dinero en la zona*”. (negrilla y subrayado fuera de texto original). Reiterando que, es la forma en la que “*se ha apalancado algunas inversiones de la compañía conforme se manifestó al auditor en la visita del día 14 de marzo y siguientes de 2022*”.

Ante este argumento, resulta pertinente destacar lo dispuesto en el ordenamiento legal vigente respecto a lo que se considera como costumbre mercantil en nuestro país, así el Código de Comercio establece:

“ARTÍCULO 3º AUTORIDAD DE LA COSTUMBRE MERCANTIL- COSTUMBRE LOCAL – COSTUMBRE GENERAL: La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.” (negrilla y subrayado fuera de texto original)

A su turno, el Código Civil dispone:

“ARTÍCULO 8º FUERZA DE LA COSTUMBRE. La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea”. (negrilla y subrayado fuera de texto original)

Como vemos, el presupuesto jurídico fundamental para la aceptación y aplicación de la costumbre está determinado en que ésta **no contrarie de manera alguna la ley comercial** y que las conductas habituales que la hayan constituido sean públicas⁸, uniformes⁹, reiteradas¹⁰, realizadas en un territorio determinado¹¹, espontáneas¹² y que los sujetos que la aplican la consideren obligatoria¹³.

⁸ “Las conductas uniformes deben ser conocidas por el conglomerado social o por el grupo por el cual se realizan, y que va a ser sometido a los dictados de la costumbre.” Édgar Iván León Robayo y Yira López Castro, Derecho Mercantil Consuetudinario el poder de las prácticas de los agentes económicos, Legis, 2016.

⁹ “Esta característica exige que las conductas que dan lugar a la costumbre siempre sean iguales, es decir que los comerciantes procedan de forma idéntica ante los mismo supuestos facticos que hacen necesaria tal actuación sin que se presenten omisiones o hechos contrarios a lo generalmente realizado por un gremio o actividad en particular.” Ibidem.

¹⁰ “La conducta pública debe ser además repetida en un espacio de tiempo, es decir no puede ser transitoria, ocasional o esporádica de manera que se consolide e implante como si fuera una norma jurídica (...) debe tratarse de un tiempo necesario en el que se consolide.” Ibidem.

¹¹ Debe nacer de actos o practicas comunes que disciplinaran una conducta de un grupo social en un ámbito geográfico específico y no de la conducta particular de un individuo considerado aisladamente. Ibidem.

¹² “Esta característica no es establecida por la Ley, si no que es considerada como una adicional por la doctrina. La espontaneidad se explica por cuanto la costumbre no puede ser generada de manera artificial, es decir, mediante imposición por parte de los gremios o asociaciones a sus miembros respecto de comportamientos que estos deban adoptar. Es decir, su creación debe darse de manera pacífica (...)” Ibidem.

¹³ A este elemento se le denomina como “opinio juris” e “implica que los sujetos consideren que tal practica es obligatoria. Esa conciencia de obligatoriedad (...)” Ibidem.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En línea con lo anterior, nuestra regulación no contempla la libertad probatoria para demostrar la validez de la costumbre mercantil, pues la legislación procesal de manera taxativa expone la forma en que se debe acreditar para que produzca efectos jurídicos, tal como se presenta a continuación:

Artículo 179 del Código General del Proceso

“La costumbre mercantil nacional y su vigencia se probarán:

- 1. Con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio.*
- 2. Con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.*
- 3. Con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija.*

La costumbre mercantil extranjera y su vigencia se acreditarán con certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o a la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos (2) abogados del lugar con reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial. También podrá probarse mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán con la copia de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación de una entidad internacional idónea o mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia”.

Teniendo en cuenta que, en el escrito de reposición no se allegó ningún material probatorio encaminado a demostrar el supuesto desconocimiento de esta Autoridad de *“la realidad con la se mueven gran parte de los negocios de esta zona geográfica del país”*, esto es, acreditar la calidad de costumbre mercantil respecto de los negocios jurídicos celebrados, es jurídicamente viable concluir que la práctica realizada por la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., en los municipios del Departamento de Boyacá, no constituye una costumbre mercantil reconocida y válida, de conformidad con la legislación colombiana aplicable.

Entonces, el hecho que una práctica local se desarrolle con habitualidad en una determinada zona geográfica no implica que por sí misma pueda ser considerada como costumbre mercantil, pues además de cumplir con las características descritas, debe probarse y no contrariar de ninguna manera la Ley, derivado de lo cual prácticas como las descritas en el recurso de reposición empleadas por la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., son simples usos que en algunos casos, como el de la constructora, son contrarios a disposiciones de índole constitucional y legal si es que a través de su uso y puesta en práctica, se desarrollan actividades que requieren de forma previa la debida autorización estatal para su ejecución.

Respecto de estas dos últimas modalidades negociales, afirma el recurrente que, pese a que no representan la entrega de un bien o servicio para el contratista, esto es para quien entrega los recursos, sí se encuentran *“atados a las utilidades que producen otras inversiones que desarrolla la compañía”*.

Sobre el particular, es necesario precisar que los supuestos para la configuración de la conducta de captación masiva y habitual de recursos del público se encuentran establecidos en el artículo 2.18.2.1 del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015 y en artículo 6º del Decreto 4334 de 2008.

De acuerdo con dichas normas, la captación ilegal de recursos del público se presenta cuando una persona natural o jurídica recibe dineros obligándose con terceros sin prever a cambio de dichas sumas la entrega de un bien o la prestación de un servicio y esto lo hace con más de 20 personas o en más de 50 obligaciones, debiendo además corroborarse que la sumatoria del total recibido supere

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

el 50% de su patrimonio líquido o haya sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas indeterminadas.

Como vemos, la configuración de los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público se establecen con independencia de la generación de utilidades o el pago de rentabilidades, pues la conducta restringida se encuentra determinada en recaudar dinero del público sin contar con la facultad legal para hacerlo, esto es, sin contar con los requisitos de carácter técnico, patrimonial, operativo y la solvencia requeridos para adelantar actividades de manejo, aprovechamiento o inversión de recursos del público, con los que si cuentan las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de esta Autoridad, calidad que no ostenta la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S.

Conforme al soporte probatorio recabado en la actuación administrativa adelantada que se compone, entre otros, de la información aportada a esta Autoridad directamente por el representante legal de la sociedad, esta Superintendencia pudo determinar que AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., mediante la suscripción de los denominados “contratos de anticresis” e “inversión de capital” recibió dinero de setenta y cinco (75) personas, obligándose a restituir lo recibido en igual cantidad y género al vencimiento del plazo pactado, junto con una rentabilidad adicional fija mensual, sin prever a cambio por la recepción del dinero, la entrega real de un bien o la prestación efectiva de un servicio, obligaciones que a la fecha de expedición del acto que se recurre se encontraban vigentes en cuantía de cinco mil ochocientos setenta y nueve millones trescientos mil pesos (\$5.879.300.000), lo cual supera ampliamente el patrimonio líquido de la sociedad, que a corte del 31 de diciembre de 2021 se encontraba estimado en ocho millones seiscientos veintidós mil pesos (\$8.622.000).

En consecuencia, para la Superintendencia Financiera los argumentos presentados por el recurrente no resultan suficientes, toda vez que no se allegó prueba con el recurso de reposición que desvirtuara la configuración de los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público frente a las actividades desarrolladas por la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. respecto de las obligaciones derivadas de la suscripción de los denominados “contratos de anticresis” e “inversión de capital”.

En adición a sus argumentos, plantea el recurrente que, la medida cautelar proferida por esta autoridad implica una carencia de objeto por hecho superado, toda vez que la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. con el propósito de atender “los efectos señalados en la Resolución recurrida” desplegó las siguientes acciones:

“(…) se puso en contacto con cada una de las personas que suscribió un contrato de “anticresis” y de “inversión de capital”, con el fin de terminar la relación comercial y con esto, realizar la devolución de los recursos,

(…) realizó un cronograma para la terminación y devolución de los dineros que ingresaron a la sociedad con ocasión de los contratos de anticresis y de inversión, y en esa medida, hasta la fecha, se ha realizado la terminación de los contratos a 23 personas, y se ha devuelto la suma de MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.594.000.000).

(…) se aportará en un término no mayor a VEINTE (20) días hábiles la terminación y paz y salvos, que corresponden a los valores restantes por conceptos de Cuentas por pagar a terceros, Ingresos recibidos por anticipado y Contratos no registrados de “Constitución de Anticresis e Inversión de Capital.

(…) a partir de la visita de inspección de la Superintendencia Financiera, la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. suspendió de manera definitiva la elaboración y suscripción de contratos de anticresis e inversión

(…) se informa que toda actividad que de se desarrolló, promovió, patrocinó, informó, publicitó, por parte de la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., relacionada con la celebración de contratos de anticresis e inversión, fueron suspendidas y a fecha no se ejecuta ninguna de ellas.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Nótese cómo las acciones desplegadas, que se encuentran también respaldadas por las pruebas aportadas en el recurso por el recurrente, tienen como finalidad dar cumplimiento a la medida cautelar administrativa proferida por esta Autoridad, en la que se le ordenó a ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S, la suspensión inmediata de las actividades que constituyen captación o recaudo no autorizado de dineros del público y la devolución inmediata de los recursos captados ilegalmente.

En esa medida, cuando el recurrente afirma que, los hechos desaparecieron implica un contrasentido, ya que al momento en que se realizó la visita de inspección y se adoptó la medida cautelar se encontraban vigentes, razón por la cual esta Autoridad decidió proferir la Resolución 0873 de 2022, para evitar que la captación ilegal de recursos del público se pudiese seguir prolongando en el tiempo y de esta forma proteger el ahorro del público.

Con la finalidad de abordar los argumentos planteados por el recurrente respecto de la carencia de objeto por hecho superado, es necesario en primera medida aclarar este concepto de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento legal y su aplicación al caso concreto:

Para la Corte Constitucional:

“La carencia actual de objeto por hecho superado se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela.”¹⁴

Según la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado:

“El fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto se ha fundamentado, por vía jurisprudencial, en la existencia de un daño consumado o de un hecho superado. En el marco de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha señalado que estas figuras se presentan, en el primero de los casos, cuando se afectan de manera definitiva los derechos del tutelante antes de que el juez haya adoptado una decisión sobre la solicitud de amparo (por ejemplo, la muerte del accionante). En cuanto al hecho superado, el alto Tribunal ha afirmado que el mismo tiene lugar cuando, “por la acción u omisión [...] del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez. [...] En efecto, si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela, **siempre y cuando, se repite, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual ‘la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío.”**

El Consejo de Estado ha adoptado idéntico criterio para evaluar si el fenómeno de carencia actual de objeto se ha presentado o no en el curso de una acción popular. En reciente sentencia, la Sección Primera de esta Corporación reiteró la jurisprudencia sentada desde 2003, según la cual este tiene lugar ante las siguientes dos circunstancias: i) la primera de ellas, cuandoquiera que se ha superado la afectación de los derechos e intereses colectivos y no es procedente ordenar la restitución de las cosas a su estado anterior, por no ser ya necesario; o ii) cuando acaece un daño consumado y no es posible acudir a la restitución. Cuando tales supuestos se presentan, la orden judicial sería inocua, por lo cual deben denegarse las pretensiones.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, mientras permanezcan vigentes los hechos que han dado lugar a la interposición de la demanda, no se configura el fenómeno de la carencia de objeto. Lo anterior ocurre, por ejemplo, cuando la autoridad administrativa ha adelantado alguna actuación tendente a la superación de la situación que ocasiona la vulneración o amenaza de los derechos, sin que ello implique que cesó la conducta o los hechos que dieron lugar al reclamo de amparo de dichos derechos.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU 225 de 2011, M.P., Alexei Julio Estrada.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Esta Corporación se ha pronunciado en igual sentido, cuando en el curso de una acción popular ha encontrado que la vulneración de los derechos colectivos invocados persiste, a pesar de que el demandado, o aun las autoridades judiciales de conocimiento consideran que la situación conculcadora cesó.

Así, por ejemplo, en sentencia de 30 de junio de 2017, la Sección Primera consideró que no había lugar a declarar la carencia actual de objeto en la medida en que “no se probó que hubiese desaparecido la situación de transgresión de los derechos colectivos cuyo amparo se perseguía [al goce a un ambiente sano, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y los derechos de los consumidores y usuarios]”. Si bien se allegaron al expediente algunos informes técnicos que daban cuenta de la disminución de la problemática alertada en la acción por cuenta de algunas actuaciones adelantadas por las entidades, era claro que hacía falta la adopción de otras medidas para mitigar el riesgo. Esta Corporación ha mantenido de forma reiterada que, a pesar de que en el curso del proceso se alegue la superación de la situación que dio lugar a la instauración de la demanda, es necesario que se pruebe tal circunstancia y que el juez “verifique el cese de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos aducidos por el actor popular” y, en caso de encontrar que la amenaza o la vulneración subsiste, no es posible declarar el hecho superado (...)”¹⁵

Como vemos, esta teoría tiene su desarrollo en el marco jurisprudencial, cuya aplicación se tiene en acciones de tutela ante la afectación de derechos fundamentales o en el curso de acciones populares frente a la protección de derechos colectivos, no obstante, se evaluará frente al caso en concreto de conformidad con los argumentos presentados por el recurrente.

Sobre el particular, sea lo primero aclarar que cada uno de los hechos desplegados por la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S enunciados en el escrito de reposición, surgen como consecuencia de la orden impartida por esta Autoridad, cuyo cumplimiento no es una facultad discrecional del administrado, por lo cual no es cierto lo que pretende aducir el recurrente bajo la aplicación de esta teoría, toda vez que se encuentra plenamente probado en el acto que se recurre que al momento de la expedición del acto administrativo Resolución 0873 de 2022, las obligaciones adquiridas por el sujeto de la medida bajo la suscripción de los denominados “contratos de anticresis” e “inversión de capital” se encontraban vigentes, situación que de ninguna manera se desconoce y se ratifica en reposición al referir que a la presentación del recurso “se ha realizado la terminación de los contratos a 23 personas”, lo que da cuenta de la existencia de dichas obligaciones, pues no de otra manera se explica la devolución efectuada.

Ahora bien, la suspensión de la suscripción de las referidas modalidades contractuales por parte de la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., así como la elaboración y ejecución de un “cronograma para la terminación y devolución de los dineros” de ninguna manera desvirtúa la actividad de captación ilegal de recursos del público llevada a cabo por la sociedad, transgrediendo no solo la normatividad especial aplicable sino disposiciones constitucionales, al llevar a cabo una actividad de interés público sin tener la respectiva autorización legal para ello.

Entonces, la medida cautelar impuesta fue necesaria no solo para salvaguardar los derechos de las personas afectadas sino para evitar que la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. continuara en la violación normativa y la transgresión a los derechos de terceros de buena fe interesados en la propuesta de negocio de la sociedad.

En esta medida y de conformidad con las razones expuestas en este considerando, los argumentos planteados en este reparo no son de recibo por este Despacho y en consecuencia no están llamados a prosperar.

5.2.3. Frente al considerando denominado: AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA CAPTACIÓN ILEGAL DE RECURSOS DEL PUBLICO

¹⁵ Consejo de Estado, Radicación número: 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU del 4 de septiembre de 2018, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Refiere el recurrente en el escrito de reposición, con relación a los elementos de la captación ilegal de recursos del público que, *“a la fecha, no concurre el elemento axiológico de tal institución, quedando inane la causa que motivó el inicio del procedimiento administrativo que desembocó en la imposición de la medida cautelar”* lo que sustenta al señalar que *“el pasivo de la sociedad no supera las cincuenta obligaciones, así como tampoco, se encuentran obligaciones pendientes con más de veinte personas. Afirmación que queda plenamente demostrada con la terminación de los contratos de anticresis e inversión objeto del proceso administrativo, y el respectivo paz y salvo suscrito por cada una de las personas que suscribieron tales contratos”* y en el mismo sentido, afirma que *“AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., suprimió toda forma de ofertar de manera pública o privada la celebración de contratos de anticresis e inversión”*

Al respecto, procede reiterar que los supuestos para catalogar una actividad como de captación masiva y habitual de recursos del público, se encuentran establecidos en el artículo 2.18.2.1 del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015¹⁶, de tal suerte que:

1. La sociedad a corte del 31 de diciembre de 2021 se encontraba obligada por la recepción de dinero con setenta y cinco (75) personas por una cifra total de cinco mil ochocientos setenta y nueve millones trescientos mil pesos (\$5.879.300.000), sin prever como contraprestación la entrega de bienes o servicios. Hecho que fue debidamente probado a partir de la información reportada en los estados financieros al corte del 31 de diciembre de 2021 y la documentación entregada por la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. directamente a esta Autoridad, elementos probatorios que comprobaron que asumió así pasivos con más de veinte (20) personas, hecho que configuró el supuesto de captación masiva y habitual de dineros del público previsto en el numeral 1° del artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015.
2. Teniendo en cuenta la información oficial contenida en la Declaración de Renta y Complementarios presentada por ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN por el año gravable de 2021, se identificó que el patrimonio líquido de la sociedad a corte del 31 de diciembre de 2021 ascendió a la suma de ocho millones seiscientos veintidós mil pesos (\$8.622.000), el cual es notoriamente inferior al valor captado del público por ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S en ese periodo. Así, el monto de las obligaciones vigentes, y contraídas por la sociedad supera ampliamente el 50% de su patrimonio líquido, configurándose de esta forma literal a) del parágrafo 1 del 2.18.2.1 del Decreto 1068 del 26 de mayo de 2015.

16 “(...) Definición. Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona. “Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

Parágrafo 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o

b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo 2. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4 o grado de consanguinidad, 2 o de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital. (...)”.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

3. Con relación a las ofertas públicas a personas innominadas, tal como se pudo identificar en contenidos publicados en el sitio web <https://avitar.com.co/>, como en los perfiles públicos de la sociedad en la red social Facebook e Instagram: <https://www.facebook.com/AvitarConstructora/>, <https://www.facebook.com/avitarconstructoraeinmobiliaria>, <https://www.instagram.com/avitarconstructora/>, la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. realizó de forma masiva la divulgación de sus productos y/o servicios en cuyas piezas publicitarias se hacía énfasis en las posibilidades de inversión y el beneficio adicional del reconocimiento de utilidades, quedando de esta manera configurado el supuesto descrito en el parágrafo 1 literal b) 2.18.2.1 del Decreto 1068 del 2015.

Como vemos, la configuración de las actividades desarrolladas por ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. mediante la suscripción de los denominados “contratos de anticresis” e “inversión de capital” en los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público, fue establecida tanto de la información de la sociedad aportada por su representante a esta Autoridad como de los contenidos notorios dispuestos al público a través de su sitio web, como en los perfiles públicos en redes sociales, por lo que no se entiende de qué manera sustenta el recurrente en reposición su inexistencia.

En efecto, los argumentos presentados por el recurrente resultan insuficientes para controvertir los supuestos de captación ilegal de recursos del público, ya que no demuestran que durante la visita de inspección la sociedad se encontrara obligada con menos de 20 personas, que el total de dineros recibidos por el conjunto de operaciones haya sido menor al 50% del patrimonio líquido y que no se hubieran realizado ofertas públicas o privadas a personas indeterminadas.

Entonces, analizados los argumentos y pruebas presentadas por el recurrente se evidencia que estos reafirman lo que ya fue abordado en el numeral 5.2.2 de las consideraciones del presente acto administrativo, en donde se explicó que las acciones implementadas por la sociedad ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. demuestran el cumplimiento de la medida cautelar proferida por esta Autoridad, y no a controvertir los supuestos de captación de la norma, además de ser acciones que han sido implantadas con posterioridad a la visita de inspección en acatamiento a la orden impartida por esta Autoridad.

Con relación al comportamiento de la sociedad que, según precisa el recurrente “*se ha centrado en proclamar mejores prácticas corporativas, haciendo frente, en primer lugar, a subsanar la relación contractual de sus clientes, en el sentido de terminar los contratos y realizando la devolución de los dineros; segundo, en abstenerse de continuar celebrando los denominados contratos de inversión y anticresis; y tercero, en desarrollar el objeto social principal, el cual es la construcción*”, no puede esta Autoridad valorar dicho comportamiento en los términos requeridos en reposición, en primera medida porque tal como se puede observar de lo dispuesto en la legislación aplicable, la configuración de los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público no comprenden atenuantes en la conducta del captador, máxime cuando el comportamiento que resalta el recurrente respecto de ÁVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. obedece a los deberes mínimos de conducta que se requieren de parte de quienes ejercen la actividad comercial.

Frente a este tipo de debates, la legislación colombiana ha señalado frente a los administradores que “*deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados*”¹⁷, sobre el particular, la Corte¹⁸ ha señalado:

¹⁷ Artículo 23, ley 222 de 1995, “deberes de los administradores”

¹⁸ Corte Constitucional en sentencia C-123 de 22 de febrero de 2006, M. P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, análisis de exequibilidad artículo 24 y otros de la ley 222 de 1995

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Debe la Corte recordar en primer lugar, que con la expedición de la Ley 222 de 1995, se modificó el libro segundo del Código de Comercio referente a las sociedades comerciales, como también se expidió un nuevo régimen de procesos concursales, y se dictaron otras disposiciones sobre esta materia.

Al respecto de la nueva regulación de las sociedades, tuvo como fin el legislador adaptarla a las nuevas circunstancias del país, especialmente a los nuevos principios que introdujo la Constitución de 1991, que modifican el papel del Estado y el modelo económico, así como las funciones de sus distintos estamentos, lo que a su vez cambia la orientación en cuanto a su función e intervención en la órbita de los particulares, a fin de que éstos puedan participar de manera ágil en las distintas fases de la actividad económica; y, para que la empresa, como base del desarrollo, pueda cumplir adecuadamente la función social que se le encomendó¹⁹.

Y, en relación con los administradores, dada la importante labor que desempeñan, por los inmensos poderes que hoy en día detentan, consideró necesario el legislador someterlos a un estricto código de conducta, para lo cual se precisó el marco general de sus actividades, sus funciones y responsabilidad, estableciendo además, normas que agilizaran y facilitaran las consecuentes acciones para el establecimiento de dicha responsabilidad. Así lo recordó el legislador durante el trámite legislativo de la Ley 222 de 1995, cuando señaló en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes que:

“La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capítulo de estados financieros. (...)”

Confiamos que con estas nuevas disposiciones no sea difícil, como hasta ahora, establecer las responsabilidades de los administradores y lograr el reconocimiento de las respectivas indemnizaciones, con la seguridad que a los buenos administradores el régimen no les impone obligaciones distintas de las que ya tienen.” (Subrayas fuera del texto)²⁰.

En efecto, en el Libro I de la Ley 222 de 1995, se estableció el Régimen de Sociedades, y en el Capítulo IV, de los Órganos Sociales, se consagra en la Sección II lo referente a los administradores (artículos 22 al 25), señalando quienes tienen esta calidad, sus deberes y responsabilidades, y lo relacionado con la acción social de responsabilidad contra éstos.

En efecto, el art. 22 de la citada ley, indica que son administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes conforme a los estatutos ejerzan o detenten dichas funciones.

Así mismo, respecto de la conducta de los administradores, el art. 23 de la ley, señala que deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, así como que sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad y observando los intereses de sus asociados. Además, de manera específica se establecen, los deberes de los administradores en el cumplimiento de su función así:

“En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. **Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.***
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la Revisoría Fiscal.*
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
- 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*

¹⁹ Gaceta del Congreso No. 381 de 4 de noviembre de 1993, exposición de motivos al proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 222 de 1995.

²⁰ Ver Gaceta del Congreso No. 61 del 25 de abril de 1995. Pág. 4

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuera socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”

Por su parte, el artículo 24 de la mencionada ley, consagra la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, a la que no estarán sujetos los que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. Además, se establece la presunción de culpabilidad para ciertos casos expresamente mencionados, de los cuales se ocupará esta providencia más adelante.

Finalmente, el artículo 25 de la citada ley, consagra la acción social de responsabilidad contra los administradores (...)

(...) Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad.

Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían²¹, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad.

Dicho marco general anotado, así como las reglas específicas que imponen deberes a los administradores, se complementan en la citada Ley 222, con las normas relativas a la responsabilidad solidaria e ilimitada en que éstos pueden incurrir por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Responsabilidad en la que se presumirá la culpa del administrador en los casos de incumplimiento o exlimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, o cuando hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia (...)” (negrilla y subrayado fuera de texto).

Como vemos, cuando una persona adquiere la calidad de comerciante, asume una carga de debida diligencia que conlleva deberes y responsabilidades frente a sus clientes y el Estado, prerrogativas que son de interés general y se sobreponen a los intereses particulares. En este sentido, proclamar “mejores prácticas corporativas” y cumplir las órdenes impartidas por esta Autoridad, no constituyen una labor destacable, sino que hacen parte del cumplimiento de los deberes asumidos al constituirse como comerciante y los propios como administrado.

En consecuencia, este reparo no contiene los elementos suficientes que permitan sustentar el cambio en razón a lo decidido, por lo que este Despacho no acoge ninguno de los planteamientos propuestos de conformidad con las razones expuestas en este considerando.

5.2.4. Frente a los considerados denominados: DESPROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LA RESOLUCIÓN 0873 DEL 11 DE JULIO DE 2022, FALTA DE APLICACIÓN NORMATIVA EN LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LOS NUMERALES

²¹ El artículo 200 del Código de Comercio, sin las modificaciones introducidas por la Ley 222 de 1995 consagraba: Los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Al respecto de la modificación a éste artículo ver comentario, OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos, vol. 2. Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 332

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN 0873 DE 11 DE JULIO DE 2022 y FALTA DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LOS NUMERALES OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN 0873 DEL 11 DE JULIO DE 2022.

Serán evacuados de forma conjunta los reparos del recurrente transcritos en los numerales 5.1.4., 5.1.5. y 5.1.6. del presente acto, por fundamentarse en los mismos supuestos de hecho y por obedecer a aspectos que buscan controvertir la competencia de la Superintendencia Financiera con relación a la medida cautelar impuesta.

Así, a efectos de abordar los argumentos del recurrente, es importante aclarar las siguientes cuestiones preliminares con relación a la competencia de esta Autoridad relacionada con la imposición de medidas administrativas en materia de captación no autorizada de recursos del público y el procedimiento aplicable.

5.2.4.1. De la competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia y el procedimiento aplicable frente al ejercicio no autorizado de la actividad de captación masiva y habitual de recursos del público

En Colombia, la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público, por disposición del artículo 335 de la Constitución Política son de interés público y sólo pueden ser realizadas previa autorización del Estado, quien, a través de esta Superintendencia o de la Superintendencia de Economía Solidaria para las entidades del sector solidario, confiere la autorización correspondiente y las habilita para ejercer cualquiera de dichas actividades. Veamos:

“Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”²²

Sobre el significado de tal intervención, la jurisprudencia ha señalado:

“(…) el artículo 335 constitucional hace explícito el interés público de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y de cualquiera otra relacionada con el manejo, el aprovechamiento y la inversión de los recursos de captación y del ahorro privado, y en consecuencia estatuye que se ejercerán previa autorización del Estado y conforme a la ley, ‘la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito’.”²³

Intervención que se justifica en el hecho de que la actividad aseguradora, financiera y bursátil es considerada de interés público y por ende, para su correcto funcionamiento requiere de la confianza permanente de la comunidad en las instituciones financieras y en las operaciones que realizan, hecho que se encuentra en consonancia con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“(…) El mantenimiento de esa confianza pública es el objetivo principal de la intervención del estado en este tipo de actividades. En eso, principalmente, consiste el carácter de “interés público” que la Constitución le imprime a este tipo de actividades, y de ahí el particular diseño institucional con el cual el constituyente dotó al Estado para permitirle la intervención en este tipo de actividades económicas”²⁴

²² Artículo 335 Constitución Política.

²³ Corte Constitucional, C-136 de 1999.4 de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Magistrado Ponente: Dr. JOSE Gregorio Hernandez Galindo

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C – 640 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Gonzales Cuervo.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Luego, la actividad de captación o recaudo de dineros del público, así como el manejo, administración e inversión de los mismos, en la medida en que tienen una connotación social y económica de impacto en la comunidad, sólo pueden ser desarrolladas por las instituciones autorizadas expresamente por las autoridades competentes, para constituirse y para funcionar, previo cumplimiento de los requisitos previstos por la ley²⁵. Esto, debido a que el bien jurídico que se persigue tutelar con dicho ordenamiento es el interés público económico y la confianza en el sector financiero colombiano, presupuestos que obviamente prevalecen siempre sobre los intereses particulares.

En el artículo 2.18.2.1. del Decreto 1068 de 2015, se establecen los supuestos que deben concurrir para que se predique que una persona natural o jurídica está captando, sin autorización, dineros del público de forma masiva, supuestos que fueron inicialmente establecidos en el Decreto 3227 de 1982, modificado en 1988 por el Decreto 1981. De tal suerte que, desde el año 1982 se encuentra la actividad de captación masiva y habitual de recursos del público suficientemente regulada para su desarrollo, estando vedada para quien no cuente con la autorización estatal para ejercerla.

Por ello, cuando la actividad financiera es desarrollada por personas no autorizadas captando recursos de la ciudadanía mediante diversas operaciones exclusivas de las entidades vigiladas, se hace necesaria la actuación inmediata de las Autoridades con el fin de prevenir y controlar tal actividad ilegal a efectos de preservar el interés público propio de la captación de recursos en los términos del artículo 335 constitucional anteriormente citado.

Para proteger los recursos del público, el legislador²⁶ ha otorgado al Presidente de la República el deber de ejercer a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, las funciones de inspección, control y vigilancia sobre las personas que realicen cualquier actividad relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados del público, lo cual constituye el objeto principal y el marco de las funciones de esta Autoridad de supervisión, en ese sentido, las instituciones financieras vigiladas están obligadas a someterse a un riguroso y exigente proceso de autorización previa, así como al cumplimiento permanente de exigibilidades dentro del marco de la regulación prudencial.

Por lo anterior, uno de los objetivos de esta Superintendencia consagrado en el artículo 325, numeral 1, literal d) del Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), consiste en *“Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas.”* es decir, personas diferentes a las instituciones que sí son vigiladas, condición que no ostenta el recurrente.

Para cumplir el mencionado objetivo, esta entidad cuenta, entre otras, con la función de *“Imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108, numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización.”*²⁷.

Así, atendiendo las facultades otorgadas en el marco constitucional y en los artículos 325, numeral 1, literal d) y 326, numeral 5, literal b), al igual que en el artículo 108 del EOSF, esta Superintendencia ha contado con la facultad para actuar y ordenar la suspensión inmediata de actividades de personas naturales y jurídicas que, sin contar con autorización previa, realizan captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público, no obstante la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente no ha estado dentro de su ámbito de competencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, el artículo 19 de la Ley 39 de 1993 disponía *“La liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas carentes de autorización para desarrollar actividades exclusivas de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se adelantarán conforme a los procedimientos establecidos en el Título Segundo del Libro Sexto del Código del Comercio.*

²⁵ Artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

²⁶ Artículo 325 numeral 1 Decreto 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) y 189 numeral 24 de la Constitución Política de Colombia.

²⁷ Artículo 326, Núm. 5, Lit. b) del EOSF.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Para este efecto, la Superintendencia Bancaria o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, según el caso deberán dar traslado inmediato al juez competente de los negocios, bienes y haberes de la persona intervenida. Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los procesos liquidatorios actualmente en curso (...).

A su turno, el Decreto 1228 de 1996²⁸ al reglamentar dicha disposición estableció que, una vez fueran ordenadas por esta Autoridad las medidas cautelares contempladas en el artículo 108 del EOSF la competencia pasaba al juez civil del circuito especializado, y a falta de éste, al juez civil del circuito que correspondiera al domicilio de la persona objeto de dichas medidas, los cuales tenían la facultad para adelantar la liquidación de las operaciones ilegales realizadas por personas naturales o jurídicas que carecieran de autorización para desarrollar actividades propias de las instituciones vigiladas por la entonces Superintendencia Bancaria²⁹.

Como vemos, si bien la función principal de la Superintendencia Financiera consiste en preservar la confianza en el sistema financiero regulado, la ley la dotó de la función consistente en evitar que personas no autorizadas, conforme a la ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas, dentro de las que se encuentra la captación masiva y habitual de recursos del público. No obstante el ordenamiento legal restringió el proceso de intervención y liquidación de las operaciones ilegales a una instancia diferente de esta Autoridad, siendo de competencia exclusiva para ese entonces de los jueces civiles.

Así las cosas, en desarrollo de la declaratoria de emergencia social efectuada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, por las razones en él contempladas y, en particular, la proliferación en el país de captadores no autorizados de dinero del público, **se hizo necesario adoptar un procedimiento ágil de intervención respecto de los captadores ilegales, para procurar el congelamiento de los recursos captados y su correspondiente devolución**, actuación que se concretó a través del Decreto 4334 de la misma fecha, el cual aplica tanto a esta Superintendencia como a la Superintendencia de Sociedades dentro del ámbito de competencia establecido a cada una de ellas, así señala la mencionada norma:

“ARTÍCULO 1º. INTERVENCIÓN ESTATAL: Declarar la intervención del Gobierno nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado. Asimismo, procederá la intervención del Gobierno nacional en los términos anteriormente expuestos, cuando dichas personas realicen operaciones de venta de derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza sin el cumplimiento de los requisitos legales. (negrilla y subrayado fuera de texto original).

En consecuencia, se definió a la Superintendencia de Sociedades como la autoridad administrativa competente de manera privativa para adelantar la intervención administrativa aludida en ese Decreto³⁰

Adicional a ello, el mencionado Decreto en su artículo 6º contempla otros eventos a los descritos en el Decreto 1068 de 2015 que, de presentarse también configuran la captación ilegal de dineros del público, en particular se consagraron los hechos objetivos o notorios como medio de prueba expedito y ágil para determinar la existencia de la misma, ya sea que se ejecute directamente o a través de intermediarios y mediante modalidades tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable. Veamos:

²⁸ Decreto por el cual se reglamentó el inciso tercero del artículo 19 de la Ley 35 de 1993 y el literal e) del numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. A la fecha la Ley 35 de 1993 fue incorporada en el Decreto 663 de 1993 EOSF.

²⁹ Mediante el Decreto 4327 de 2005 se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura.

³⁰ Artículo 4 Decreto 4334 de 2008.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

“ARTÍCULO 6°. SUPUESTOS. La intervención se llevará a cabo cuando existan hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable.”

Entonces, desde antes de la expedición del Decreto 4334 de 2008, esta Superintendencia cuenta con facultades para actuar frente a las personas naturales y jurídicas de derecho privado que sin contar con autorización previa, desarrollan actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público; facultades que conserva esta Autoridad administrativa y se ampliaron con la expedición de la normatividad especial posterior, dando paso a un procedimiento especial que permitiera actuar de manera inmediata y articulada entre los órganos del Estado contra quienes lleven a cabo esta actividad ilegal, quedando así en cabeza de la Superintendencia de Sociedades la ejecución del proceso de intervención y la consecuente devolución de los recursos captados de manera no autorizada por conducto del agente interventor designado.

Siguiendo en este razonamiento, en caso de establecerse por este Órgano de Control que se está en presencia del ejercicio de actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin autorización, procede la adopción de las medidas cautelares previstas en el numeral 1° del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar que impone la Justicia Ordinaria.

En efecto, en el numeral 1 del artículo 108 del mencionado Estatuto se dispone lo siguiente:

*“1. **Medidas cautelares.** Corresponde a la Superintendencia Bancaria imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización:*

“a) La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$1'000.000) cada una;

“b) La disolución de la persona jurídica, y

“c) La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que señala el presente Estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.

“Parágrafo 1o.- La Superintendencia Bancaria entablará, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público”.

“Parágrafo 2o.- La Superintendencia Bancaria podrá imponer las sanciones previstas en los artículos 209 y 211 a cualquier persona que obstruya o impida el desarrollo de las actuaciones administrativas que se adelanten para establecer la existencia de un eventual ejercicio ilegal de actividades exclusivas de las entidades vigiladas, así como a aquellas personas que le suministren información falsa o inexacta”

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad citada, en los casos de captación ilegal de recursos del público, solo procede para esta Superintendencia la orden de suspensión inmediata de actividades, así como las acciones cautelares necesarias para proteger a terceros de buena fe, pues en lo relativo a la intervención de la persona jurídica y la liquidación de las operaciones realizadas ilegalmente, corresponde su ejecución a la Superintendencia de Sociedades.

Atendiendo precisamente a lo señalado en el parágrafo primero del citado artículo, esta Superintendencia adicional a la orden de suspensión inmediata de actividades, ordena:

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- i) La inscripción de la medida cautelar en la Cámara de Comercio que corresponda si el sujeto de la medida es una persona jurídica.
- ii) Congelación de los correspondientes activos,
- iii) Remisión del expediente, a la Superintendencia de Sociedades, para que conforme a las facultades otorgadas en el Decreto 4334 de 2008, adelante el procedimiento de intervención administrativa,
- iv) Remisión del expediente a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que evalúe las posibles consecuencias penales, según lo establecido en el artículo 316 del Código Penal,
- v) Remisión a la Superintendencia de Notariado y Registro y al Ministerio de Transporte, entre otras autoridades con el fin de instruir a todos los registradores de instrumentos públicos para que se abstengan de registrar cualquier acto o contrato que afecte el dominio de bienes de propiedad.

Todo ello con el fin de preservar los activos del captador y ponerlos a disposición de la Superintendencia de Sociedades, para lograr el objetivo establecido en el Decreto 4334 de 2008 tendiente a adoptar medidas urgentes que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas y en las de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante.

Así mismo, con la finalidad de informar de manera inmediata al público, se ordena la publicación de la parte resolutive de la medida cautelar en un diario de circulación nacional, indicando que se trata de una operación de captación o recaudo no autorizado de dinero del público en forma masiva, con la finalidad de informar al público en general sobre esta actuación. Así mismo, se advierte sobre la facultad que tiene el sujeto de la medida de interponer recurso de reposición ante este Organismo contra el acto administrativo proferido en ejercicio de su derecho a la contradicción y de defensa.

A partir de la expedición de la medida administrativa por esta Superintendencia, ordenándole al captador ilegal la suspensión inmediata de las operaciones de recaudo no autorizado de recursos del público y congelando sus activos, entre otras acciones, *“la autoridad administrativa, competente de manera privativa”* para adelantar el proceso de intervención de los activos del captador a efecto de procurar la devolución de los dineros captados ilegalmente a los reclamantes, es la Superintendencia de Sociedades.

Por lo anterior, con la imposición de la medida administrativa finaliza la competencia de la Superintendencia Financiera en la materia y en adelante, sólo la Superintendencia de Sociedades, queda facultada para disponer de los bienes del captador. Así, tratándose de las medidas administrativas que impone la Superintendencia Financiera de Colombia, respecto de los captadores ilegales, en particular, la orden que da a las entidades vigiladas para que congelen los correspondientes activos del captador, y la limitación al dominio de los bienes de los sujetos de la medida administrativa, procede que se tenga presente que la misma queda supeditada a las decisiones que sobre tales activos y los demás que se identifiquen, expida la Superintendencia de Sociedades, de forma directa o por conducto del Agente Interventor o del Liquidador que designe con ocasión de la toma de posesión de los bienes y demás activos del captador.

Procede resaltar que, el procedimiento administrativo aplicable respecto de personas que captan recursos sin contar con la autorización de esta Superintendencia es sustancialmente diferente del proceso administrativo sancionatorio regulado en los artículos 208 y siguientes del EOSF, el cual es aplicable respecto de las entidades vigiladas por esta Entidad o que cuentan con autorización para funcionar.

En efecto, el proceso administrativo sancionatorio no es otra cosa que la materialización de lo que se puede denominar como función de vigilancia y control en desarrollo de lo cual a esta Superintendencia le corresponde inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que cuentan con autorización para constituirse y para funcionar, que por lo mismo están habilitadas legalmente para manejar recursos captados del público, de conformidad con las normas legales pertinentes, como son, entre otros, los

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

artículos 326 y ss., del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que definen la naturaleza, los objetivos, las funciones y las facultades de este Organismo.

No puede perderse de vista que, en materia de captación o recaudo masivo de recursos del público no nos encontramos ante el procedimiento administrativo sancionatorio, el cual debe agotarse en todos los casos frente a las entidades vigiladas por esta Superintendencia para verificar y sancionar la transgresión a las normas que las regulan, por cuanto el que nos ocupa es un **procedimiento cautelar y especial**, por el ejercicio no autorizado de una actividad propia de nuestras vigiladas. Las medidas de este procedimiento especial son de aplicación inmediata³¹, de manera que seguir procedimientos previos haría nugatoria su ejecución de la medida y, en consecuencia, no resultaría posible reprimir con éxito el ejercicio ilegal de actividades del resorte exclusivo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia.

Así las cosas, atendiendo la naturaleza cautelar y especial del procedimiento administrativo que se adelanta para establecer si se configura el ejercicio no autorizado de actividades de interés público, pese a no estar reglado constituye un mecanismo abreviado del procedimiento general, que permite intervenir de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas en esta actividad ilegal y de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante.

Es importante señalar que, el procedimiento administrativo expedito y concreto aplicable en materia de captación no autorizada de recursos del público, no permite que se caiga en el yerro de asumir que el mismo es carente de garantías de los derechos constitucionales, toda vez que dicho procedimiento se desarrolla de conformidad con el principio superior de legalidad de la función pública³², en virtud del cual la gestión de la administración debe someterse a normas previamente establecidas y cumplir los objetivos propuestos en ellas, atendiendo el debido proceso del cual se deriva el reconocimiento de los derechos de los administrados a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y controvertir pruebas, a ejercer el derecho de defensa e impugnar los actos administrativos, garantías que se preservan en todo el curso de la actuación administrativa que se desarrolla y culmina con la imposición de la medida cautelar de suspensión inmediata de actividades.

Aclarado lo anterior, procede este despacho a pronunciarse frente a los argumentos planteados por el recurrente sobre el particular, así, frente a su consideración denominada **DESPROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LA RESOLUCIÓN 0873 DEL 11 DE JULIO DE 2022**, plantea el recurrente que *“resulta desproporcional y contradictorio por parte de la Entidad Administrativa, que, al ordenar una cautela ÚNICAMENTE RESPECTO DE LOS RECURSOS DEL PÚBLICO PRESUNTAMENTE CAPTADOS, SE AFECTEN ACTIVIDADES TOTALMENTE DIFERENTES Y QUE EN NADA TIENE QUE VER CON EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO, AFECTÁNDOSE GRAVEMENTE, NO SOLO LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD, SINO DE TERCERAS PERSONAS DE BUENA FE QUE HAN INVERTIDO EN LOS PROCESOS CONSTRUCTIVOS DE AVITAR CONSTRUCTRA E INMOBILIARIA S.A.S., controvirtiendo que “el alcance de la medida administrativa es únicamente respecto de los recursos del público PRESUNTAMENTE captados o recaudados masivamente en forma no autorizada Y NO SOBRE LAS DEMÁS ACTIVIDADES DE LA SOCIEDAD, COMO LO ES, LA CONSTRUCCIÓN O ADMINISTRACIÓN DE BIENES.”*, en sustento de lo cual refiere un análisis del “juicio de proporcionalidad” que a juicio del recurrente hacen que la medida cautelar administrativa por captación ilegal de recursos del público se considere desproporcionada, pues considera el recurrente que esta Superintendencia podía aplicar al caso en concreto otras medidas cautelares *“las cuales, no se impone limitar el derecho de dominio de los bienes muebles, inmuebles o el movimiento de productos financieros”*

³¹ Procede traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009 al hacer el análisis de exequibilidad del Decreto 4333 de 2008, cuando afirmó que “(...) En el marco de la declaratoria de emergencia el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4334 de 2008, en virtud del cual se estableció un procedimiento de intervención con el fin de contar con mecanismos ágiles y efectivos para reprimir desde lo administrativo la conducta de captación no autorizada de dineros, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado y crear de instrumentos para la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de esas actividades (...).”

³² Sentencia C – 115 de 2005

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Atendiendo a lo expuesto, en efecto esta Superintendencia no ha controvertido respecto de la sociedad, las actividades de construcción que desarrolla, ni su objeto social, y es que en apego a la información recabada en la actuación administrativa³³ se determinó que AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., en desarrollo de su objeto social obtuvo recursos de terceros a través de los denominados “contratos de anticresis” e “inversión de capital”, bajo la obligación de devolver el capital invertido y el pago adicional de unas rentabilidades fijas mensuales, sin que se haya previsto como contraprestación la entrega de un bien o la prestación de un servicio.

Consecuencia de ello, esta Autoridad profirió medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público en la que ordenó:

*“(…) ARTÍCULO PRIMERO. ORDENAR a la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., identificada con el NIT. 901.302.568-6 representada legalmente por el señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.397.086, **la SUSPENSIÓN INMEDIATA de las actividades que constituyen captación o recaudo no autorizado de dineros del público**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución, bajo el apremio de multas sucesivas de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo establecido en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

*Parágrafo Primero. El alcance de la medida administrativa que se adopta contra la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. **es únicamente respecto de los recursos del público captados o recaudados masivamente en forma no autorizada.**”*

“ARTÍCULO SEGUNDO. ORDENAR a la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., realizar de manera inmediata la devolución de los recursos captados ilegalmente. (…)”

Como vemos, se equivoca el recurrente al afirmar que esta Superintendencia adoptó medida cautelar administrativa alguna, respecto de las actividades de construcción y de administración de bienes, pues la misma se impuso únicamente frente a las actividades que implicaron una captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización, esto es los contratos de “contratos de anticresis” e “inversión de capital”, sin que se hayan glosados las operaciones de construcción.

Escudarse en una actividad legal, para justificar la realización de actividades ilegales establecidas como tales por la Ley, no es de recibo alguno y por esa razón en aras de proteger el interés público que involucra la actividad financiera, esta Superintendencia en uso de sus facultades regladas se encuentra en el deber legal y constitucional de restringirlas.

Esta Autoridad no desconoce la condición de afectados que pueden ostentar terceros ligados a la operación de la sociedad, sin embargo, su reconocimiento y devolución de recursos deberá ser estudiada y ordenada por la Superintendencia de Sociedades en el marco del proceso de intervención a adelantar de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008.

Conviene aclarar que, tal y como se explicó antes en este numeral, la naturaleza del proceso de imposición de una medida administrativa por captación de recursos del público es de naturaleza especial, cautelar y de aplicación inmediata, y con esto no busca ejercer la facultad del *ius puniendi* del Estado Colombiano, si no imponer medidas cautelares expeditas e inmediatas para conjurar la actividad no autorizada y evitar los perjuicios de su desarrollo, mediante la orden de suspensión inmediata de actividades y de devolución de los recursos captados.

Dicho lo anterior, la actuación administrativa que dio como resultado la expedición de la Resolución 0873 de 2022 en todo momento estuvo dotada de todas las garantías a los derechos constitucionales, persiguió un fin constitucionalmente legítimo, aplicó el principio de legalidad, las garantías procesales adecuadas al reconocimiento de los derechos del recurrente, a pedir y controvertir pruebas, a ejercer el derecho de defensa e impugnar los actos administrativos.

³³ 2022025913-015-000- 123 informe AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA SAS

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Por eso, no son de recibo los argumentos del recurrente, tendientes a controvertir la medida a través de un juicio de proporcionalidad, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que se debe aplicar en los casos en que con las medidas impuestas se pueda afectar derechos fundamentales³⁴, test que tiene tres tipos de intensidad dependiendo la afectación al derecho fundamental, juicio que cuenta con tres subprincipios³⁵ el idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Lo que resulta llamativo para esta Superintendencia es que el recurrente, durante su escrito de reposición en el ejercicio del juicio de proporcionalidad, no determina cuales habrían sido los presuntos derechos fundamentales afectados, ni las razones de su vulneración con la imposición de la medida. Sin perjuicio de lo anterior es importante tener en cuenta que la medida adoptada:

- Persigue un fin constitucionalmente legítimo porque en virtud del artículo 335 de la Constitución Política, al ser las actividades financieras, aseguradores y bursátiles de interés público, se faculta la actuación de esta Superintendencia en los casos en que personas ajenas al sector financiero realicen actividades exclusivas de sus entidades vigiladas como es el caso de la captación de recursos del público, con la finalidad de proteger el ahorro y preservar la confianza en el sistema financiero.
- Es idónea porque permitió conjurar los efectos de la captación ilegal de recursos del público, que se encuentra plenamente demostrada de conformidad con los términos del artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015 y consecuente a ello la imposición de medidas, traslados y publicaciones que menciona en su escrito.
- Es necesaria porque en línea con lo que menciona el recurrente y establece el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta Superintendencia está facultada para “(...) ***imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización: a. La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas*** (...)”, lo anterior no es otra cosa que lo ordenado en la parte resolutive de la medida cautelar, una facultad reglada que permite a esta Autoridad adoptar las acciones cautelares necesarias para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe, por lo cual con la congelación y restricción a los bienes del captador, se busca preservar esos activos para ponerlos a disposición de la Superintendencia de Sociedades a fin de lograr la devolución a los afectados de los recursos captados de manera ilegal.
- Es proporcional en sentido estricto, por cuanto no tiene un impacto desmedido en los derechos fundamentales del recurrente.

Ahora bien, tal y como se explicó de forma detallada en el presente numeral, las actividades de captación de recursos del público tienen una relación directa con la actividad de AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., pues en el desarrollo del modelo de negocio de la

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673 de 2001, Manuel José Cepeda Espinosa. “1. El juicio de proporcionalidad de intensidad estricta exige verificar, previamente, si la medida restrictiva (i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable. Una vez ello se establece, debe determinarse si tal medio resulta (ii) efectivamente conducente, (iii) necesario y (iv) proporcionado en sentido estricto. Se trata de una revisión rigurosa de la justificación de la medida juzgada y se aplica, entre otros casos, en aquellos en los que la medida supone el empleo de categorías sospechosas, afecta a grupos especialmente protegidos, o impacta el goce de un derecho constitucional fundamental. 2. El juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia exige establecer, en un primer momento, si la medida (i) se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante. Una vez ello se comprueba, debe establecerse si resulta (ii) efectivamente conducente para alcanzar dicho propósito. El examen intermedio ha sido aplicado por la Corte en aquellos casos en los que la medida acusada se apoya en el uso de categorías semisuspechosas, afecta el goce de un derecho constitucional no fundamental o constituye un mecanismo de discriminación inversa. 3. El juicio de proporcionalidad de intensidad débil impone determinar, inicialmente, si la medida (i) persigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello así, se requiere además establecer si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, como idóneo para alcanzar la finalidad identificada. La Corte ha considerado pertinente aplicar este juicio cuando se juzgan, entre otras, medidas adoptadas en desarrollo de competencias constitucionales específicas o de naturaleza tributaria o económica”

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-520/16, M.P. María Victoria Calle Correa.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

sociedad se celebraron los denominados “contratos de inversión de capital” y “anticresis”, mediante los cuales se obtuvieron recursos de terceros que fueron destinados a la ejecución de actividades propias de la sociedad, dentro de los que se encuentra la construcción de obras civiles y proyectos inmobiliarios, tal como lo manifestó el representante legal a esta Autoridad en la explicación del modelo de negocio: *“Existen contratos de administración de bienes inmuebles de terceros, contratos de inversión, contratos de anticresis, contratos de promesa y compra venta de bienes inmuebles. La compañía se apalanca con inversionistas temporales, por medio de los contratos mencionados anteriormente, los cuales se respaldan a través de la suscripción de títulos valores (letras de cambio), que actúan como garantía a nuestros inversionistas, derivados del contrato principal. (...) La compañía se apalanca en el ejercicio de su ejecución a través de recursos propios y terceros”*

Entonces, contrario a lo expuesto por el recurrente, la captación de recursos del público realizada a través de los denominados “contratos de inversión de capital” y “anticresis” sí guarda relación directa con las actividades desarrolladas por la sociedad y para conjurar el ejercicio no autorizado de esta actividad, esta Superintendencia adoptó las medidas cautelares previstas en la legislación vigente para preservar los activos del captador y, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008 ponerlos a disposición de la Superintendencia de Sociedades para adelantar el respectivo proceso de intervención y consecuente liquidación con la finalidad de propender con la devolución inmediata de los dineros captados del público, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado, fin último que persigue el procedimiento establecido.

En consecuencia, las medidas cautelares impartidas por esta Autoridad mediante el acto que se recurren se encuentran plenamente justificadas y sustentadas en el ordenamiento legal vigente, se reitera que la naturaleza de la imposición de las medidas cautelares tiene como finalidad cesar el ejercicio ilegal de la actividad financiera, en este caso la captación no autorizada de recursos del público, por lo que este tipo de medidas cautelares difieren de las impuestas por los Jueces de la República, que en sede jurisdiccional tienen la potestad de levantarlas en caso de que se presten cauciones representadas en garantías, situación que en el presente proceso administrativo no es procedente.

En razón a lo anterior, no proceden los argumentos expuestos en este reparo y por lo tanto, no es posible acceder a lo pretendido bajo este reparo en el sentido de levantar la medida cautelar impuesta o en su defecto fijar un monto para prestar caución o sustituir la medida cautelar a uno de los bienes de la sociedad, pues ello excedería las facultades de esta Autoridad y desbordaría el cumplimiento del debido proceso aplicable al caso que nos ocupa.

De otra parte, en lo relativo al considerando denominado **FALTA DE APLICACIÓN NORMATIVA EN LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LOS NUMERALES OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN 0873 DE 11 DE JULIO DE 2022**, manifiesta el recurrente que esta Superintendencia *omitió, o aplicó indebidamente el artículo 108 y 326 del Estatuto orgánico Financiero, artículo sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993*, resaltando que las únicas sanciones que puede tomar están previstas en el artículo 326 *(i) emitir órdenes necesarias para la suspensión de las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras, y adoptar las medidas correctivas y de saneamiento; (ii) imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; (iii) establecer, cuando lo considere conveniente: a) establecer una vigilancia especial, b) coordinar las acciones pertinentes con el Fondo de Garantías de instituciones Financieras, c) promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada, d) ordenar la recapitalización de la institución, e) disponer de la fusión de la institución, f) adoptar un plan de recuperación; iv) tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada; v) Dar traslado al juez competente; vi) ordenar que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre sí; vii) Ordenar la suspensión de prácticas que tiendan a establecer competencia desleal y las del artículo 108 i) Suspensión inmediata de las actividades, bajo apremio de multa; ii) disolución de la persona jurídica y iii) liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente.*

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Derivado de lo cual esta autoridad a consideración del recurrente solo puede imponer “medidas cautelares o preventivas, las cuales se encuentran taxativamente reguladas, y en tal razón, no se observa por ningún lado que dicha facultad pueda hacerse extensiva a la de limitar el derecho de dominio, o de impedir que se realicen actos o negocios jurídicos sobre bienes de propiedad del investigado”.

Para abordar los argumentos presentados bajo este considerando, resulta pertinente analizar lo pretendido por el recurrente bajo el concepto del Consejo de Estado frente a la falta de aplicación de una norma en que debía fundarse un acto:

“En primer lugar, la falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce pues la analiza o valora no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso decidido.

En segundo lugar, la aplicación indebida tiene lugar cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias:

- Porque la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y,
- Porque no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

Finalmente, se viola la regla de derecho de fondo o norma sustancial de manera directa al dársele una interpretación errónea. Esto sucede cuando las disposiciones que se aplican son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidas, las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde³⁶.

Atendiendo este supuesto, esta Superintendencia adoptó la medida cautelar de conformidad con los artículos mencionados por el recurrente al aplicar el numeral 5 del literal b del artículo 326, que implica una remisión al artículo 108 del EOSF, que faculta a esta Autoridad para ordenar la suspensión inmediata de las actividades bajo el apremio de multas como efectivamente se puede ver en la parte resolutive de la Resolución 0873 de 2022, por lo que no procede afirmar la falta de aplicación, aplicación indebida e incluso una interpretación errónea.

No sobra advertir al recurrente que, lo consagrado en el numeral 5 en los literales a, c, d, e, f, g, i y j, del citado artículo descritos en el escrito de reposición, únicamente podrá ser aplicado respecto de entidades sometidas a la vigilancia de esta Autoridad, tal como lo señala la norma y que omite el recurrente citar en su escrito, de tal suerte que, el artículo 326 numeral 5 del EOSF dispone:

“Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:

- a) Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que **alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia**, o esté manejando sus negocios en formas no autorizada o insegura;
- b) Imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108, numeral 1o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización;

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 19001-23-33-000-2014-00005-01(4023-1) C.P. William Hernández Gómez, Sentencia del 28 de febrero de 2020, pg. 26.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

c) Adoptar cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualquiera de las siguientes medidas cautelares para **evitar que una institución vigilada** incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:

- Establecer una vigilancia especial, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen;
- Coordinar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras las acciones pertinentes, de acuerdo con las disposiciones que regulen su funcionamiento;
- Promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada;
- Ordenar la recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales;
- Promover la cesión total o parcial de sus activos, pasivos o contratos o la enajenación de sus establecimientos de comercio a otra institución, y
- Disponer la fusión de la institución, en los términos previstos en el Capítulo II de, la Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas vigentes al respecto;

d) Tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios **de una institución vigilada** cuando se presente alguno de los hechos previstos en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, a juicio del Superintendente Bancario, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del ministerio de Hacienda y Crédito Público;

e) Dar inmediato traslado al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o al juez competente, según corresponda, de los negocios, bienes y haberes de las entidades intervenidas, para su liquidación;

f) Ordenar, de oficio o a petición de parte, como medida cautelar o definitiva, que los **representantes legales de las entidades vigiladas** se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre si o adopten decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer;

g) Ordenar, de oficio o a petición de parte, que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer;

i) **Imponer a las instituciones vigiladas**, directores, revisor fiscal o empleados de la misma, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las Leyes a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria.

j) Ordenar, en coordinación con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, la exclusión de activos y pasivos de un establecimiento de crédito, cuando la medida sea necesaria, a juicio del Superintendente Bancario, previo concepto del Consejo Asesor. (...)” (negrilla y subrayado propio).

En este sentido, el ejercicio de las citadas facultades opera en el caso de procesos administrativos adelantados por esta Superintendencia respecto de entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, caso que no ocurre con AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., ya que es una entidad ajena al sector financiero, sobre la que se encuentra justificada la no aplicación de las mencionadas normas.

Por lo tanto, atendiendo el procedimiento cautelar administrativo aplicable a personas no sometidas al ámbito de vigilancia de esta Autoridad en materia de captación no autorizada de recursos del público, explicado en extenso anteriormente en el presente numeral, no es posible aplicar la normativa prevista en el artículo citado en precedencia, como pretende el recurrente, pues ello sería abiertamente violatorio del debido proceso, al aplicar un procedimiento que no corresponde al caso objeto de estudio y de aplicarse otra vía procesal, la actuación se opondría a su esencia cautelar y especial y desconocería la inmediatez que exige el actuar de esta Autoridad para proteger el ahorro de los colombianos y preservar la confianza del público.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Ahora bien, con relación a las órdenes de abstención de registro de bienes y la congelación de productos financieros, estas se encuentran justificadas en la finalidad de detener de manera urgente las conductas, operaciones y el patrimonio de quienes captaron ilegalmente recursos del público, para lograr la pronta devolución de los recursos a los afectados en el marco del proceso de intervención y liquidación, tal como se encuentra descrito en el párrafo primero del artículo 108 del EOSF en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008.

Por ende, los argumentos de este acápite no están llamados a prosperar.

Finalmente, en lo relativo a los argumentos expuesto por el recurrente bajo el considerando denominado **FALTA DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR ORDENADA EN LOS NUMERALES OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN 0873 DEL 11 DE JULIO DE 2022**, aduce que *“la decisión adoptada por la Delegatura para la Protección del Consumidor Financiero, en los numerales octavo, noveno y décimo, desbordan la competencia de este, las cuales recaen exclusivamente en la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, tomando la decisión arbitraria”,* respecto de lo cual concluye que *“la Superintendencia Financiera, al realizar el silogismo lógico para imponer la medida cautelar, en cuanto a la norma Decreto 4334 de 2008, desbordó totalmente su campo de acción atribuyéndose competencias en cabeza exclusivamente de la Superintendencia de Sociedades”*

Sobre el particular, procede recordar lo dispuesto en los artículos citados por el recurrente, correspondientes a la parte resolutive de la Resolución 0873 del 11 de julio de 2022:

“ARTICULO OCTAVO. SOLICITAR a la Superintendencia de Notariado y Registro su colaboración con el fin de instruir a todos los registradores de instrumentos públicos para que se abstengan de registrar cualquier acto o contrato que afecte el dominio de bienes de propiedad de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., identificada con el NIT. 901.302.568-6, salvo que dicho acto haya sido realizado por el Agente Interventor que designe la Superintendencia de Sociedades, autoridad que una vez asuma la actuación será la única competente para disponer de los respectivos activos.

ARTICULO NOVENO. SOLICITAR al Ministerio de Transporte su colaboración con el fin de instruir a todas las Secretarías de Tránsito y Transporte del país para que se abstengan de registrar cualquier acto o contrato que afecte el dominio de bienes de propiedad de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., identificada con el NIT. 901.302.568-6, así como abstenerse de levantar dicha medida salvo que tal orden sea proferida por la Superintendencia de Sociedades o por el Agente Interventor quienes una vez asuman la actuación serán los únicos competentes para disponer de los respectivos activos.

ARTICULO DÉCIMO. ORDENAR a los establecimientos de crédito, sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa, sociedades comisionistas de bolsas de bienes y productos agropecuarios, sociedades especializadas de depósitos y pagos electrónicos, sociedades administradoras de fondos de pensiones voluntarias y sociedades administradoras de inversión, la congelación inmediata de los depósitos, inversiones, derechos fiduciarios, pensiones voluntarias y participaciones en carteras colectivas y fondos de inversión colectiva, de los cuales sea titular o beneficiario la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., identificada con el NIT. 901.302.568-6, ponerse a disposición de la Superintendencia de Sociedades y el Agente Interventor que designe dicha Autoridad, así como abstenerse de levantar dicha medida salvo que tal orden sea proferida por la Superintendencia de Sociedades o por el Agente Interventor, quienes una vez asuman la actuación, serán los únicos competentes para disponer de los respectivos activos”.

Las referidas ordenes tienen como objeto asegurar los bienes de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., así como el congelamiento de los recursos disponibles en productos financieros de depósito, con la finalidad de ponerlos a disposición de la Superintendencia de Sociedades por conducto del Agente Interventor designado, con la finalidad de procurar la pronta devolución de los recursos captados de manera ilegal.

Tales disposiciones, contrario a lo planteado por el recurrente, no obedecen a la aplicación de “silogismos” o a decisiones “arbitrarias” de esta Autoridad, pues tal como se explicó con suficiencia en precedencia, tienen su fundamento normativo y legal en lo dispuesto en el párrafo primero del

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

artículo 108 del EOSF, el cual se reitera, señala: “**La Superintendencia Bancaria entablará, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe** y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público”, pues carecería de total sentido imponer una orden de suspensión de actividades de captación masiva y habitual de recursos del público de manera no autorizada, sin que la misma tenga repercusión en los bienes captados de manera ilegal, lo que iría en contravía de los principios constitucionales de protección del ahorro del público y las funciones de prevención frente al ejercicio no autorizado de actividades propias de las entidades supervisadas por esta Superintendencia, con lo cual, el propósito de la medida cautelar, esto es la protección de los derechos de terceros y la preservación de la confianza del público en general, resultaría inocua.

Ahora bien, dentro de la misma parte resolutive se ordenó el traslado del expediente a la Superintendencia de Sociedades para lo propio del proceso de intervención, facultad que no es de resorte de esta Autoridad, de tal suerte que mediante Auto 2022-01-588229 del 2 de agosto de 2022, la Superintendencia de Sociedades ordenó la intervención bajo la medida de toma de posesión, de los bienes, haberes, negocios y patrimonio de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S. y realizó el nombramiento del Agente Interventor.

En vista de ello, quien ordenó la toma de posesión y quien actualmente está realizando el proceso de intervención de la sociedad es la Superintendencia de Sociedades en el marco de sus competencias, sin que pueda ello confundirse con las medidas adoptadas por esta Autoridad como equivocadamente lo platea el recurrente.

Finalmente, este Despacho no acoge ninguno de los fundamentos de hecho invocados en el recurso interpuesto, los cuales fueron abordados por esta Autoridad en su totalidad en el presente acto administrativo.

SEXTO. Que las consideraciones expuestas en precedencia recogen las conclusiones y resultados del análisis que llevó a cabo esta Superintendencia frente a cada uno de los motivos de inconformidad planteados en el recurso que se analiza, sin que se encuentren argumentos válidos y ciertos, ni la suficiencia probatoria que desvirtúen las motivaciones que le sirvieron de fundamento para ordenar la medida administrativa señalada en su contra, por lo cual, procede confirmar el acto recurrido.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución 0873 del 11 de julio de 2022, mediante la cual se adoptó una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, respecto de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S., identificada con Nit. 901.302.568-6, representada legalmente por el señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.397.086

ARTÍCULO SEGUNDO. RECHAZAR POR IMPROCEDENTE el recurso de apelación presentado por la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. COMUNICAR la presente resolución a la Superintendencia de Sociedades, para los fines propios de su competencia.

ARTÍCULO CUARTO. COMPULSAR copias de la presente resolución a la Fiscalía General de la Nación para los fines pertinentes en las investigaciones de su competencia.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ARTÍCULO QUINTO. ORDENAR la publicación de la parte resolutive de este acto administrativo en un diario de circulación nacional, indicando que se trata de una operación de captación o recaudo no autorizado de dinero del público en forma masiva. Lo anterior de acuerdo con lo previsto en el párrafo 1º del numeral 1º del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

ARTÍCULO SEXTO. ORDENAR la publicación de la presente resolución en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Capítulo Superintendencia Financiera y en la página Web de esta última Entidad.

ARTÍCULO SÉPTIMO. NOTIFICAR PERSONAL O SUBSIDIARIAMENTE POR AVISO según lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al señor JERSSON JAHIR VELANDIA SUAREZ representante legal de la sociedad AVITAR CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.A.S, el contenido de la presente Resolución, entregando copia de esta, y advirtiéndole que contra ella no procede ningún recurso, quedando agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D. C., a los 21 días del mes de septiembre de 2022.

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO,

MARIA FERNANDA TENJO FANDIÑO

90000-DELEGADO PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

90000-DELEGATURA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO