

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2022064124-132-000

Fecha: 2022-10-25 09:10 Sec.día 1400

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: 901160871-GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S

RESOLUCIÓN NÚMERO 1505 DE 2022

(25 de octubre)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1018 del 5 de agosto de 2022, mediante la cual se adoptó una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, respecto de la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., identificada con el NIT. 901.160.871-2, representada legalmente por el señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.392.062.

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 1018 del 5 de agosto de 2022 (en adelante la Resolución), la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de la Superintendente Delegada para el Consumidor Financiero, ordenó *“a la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., identificada con el NIT. 901.160.871-2 representada legalmente por el señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.392.062, 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 la Resolución fue notificada, personalmente, el 8 de agosto de 2022 al señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO, Representante Legal de la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., tal y como figura en la constancia¹ suscrita para el efecto y que obra en el expediente de la actuación administrativa.

¹ Radicado 2022064124-021-000-111

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Tanto en el documento de notificación personal de la Resolución² a través de medios electrónicos, como en el artículo décimo segundo de la parte resolutive del acto recurrido, se advirtió que contra dicho acto administrativo, procedía únicamente el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para el Consumidor Financiero dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la respectiva notificación, esto es, hasta el veintitrés (23) de agosto de 2022.

TERCERO. Que el día 26 de agosto de 2022, esto es, vencido el término de diez (10) días contado a partir de la notificación personal de la Resolución, mediante comunicación electrónica radicada ante esta Superintendencia con los números 2022064124-073-000, 2022064124-074-000, 2022064124-075-000, 2022064124-076-000 y 2022064124-077-000, el señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO, actuando en calidad de Representante Legal de la sociedad, presentó recurso de reposición contra la citada resolución y solicito:

“Principal.

PRIMERA. - REPONER, la totalidad de la Resolución 1018 del 5 de agosto de 2022 “mediante el cual le fue impartida una orden administrativa compuesta por varias acciones, conforme lo expuesto en el presente documento.

Subsidiarias.

SEGUNDA. – REPONER PARCIALMENTE la Resolución 1018 del 5 de agosto de 2022 “mediante el cual le fue impartida una orden administrativa compuesta por varias acciones” en los artículos OCTAVO, NOVENO y DÉCIMO de la parte resolutive del acto administrativo, en cuanto estas medidas afectan el giro ordinario de las demás líneas de negocio y actividades que desarrolla la compañía que representó.”

CUARTO. Que de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 77 y el artículo 78 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPACA, ante la presentación extemporánea del recurso de reposición, como en el caso de la medida que se recurre y se responde en este acto, es procedente su rechazo. No obstante, con el fin de ser plenamente garantista del derecho de defensa, se procederá a evaluar y considerar los argumentos del recurso y resolver de fondo el mismo.

QUINTO. Que el recurrente aportó en su escrito de reposición, el cual presentó de forma extemporánea, como medios probatorios en sustento de sus argumentos, los siguientes documentos que ha denominado como:

- “Otrosíes celebrados subsanando el error de digitación de los contratos cuya inversión se asocia al apartamento 402 del Edificio Torre Barcelona.”
- “Actas de terminación de 42 contratos línea de inversión de capital.”
- “Letras de cambio canceladas por pago total de la obligación, de los contratos de línea de inversión de capital celebrados con los señores Brayan German Cely Alfonso, Yeison Javier Suspes Cipamocha.”
- “26 letras de cambio canceladas por pago total de la obligación asociadas a la línea de préstamos.”
- “Estados financieros a corte 25 de agosto de 2022, donde se evidencia el incremento en el patrimonio líquido de la compañía y la disminución de las obligaciones conforme las devoluciones realizadas.”
- “Letras de cambio canceladas por pago total de la obligación, de los contratos de línea de inversión de capital celebrados con los señores Brayan German Cely Alfonso, Yeison Javier Suspes Cipamocha.”
- “Actas de finalización de contratos verbales”

A pesar de la presentación extemporánea del recurso y las pruebas señaladas en precedencia, a efectos de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, esta autoridad decretó la

² Radicado 2022064124-017-000

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

incorporación de los mencionados documentos como pruebas a la actuación administrativa, tal como consta en el Auto de Pruebas No. 1 del 1 de septiembre de 2022³, debidamente notificado al recurrente⁴.

SEXTO: A continuación, se transcriben los motivos de inconformidad invocados por el recurrente frente a la Resolución, en el mismo orden en que fueron expuestos, seguidos de las consideraciones de esta Superintendencia frente a cada uno de ellos.

6.1. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El recurrente presenta sus argumentos en 3 acápite, a saber:

6.1.1. OPORTUNIDAD

“La resolución 1018 del 5 de agosto de 2022 ordena su notificación personal a la sociedad CONSTRUCOL S.A.S. en los términos del CPACA, ahora bien, la sociedad que representó tuvo conocimiento del acto administrativo hasta el día 11 de agosto de 2022 mediante Publicación realizada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA en sí (sic) sitio web oficial.

Conforme a lo anterior el presente recurso se presenta dentro del término conferido por el CPACA.”

6.1.2. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS QUE SUSTENTAN EL RECURSO INTERPUESTO

“(…) Como resultado de la inspección realizada por la comisión delegada, su honorable despacho, enuncia dentro del considerandum de la resolución 1018 del 5 de agosto de 2022, aspectos asociados con el desarrollo de las actividades realizadas por CONSTRUCOL S.A.S., dentro de los cuales se omitió tener en cuenta circunstancias de hecho las cuales podrían desvirtuar las consideraciones de su despacho y que son consecuentes con la realidad del ejercicio de las actividades económicas que desarrolla la compañía, a saber:

I. EN CUANTO AL ACERVO PROBATORIO

Llama la atención de la comisión de visita, las dos líneas de negocio informadas por CONSTRUCOL S.A.S, correspondientes a CONTRATOS DE INVERSIÓN DE CAPITAL y PRÉSTAMOS, razón por la cual detalla minuciosamente el listado de actos celebrados frente a estas líneas de negocio indicando sobre cada una:

II. EN CUANTO A LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN DE CAPITAL:

(…) Se hace necesario en primera medida que su despacho conozca la envergadura del proyecto:

PH TORRE BARCELONA: Constitutivo de 12 apartamentos, 5 de ellos tipo 1 de ochenta y dos metros cuadrados, de otro lado 5 tipo 2 de setenta y nueve metros cuadrados, 1 apartamento dúplex de ciento catorce metros cuadrados más veinte cuatro de terraza adicional, 1 apartamento sencillo de cincuenta y cuatro metros cuadrados más veinticuatro metros cuadrados de adicional, también hace parte del proyecto 4 depósitos y 8 parqueaderos, 3 de estos privados con puerta de acceso y 5 comunes cuenta con terraza BBQ, sauna, turco y salón social y ascensor panorámico para un total de extensión del terreno de

- *Ahora bien, frente a la observación hecha por la comisión correspondiente a que 20 personas invirtieron en la construcción del apartamento 402 de TORRE BARCELONA un valor de trescientos noventa millones de pesos M/cte (\$ 390.000.0000), cuando CONSTRUCOL S.A.S, preciso en su explicación que el costo de construcción de cada apartamento es de 90.000.000 y su valor de comercialización oscila entre 185 197 millones de pesos. Es menester manifestar lo siguiente:*
 1. *El despacho de conocimiento no tuvo en cuenta que existen varios apartamentos dentro de la torre Barcelona con valores comerciales distintos, los cuales oscilan hasta la suma equivalente a \$295.000.000, situación que constituye un error de hecho en la apreciación conjunta del proyecto.*

³ Radicado 2022064124-087

⁴ Radicados 2022064124-104-000 y 2022064124-114-000

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2. De los hechos encontrados por la comisión delegada para inspección, se evidencio inversión que superaba el valor de venta del inmueble por parte de CONSTRUCOL S.A.S, en cuanto a lo referente al apartamento 402 del edificio torre Barcelona, al revisar el procedimiento de direccionamiento de inversión realizada por CONSTRUCOL S.A.S se evidencio que la persona encargada, como asesora inicial y encargada de verificar las condiciones contractuales por error involuntario direcciono la inversión de estas veinte personas respecto del mismo bien inmueble al utilizar el formato de contrato pre existente. Frente a esta situación CONSTRUCOL S.A.S tomo acción de corrección realizando OTROSÍ, directamente con el inversionista quien acepto la responsabilidad compartida al no revisar el número de apartamento sobre el que se le oferto el proyecto de inversión inicialmente. Por lo cual me permito anexar, documento de OTROSÍ a los contratos iniciales.
- Frente a la observación realizada sobre los 2 títulos valores girados como garantía dl (sic) contrato de inversión de capital de los señores a saber
 1. Letra de cambio con fecha de exigibilidad el día 3 de enero de 2023 girada al señor (...), por el valor de 10.000.000 me permito informar a su honorable despacho que el tenedor actual de dicho título valor es el suscrito Paulo Andrés Santiago Berdugo por pago total de la obligación.
 2. Letra de cambio con fecha de exigibilidad el día 14 de enero de 2023 girada al señor (...), por el valor de 15.000.000 me permito informar a su honorable despacho que el tenedor actual de dicho título valor es el suscrito paulo Andrés Santiago Berdugo por pago total de la obligación.

En conclusión, estimada corporación, los títulos valores antes descritos fueron cancelados por el suscrito, toda vez que desde la suscripción se puso de presente a los girados que, aunque dentro del mismo no quedara expuesta la representación legal del suscrito, CONSTRUCOL S.A.S, dentro de las facultades otorgadas por la ley y los estatutos de constitución de la sociedad lo permiten.

III. EN CUANTO A LOS PRESTAMOS,

Expone la superintendencia financiera de Colombia que CONSTRUCOL S.A.S a partir del 1 de enero de 2022, y con la proyección de ejecutar dos proyectos de gran envergadura, los cuales son MONTEALEGRE Y VILLA DEL RIO, con el objeto de apalancar financieramente dichos proyectos, giró títulos valores letras de cambio en garantía (56 títulos valores letras de cambio).

Respecto de la tesis de la superintendencia los títulos valores anteriormente mencionados, Pablo Andrés Santiago Berdugo giro a título personal brindando un indicio negativo.

Frente a lo anterior se hace necesario indicar al despacho lo siguiente:

1. Como es evidente los recursos provenientes de los títulos valores a los que hace alusión fueron destinados a las cuentas de CONSTRUCOL S.A.S lo que permite inferir que los títulos valores a los que hace referencia la corporación fueron girados como representante legal de la compañía y no a la cuenta bancaria personal.
2. Aunado a lo anterior entre girado y girador de los títulos valores, existe pleno conocimiento y consentimiento de las calidades en la cuales fueron celebrados los instrumentos mercantiles, Maxime los mismos fueron suscritos en las instalaciones físicas de la sociedad que represento.
3. Por ultimo y frente al mencionado apalancamiento financiero me permito aclarar, que dista de lo manifestado por su despacho, como quiera que la sociedad que represento GRUPO INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S, ejecuta diferentes actividades u operaciones mercantiles anteriormente descritas. En conclusión, los dineros del desarrollo de los proyectos no dependen netamente del apalancamiento de los prestamos sino de todas las actividades en desarrollo de su objeto social.

Sin perjuicio de lo anterior, manifiesto a su despacho que, de las 56 letras de cambio celebradas por el suscrito, hasta la fecha de interposición del presente recurso, ha cancelado por pago total de la obligación un total de 26 las cuales me permito adjuntar al presente documento.

IV. EN CUANTO AL ESTADO DE SITUACIÓN FINANCIERA Y EL ESTADO DE RESULTADO COMPARATIVOS AL CIERRE DE 31 DE DICIEMBRE DE 2020, 2021 Y 2022

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Expone la corporación financiera, que de la totalidad de las obligaciones que se evidencian de CONSTRUCOL S.A.S es de 65 personas a través de la línea de modelo de negocio de inversión de capital, por diferencia en la información contestada en el requerimiento y la reflejada en los estados financieros de la compañía.

Respecto de esta diferencia de información aportada, el suscrito representante legal argumenta, que del estudio y comparación de la información se encuentra que el dinero se aportó mediante consignación dentro de contratos verbales, razón por la cual, aunque se evidencia el ingreso de las sumas de dinero en las cuentas contables y por tal razón no se aportó dentro de la inspección soporte documental.

Ahora bien, frente a estas 19 operaciones verbales, me permito manifestarle que 9 de ellas, fueron finiquitadas mediante acta de terminación de contrato y las sumas de dinero fueron devueltas.

V. RESPECTO DEL PATRIMONIO LÍQUIDO DE CONSTRUCOL S.A.S.

Aduce la corporación de conocimiento que se presentan balances financieros a corte de 28 de febrero de 2022 con un patrimonio negativo de ciento ochenta y cuatro millones setecientos setenta y seis mil quinientos ochenta y siete pesos (\$184.776.587).

Frente a este punto es importante hacer precisión en varias situaciones que son relevantes para su despacho considerar antes de adoptar alguna medida cautelar definitiva.

Es importante resaltar la fecha de realización de la visita de la comisión la cual data del mes de marzo de 2022 misma fecha desde la cual la sociedad que represento no ha realizado actividades asociadas al modelo de negocio de inversión ni de préstamo.

Como de igual manera no se ha considerado por su despacho que conforme los estados financieros actuales de la compañía, el pasivo de la compañía a (sic) disminuido en gran medida conforme las devoluciones realizadas sobre los modelos de negocio de inversión y préstamo.

Como prueba de lo anterior me permito remitir balance general de la compañía con fecha de corte 25 de agosto de 2022 con el fin de que evidencien la situación presentada.

Sumado a lo anteriormente dicho debo hacer énfasis en que la medida cautelar a criterio del suscrito no obedece el principio de proporcionalidad, toda vez que su honorable despacho imparte órdenes y solicitudes que distan entre el hecho sancionable, su nexo de causalidad y la sanción a imponer.

Con base a lo anteriormente expuesto pongo a su consideración que con la medida cautelar impartida en primer lugar se restringe por parte de su honorable despacho la realización del giro ordinario de los negocios de la sociedad que represento encontrándose además afectado directamente tanto el objeto social, como obligaciones contraídas con terceros previamente a la expedición del acto que hoy recurro.

(...) Adicionalmente existen ordenes dentro de la parte resolutive que resultan innecesarias y desproporcionadas a la actividad económica actual que realiza CONSTRUCOL S.A.S., tales como la SUSPENSIÓN INMEDIATA de las actividades que a juicio de su despacho constituyen captación ilegal, pues como se puede evidenciar en el balance general de la compañía a corte 25 de Agosto de 2022, la compañía que represento no ha celebrado actos de inversión ni préstamo adicionales a los ya vistos por su despacho, toda vez que las líneas de negocio fueron cerradas y no se encuentran en operación desde el mes de marzo de 2022.

A su vez tal y como manifesté previamente en el presente escrito CONSTRUCOL desde antes de la ejecutoria del acto administrativo que hoy recurro ha efectuado la devolución que ordena en el artículo segundo de la parte resolutive, devoluciones que pueden evidenciar en el Balance General como en las actas de terminación de contratos de inversión de capital y prueba de las letras canceladas que se relacionan como anexos del presente recurso, me permito remitir resumen con el detalle de las devoluciones efectuadas
Respecto de la línea de inversión de capital

- 1. De la existencia de 65 contratos dentro de esta línea comercial, el equipo a la fecha ha logrado cerrar por completo y dar terminación con devolución de inversión a 42 contratos, resultando aún pendientes por resolver 23 contratos cuyo plan de terminación se encuentra en negociación.*

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2. De la existencia de 59 obligaciones referentes a la línea prestamos, el equipo, a la fecha **ha** logrado cerrar por completo y dar terminación con pago total de las obligaciones a 26 contratos, resultando pendiente por resolver 33 obligaciones contenidas en letras de cambio, pero con acta de terminación de negocio

Es por lo anterior que, a pesar de no estar ejecutoriada la resolución requerida, la compañía ha procurado efectuar las devoluciones de las líneas de negocio que por hechos exentos de dolo podrían configurar actos no permitidos."

6.1.3. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO PROPUESTO A LA RESOLUCIÓN 1018 DE 2022 EMITIDA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"Con el fin de darle sustentación al presente recurso me permito manifestar a su honorable despacho:

Se hace necesario darle solución al problema jurídico que es planteado así:

¿CONSTITUYEN DE MANERA CONSUMADA LOS ACTOS EJECUTADOS POR AL (sic) SOCIEDAD QUE REPRESENTO, ACTOS CONSTITUTIVOS DE CAPTACION DE RECURSOS DEL PUBLICO?

A fin de dar respuesta al interrogante me permito traer a colación en primera medida, lo preceptuado por la honorable corte constitucional a través de sentencia C224 de 2009.

Dentro del régimen económico colombiano acoge importancia a las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, a los cuales se les reconoce constitucionalmente el carácter de INTERÉS PÚBLICO y que solo pueden ser ejercidos, previa autorización del estado. Ha dicho la corte que en dicha actividad se encuentra comprometida la ecuación ahorro inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico. En efecto en el modelo social de derecho en donde corresponde al estado conducir la dinámica económica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos, los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucional definido por el artículo 335 de la constitución.

Ahora bien, si bien es cierto la intervención del estado en la economía obedece al cumplimiento de distintas atribuciones conferidas por la constitución como la redistribución del ingreso y la propiedad, como también lo es que, para dicha intervención, debe respetarse las condiciones fundamentales de funcionamiento del mercado, la libertad económica y la libre iniciativa privada, así como la función social de la empresa y el derecho a la libre competencia económica.

Así las cosas, el sistema de organización y planificación de la economía, se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público y privado, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas.

Aunado a lo anterior debe manifestarse que desde esta perspectiva se está en el ámbito del "derecho penal económico". En otras palabras, frente a una disciplina (sic) denominada por la doctrina moderna, "derecho penal del orden socio económico". La doctrina especializada, lo ha definido como el conjunto de normas jurídicas que protegen el orden económico y social, dando lugar a una concepción estricta según la cual ese conjunto de normas jurídico penales, que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía y a una concepción amplia como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

De otro lado, en el caso sub — lite, se indicará si es necesario el intervencionismo estatal como se explicó a fin de proteger el orden económico y social y si el mismo se encuentra soportado, en el acto administrativo objeto de recurso, sobre las bases de la legalidad y la proporcionalidad.

La corte constitucional tiene establecido que, si bien es cierto el derecho penal, no es más que una de las especies del derecho sancionador, los principios penales se aplican MUTATUS MUTANDI, a los distintos

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ámbitos en donde opera el derecho sancionador. En efecto, ha establecido que los principios del derecho penal, como forma paradigmática de control, se aplican con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del estado. Y es que la constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables, no solo deben estar descritas en norma previa, sino que además deben tener un fundamento legal. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa, previa sobre la sanción impuesta, ya que las normas que consagran las faltas deben estatuir también con carácter previo los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas.

Las sanciones administrativas, deben estar entonces, fundamentadas en la ley y en general enmarcadas dentro de la proporcionalidad, la cual se predica en el adecuado equilibrio entre la sanción penal y/o sancionatoria y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal definida como proporcionalidad abstracta como en el de su aplicación judicial entendida como proporcionalidad concreta.

Cabe precisar de esta manera que el denominado principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor, de lo que ha de ser la intervención estatal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad, en imponer una medida de carácter penal y/o sancionatoria, NECESARIA Y SUFICIENTE Y POR OTRO LADO EL INTERÉS DEL INDIVIDUO EN LA EFICACIA DE UNA GARANTÍA CONSISTENTE, EN QUE NO SUFRIRÁ UN CASTIGO QUE EXCEDA EL LIMITE DEL MAL CAUSADO. Es por ello que la justa medida de la pena y/o sanción se configura como un principio rector de todo el sistema penal y sancionatorio.

La noción de proporcionalidad la cual es frecuentemente comprendida como una exigencia para que la severidad de la sanción sea adaptada a la gravedad de la infracción. Esta definición presenta un defecto, pues hace creer que la proporcionalidad impone una relación de adecuación entre dos de los elementos de la sanción entendidos como su contenido y su condición legal. Un análisis un poco más preciso permite afirmar, que la proporcionalidad supone la existencia de una relación entre los tres elementos constitutivos de la sanción que son indivisibles, ya que el contenido de la sanción debe estar ajustado a la falta de tal manera que aquella sanción alcance sus objetivos. Esta definición tiene una consecuencia importante, pues implica que para apreciar la proporcionalidad de la sanción no solamente debe analizarse la gravedad de la falta sino también los objetivos de la sanción, y así considerar la importancia de los intereses que pretende proteger cada sanción en concreto. Así las cosas, dentro de la actuación administrativa desplegada por su honorable despacho, en la resolución 1018 de 2022, pese a que no se está interponiendo a la sociedad que represento, sanción inicial, lo cierto es que dentro de dicho acto administrativo, en su parte resolutoria, se advierten diferentes ordenes tales como solicitar a la superintendencia de notariado y registro, su colaboración con el fin de instruir a todos los registradores de instrumentos públicos, abstenerse de registrar cualquier acto o contrato que afecte el dominio de la sociedad que represento, así como solicitar al ministerio de transporte y en especial a las secretarías de tránsito del país abstenerse de registrar cualquier acto o contrato, que afecte el dominio de bienes de propiedad de la sociedad, entre otras, órdenes dadas dentro del resuelve de la resolución, que no fueron expuestas en la parte considerativa del acto administrativo objeto de recurso faltando al principio de congruencia por su honorable despacho, por lo que EL SUSCRITO CONSIDERA NO EXISTIÓ UN ANÁLISIS, FACTICO Y JURÍDICO, QUE DETERMINARA, LA RAZONABILIDAD, NECESIDAD Y CONSECUENTE PROPORCIONALIDAD MANIFESTADA EN PÁRRAFOS ANTERIORES, SITUACIÓN QUE A TODAS LUCES CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN DIRECTA AL DEBIDO PROCESO CONTENIDO EN EL ARTICULO 29 CONSTITUCIONAL.

Es necesario expresar que GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO S.A.S, y con la debida deferencia lo manifestamos, ha venido adelantando sus actividades con respeto y ajuste a las normas que la rigen, desarrollando su objeto social y los negocios autorizados conforme a éste, siempre dentro del propósito de acatar debida e integralmente, como corresponde, la normatividad aplicable, tanto la de naturaleza legal como la instruida por esta autoridad.

Ese ha sido el lineamiento invariable del suscrito director y administrador, el cual, como no podría ser de otra manera, corresponde con las reglas de actuación y los propósitos inmersos en las funciones legales de mi función como representante legal inmersa en la ley y los estatutos correspondientes a la sociedad.

El negocio en concreto que da origen al acto administrativo que se recurre, de la celebración de actividades

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

mercantiles, en manera alguna puede considerarse una actuación por fuera de la normativa aplicable; Se trata, como lo expone el Despacho en el acto administrativo que se recurre, de un negocio de inversión determinada ante un proyecto formal y real, específicamente la inversión de capital en proyectos de construcción.

Este negocio, que desde su constitución, hace 4 años , ha venido desarrollando el objeto, conforme a una misma función económica y modelo contractual, lleva consigo el necesario establecimiento de una serie de obligaciones y responsabilidades en cabeza del inversionista así como del inversor, no porque GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S. quiera o haya decidido establecer un modelo mercantil desarrollado de manera legal, actividades "exclusivas" o que son "connaturales al objeto social especial" que le ha sido autorizado, sino, también, porque el mismo negocio lo impone. Y ello no significa que el CONSTRUCOL S.A.S no responda o se releve de sus obligaciones como administrador de inversiones determinadas soportadas por proyectos desarrollados para acumular dichos dineros.

Con el debido respeto y fundada en lo expuesto antes, CONSTRUCOL S.A.S considera que las afirmaciones que se hacen en el acto que se recurre, en cuanto a que la compañía representada por el suscrito está incurriendo en una práctica ilegal al haber aceptado inversiones determinadas a un proyecto no se configuran.

Sin embargo, más allá de esta anotación, lo que corresponde aclarar es que CONSTRUCOL S.A.S. no ha dejado de asumir responsabilidades que le son propias en relación con su actividad mercantil o modelo de negocio, pero es imperativo de la misma forma dejar claro que aunque se esté en discusión la imposición de la medida cautelar impuesta de igual forma CONSTRUCOL S.A.S. ha venido actuando los lineamientos impuestos por la corporación en señal de mitigación de riesgos que aun ni siquiera están demostrados como reales o aun siquiera existentes.

Ahora bien, las obligaciones y reglas que en materia de responsabilidad se incorporan en los contratos de inversión ejercidos por CONSTRUCOL S.A.S tienen efectos entre las partes, en virtud del principio de relatividad de los contratos, lo que significa que lo que allí se pacte sólo alcanza a las partes intervinientes y, aun cuando la Corte Suprema de Justicia en casos precisos ha determinado que no se trata de un principio absoluto, la norma común es que no aprovechan ni perjudican a terceros y lo que se ha demostrado por el desarrollo de la actividad desarrollada por la compañía representada por el suscrito, es que ni siquiera existe un riesgo para las partes dentro del contrato suscrito por CONSTRUCOL S.A.S, situación que se demuestra que con el simple antecedente de no existir negocios jurídicos en los que se evidencie inconformidad con el sistema de actividad desarrollado con los 124 inversores o prestamistas de que tuvo conocimiento la delegación de inspección de la superintendencia financiera de Colombia, ni tampoco se ha evidenciado o fue informado en resolución 1018 de 2022, actos de queja formal sustentada por alguna persona realmente.

Aun cuando estamos plenamente conscientes de que se presentaron eventos que pueden constituir fallas, lo cual ha sido objeto de investigaciones y llevó a la aplicación de medidas cautelares que hoy recurrimos, así como posibles actos de infidelidad por parte de algunos funcionarios, todo lo cual, además, motivó la decisión de revisar los procesos, procedimientos y actividades comprendidos dentro de las líneas de servicio de inversión y préstamo , con el propósito de en primera medida cumplir con la medida por su autoridad impuesta y segundo reforzar los controles existentes y, de esa manera, minimizar los riesgos derivados de la actividad y de los procesos actualmente en vigencia

En tal sentido, nuestra petición se orienta a solicitar que se modifique la calificación de captadores de recursos del público en la parte resolutive del acto administrativo que se recurre, con base en los argumentos esgrimidos. Y, en concordancia con dicha petición, que se revise la orden administrativa que tuvo como consecuencia la imposición de medida cautelar que se hace por la corporación y de orden segunda del mismo acto administrativo, consistente en "Adoptar las acciones y mecanismos de control pertinentes que permitan que CONSTRUCOL S.A.S conserve EL DESARROLLO DE SU ACTIVIDAD MERCANTIL En subsidio, de no accederse a la solicitud de modificación de esta orden, se solicita aclarar que la misma EN CUANTO A QUE NO conlleva o implica la adopción de controles o medidas que acarreen incidan en la permanencia y estabilidad misma del negocio."

6.2. 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:

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

6.2.1. Frente al considerando denominado: OPORTUNIDAD

Manifiesta el recurrente respecto de la notificación “(...) la sociedad que representó tuvo conocimiento del acto administrativo hasta el día 11 de agosto de 2022 mediante Publicación realizada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA en su sitio web oficial”, y que, “por lo tanto el presente recurso se presenta dentro del término conferido por el CPACA.”

Para abordar los argumentos planteados en el recurso de reposición, sea lo primero aclarar que la Resolución es 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. De lo contrario no resultaría posible reprimir con éxito la inmediatez necesaria que se requiere, para enfrentar el ejercicio ilegal de actividades del resorte exclusivo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, tal como lo dispone el artículo 335 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF).

Respecto de la notificación personal de los actos administrativos, de carácter particular y concreto, el artículo 67⁵ del CPACA establece que la decisión que pone fin a una actuación administrativa se notificará de forma personal al interesado, que en todo caso podrá hacerse a través de medios electrónicos, siempre que esto haya sido avalado, circunstancia que fue expresamente autorizada por el recurrente en el documento denominado como “Respuesta Requerimiento 2022064124-001-000”⁶ en donde autorizó de forma voluntaria su notificación por medios electrónicos, tal como se puede observar en la siguiente imagen:

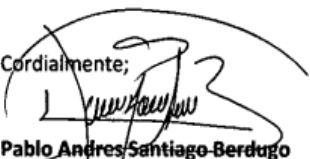
renta año 2020 de Pablo Andres Santiago Representante legal Grupo Constructor Inmobiliario Construcol S.A.S (Anexo 9).

11. Adicionales y publicidad. Contiene 6 elementos.

12. Se adjunta una carpeta denominada “FACTURACION” con 132 elementos

Agradecemos su atención prestada y quedamos atentos a cualquier inquietud generada de estos.

Cordialmente;



Pablo Andres Santiago Berdugo
C.C. 1.052.392.062
Representante Legal Grupo Constructor Inmobiliario Construcol S.A.S.
Correos electrónicos de notificación: gestiondocumental.construcol@gmail.com
gercorporativa@grupoconstrucol.com

⁵ “ARTÍCULO 67. NOTIFICACIÓN PERSONAL. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse. En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico. (...)”

⁶ Radicado 2022064124-004-000

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En consecuencia, esta Superintendencia, en cumplimiento de la normatividad vigente aplicable anteriormente enunciada y ante la autorización del recurrente, ordenó en la parte resolutive de la Resolución:

“ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO. NOTIFICAR PERSONALMENTE O SUBSIDIARIAMENTE POR AVISO según lo establecido en los artículos 67, 68 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., identificada con el NIT. 901.160.871-2, del contenido de la presente Resolución, con la advertencia de que contra ella procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente Delegado para el Consumidor Financiero dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, señalando que por tratarse de una medida cautelar, la interposición del recurso correspondiente no interrumpe la ejecutoriedad del presente acto administrativo, según se establece en el artículo 335 del EOSF, modificado por el artículo 87 de la Ley 795 de 2003, y el inciso segundo del literal a) del artículo 13 del Decreto 4334 de 2008.”

Así las cosas, el citado acto fue notificado personalmente por correo electrónico, al señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO, Representante Legal de GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., mediante oficio radicado con el número 2022064124-017-000 del 08 de agosto de 2022, entregado en la misma fecha (16:33 GMT -05.00), según el certificado de comunicación electrónica No. E82182191-S. Entendiéndose notificada el día ocho (8) de agosto de 2022, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011.

Adicional a lo anterior, en el artículo quinto de la parte resolutive de la Resolución se ordenó: “(...) 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.”

Esta última orden tiene como finalidad darle cumplimiento al principio de publicidad de la función administrativa, consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política⁷ que permite que las actuaciones administrativas realizadas por las Autoridades puedan ser conocidas por cualquier persona.

De tal suerte que la orden administrativa de publicación en la página web de esta entidad, se emite de manera paralela a la orden de notificación personal, siendo su publicación el mecanismo adecuado para cumplir con los objetivos y finalidades descritas en el parágrafo 1 del artículo 108 del EOSF, en el que se faculta a la Superintendencia Financiera para tomar las medidas necesarias para informar al público sobre el desarrollo de actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización, no siendo este el requisito contemplado en la Ley para notificar los actos administrativos.

En línea con lo anterior, el artículo 76⁸ del CPACA regula la oportunidad en la que el recurso de reposición debe interponerse, esto es, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal, circunstancia que, contrario a lo que manifiesta el recurrente, no acaeció, toda vez que el acto administrativo recurrido fue notificado el día 8 de agosto de 2022, mientras que el recurso fue presentado el día 26 de agosto de 2022, esto es, de manera extemporánea de acuerdo con los radicados números 2022064124-073-000, 2022064124-074-000, 2022064124-075-000, 2022064124-076-000, 2022064124-077-000.

Dicho lo anterior, es factible afirmar que el término legal para presentación del recurso se encontraba precluido, en razón a que el acto administrativo fue debidamente notificado el día 8 de agosto 2022,

⁷ “ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

⁸ ARTICULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN 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. (...)

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

según constancia de notificación personal⁹. Por lo anterior, el término de los diez (10) días para interposición del recurso de reposición tenía como fecha límite el día 23 de agosto de 2022.

En consecuencia, no son de recibo los argumentos del recurrente cuando menciona que el término para la notificación del acto administrativo empieza a contarse a partir del momento en que tuvo conocimiento de la Resolución en la página web de esta Autoridad, pues ello sería desconocer el imperativo de notificación personal del acto administrativo surtido frente a la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., respecto del medio, la oportunidad y la naturaleza del acto administrativo, circunstancia que no sucedió, pues tal como fue expuesto en precedencia, el acto fue debidamente notificado por los medios y en los términos legales dispuesto para tal fin.

De otra parte, en las pruebas aportadas por el recurrente no se logró evidenciar ningún elemento que permitiera controvertir la fecha en la que se surtió la notificación personal de la Resolución 1018 de 2022 por correo electrónico, como lo establece la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, reitera esta Superintendencia que, en procura de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso que le asiste a GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., así como el principio de eficacia, *“en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”*¹⁰, procederá a resolver el recurso de reposición presentado de forma extemporánea.

6.2.2. Frente al considerando denominado: CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS QUE SUSTENTAN EL RECURSO INTERPUESTO.

En el presente acápite, el recurrente se refiere a razones jurídicas y probatorias que a su juicio pretenden desvirtuar los argumentos de esta Autoridad respecto de lo que se probó con relación a las modalidades jurídicas empleadas, al estado de situación financiera de la sociedad y su patrimonio líquido, reparos que serán abordados de forma independiente tal como el recurrente lo propone en su escrito.

6.2.2.1 Frente al título denominado: “II EN CUANTO A LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN DE CAPITAL”

Respecto de los contratos de inversión de capital, esta Superintendencia concluyó que fue uno de los mecanismos empleados por el recurrente para recaudar recursos de terceros de forma masiva sin autorización, dineros que fueron recibidos bajo el concepto de desarrollo de proyectos inmobiliarios, modalidad contractual que estableció la obligación en cabeza de GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., de devolver la totalidad del capital recibido de parte del cliente, en un periodo que oscilaba entre doce (12) y dieciocho (18) meses y de reconocer un valor representado en una suma fija, que debería pagarse de acuerdo con el contrato de forma mensual o trimestral, esto último con independencia de la terminación y venta de los inmuebles que se consideraban en el contrato.

Esta circunstancia se encontró materializada con la suscripción de contratos con cuarenta y seis (46) personas en cuantía de novecientos seis millones de pesos (\$906.000.000), en donde se identificó participación en las sedes de Duitama, Sogamoso, Tunja y Bucaramanga; adicional a ello se logró evidenciar la suscripción de letras de cambio por parte del representante legal el señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO, a nombre propio.

⁹ Radicado 2022064124-021-000-111

¹⁰ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 3° numeral 11.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Al ser analizada la información financiera de la sociedad, específicamente aquella contenida en el balance de prueba con corte al 28 de febrero de 2022, en la cuenta denominada como otros pasivos, se pudo evidenciar el registro de obligaciones para con sesenta y cinco (65) personas por valor de mil ciento doce millones trescientos quince mil pesos (\$1.112.315.000) que según se especificó¹¹, corresponden a la suscripción de los denominados contratos de inversión de capital.

Refiriéndose a los argumentos de esta Autoridad, en relación con los contratos de inversión de capital, para el recurrente la envergadura y el alcance del proyecto, tienen una incidencia respecto de la apreciación de los hechos que constituyen captación no autorizada de recursos del público, poniendo de presente que, en su concepto, “*constituye un error de hecho en la apreciación conjunta del proyecto*”.

Para abordar lo anterior, resulta pertinente analizar lo pretendido por el recurrente bajo la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con el error de hecho:

*“la falsa motivación, como vicio de ilegalidad del acto administrativo; se estructura cuando en las consideraciones de hecho o de derecho sobre las que se basa el acto administrativo, se incurre en error. Ya sea, porque los hechos citados en la decisión son inexistentes, o cuando existiendo, estos son calificados de forma errónea desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se está frente a la configuración de un error de hecho mientras que en el segundo de un error de derecho”.*¹²

Como vemos el máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa asocia el error de hecho como vicio de los actos administrativos, específicamente con la falsa motivación, causal que se puede entender como:

*“En conclusión, la falsa motivación se presenta cuando **los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas** o simuladas o porque el autor del acto le ha dado a los hechos un alcance que no tienen.”* (negrilla y subrayado fuera de texto original)

(...)

*“La falsa motivación alude a las causas, razones, opiniones, pensamientos y motivos que a la administración (en cabeza de su agente) le llevan a expedir el acto administrativo como declaración de voluntad que es. **Esas razones que pueden ser fácticas** y jurídicas o de derecho o sólo jurídicas o de derecho (casi siempre, más no exclusivo, en actos de contenido general) deben corresponder en forma concertada, coordinada y exacta a la decisión que se adopta, como si se tratara de una “congruencia” administrativa frente a su declaración. **De tal suerte que esa motivación surgirá falsa, es decir, no acorde o fuera de la realidad, cuando el sustento fáctico no corresponde al apoyo jurídico invocado (falsedad en el derecho) o viceversa (falsedad en el hecho)**, o cuando teniendo ambos fundamentos (fáctico y jurídico) la declaración de voluntad refiere a tema distinto o contradictorio a su motivo causal (falsedad en la decisión).*¹³”(negrilla y subrayado fuera de texto original)

Falsa motivación por errores de hecho que se configuran cuando:

*“lo que puede suceder en uno de tres eventos a saber: i) cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados; ii) cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, los que habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta; iii) por apreciación errónea de los hechos, «de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo”*¹⁴

Circunstancias que deben ser demostradas por quien las alega:

¹¹ 2022064124-004-000 - 32-REMISION DE INFORMACION ENTRADA - GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S.zip - Anexo 7 - BALANCE DE COMPROBACION DE AUXILIARES.

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, expediente 25000-23-24-000-2006-01025-01, Sentencia del 14 de junio de 2018 CP. Alberto Yepes Barreiro.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado 11001- 03-28-000-2020-00078-00 C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, Sentencia del 14 de octubre de 2021, pg. 58.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 25000- 2342-000-20170-05626-01, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, 4 de noviembre de 2021, pg. 37.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

“Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado”¹⁵ (negrilla y subrayado fuera de texto original)

“En relación con la carga probatoria, es importante anotar que quien controvierta la validez del acto administrativo aduciendo que se encuentra falsamente motivado tiene que demostrarlo suficientemente”¹⁶“tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos”¹⁷ (negrilla y subrayado fuera de texto original)

“para que se configure la falsa motivación de los actos administrativos es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”¹⁸”

Por lo anterior, no son de recibo los argumentos del recurrente tendientes a justificar un error de hecho, toda vez que no ha comprobado que haya una divergencia entre la realidad fáctica y los motivos usados por esta Superintendencia para emitir los actos administrativos objeto de reproche. En efecto, argumentar que esta Autoridad no tuvo en cuenta la existencia de varios apartamentos y por ende del valor de comercialización de cada una de sus unidades desconoce la motivación presentada en la Resolución 1018 de 2022.

Además, dentro de la actuación administrativa, se pudo determinar que se configuraron los supuestos de captación ilegal de recursos del público, establecidos en el artículo 2.18.2.1 del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015. De acuerdo con dichas normas, la captación ilegal 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 el 50% de su patrimonio líquido o haya sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas indeterminadas.

Así, se encuentra que el supuesto de hecho que contiene la normativa acá reseñada fue comprobado, circunstancia que se produjo bajo la modalidad de “contratos de inversión de capital” y “préstamos” en los que se recaudaron dineros al menos de ciento veinticuatro (124) personas por una cifra total de dos mil trescientos quince millones cuarenta y siete mil setecientos pesos (\$2.315.047.700), sin prever la entrega de bienes o servicios y que al conocer el estado de situación financiera, en especial el total de pasivos derivados de este contrato y el valor del patrimonio líquido de la sociedad, se pudo evidenciar que el monto de las obligaciones vigentes y asumidas por ella, supera ampliamente el 50% de su patrimonio líquido.

En línea con lo anterior, especial atención tiene el hecho de que el recaudo de recursos de terceros por intermedio de las modalidades mencionadas no previó, como contraprestación, la entrega real y efectiva de un bien o la prestación de un servicio, sino simplemente la devolución del dinero invertido y de manera adicional para los casos de los contratos de inversión de capital, la devolución de

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A, radicación 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12) Sentencia del 17 de marzo de 2016.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 11001-03-25-000-201900763-00C.P. William Hernández Gómez, Sentencia del 25 de noviembre de 2021, pg. 25.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 25000- 2342-000-20170-05626-01, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, 4 de noviembre de 2021, pg. 37.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, expediente 25000-23-37-000-2015-00047-01, Sentencia del 13 de diciembre de 2017 CP. Milton Chaves García.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

rentabilidades previamente acordadas. Además, la denominada “inversión” que realizaron los terceros se encuentra justificada en virtud de los contratos de inversión de capital, en donde el recurrente asumió la obligación de retornar el dinero a los clientes y pagar las rentabilidades prometidas en fechas específicas, sin que evidenciara como contraprestación la entrega de un bien o la prestación de un servicio, aspecto que es ajeno a la culminación de las obras y a la venta de los inmuebles.

Como vemos, la configuración de los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público se establece con independencia de la generación de utilidades, del pago de rentabilidades y de la comercialización de proyectos, pues la conducta restringida se encuentra determinada en recaudar masivamente dinero del público sin contar con la facultad legal para hacerlo, esto es, sin tener 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 sí cuentan las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de esta Autoridad, calidad que no ostenta la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S.

Ahora bien, de la información recabada en la actuación administrativa, se tuvo conocimiento que los recursos recibidos bajo esta modalidad contractual tenían como destino la inversión en determinadas unidades inmobiliarias. Así, según se identificó de la descripción realizada en los contratos analizados, el mayor recaudo fue para el proyecto Torre Barcelona, respecto del apartamento 402, de conformidad con los documentos que fueron aportados por el recurrente en la visita inspección¹⁹, hecho que, en todo caso, permitió determinar que la entrega de dinero por parte de los terceros tenían como finalidad únicamente la devolución de los recursos aportados junto con sus rentabilidades en un plazo determinado, sin que de por medio existiese la entrega de un bien o la prestación de un servicio, elementos que configuraron los supuestos de captación no autorizada de recursos del público.

Ahora bien, respecto de la redirección de los recursos en la unidad inmobiliaria 402 del proyecto Torre Barcelona, que justifica el recurrente en “presuntos errores involuntarios” por parte de funcionarios de GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S. y al conocimiento que tenían al respecto los inversionistas del proyecto, se aportan otrosíes en donde se modifica el apartamento a donde se redirecciona la inversión, a las unidades inmobiliarias 201,302, 601 y 702. Sin perjuicio de lo anterior, esta Autoridad no logró evidenciar dentro del expediente administrativo, que los mencionados documentos hayan sido aportados en el transcurso de la visita de inspección. Adicionalmente, llama la atención que no cuentan con fechas de celebración, elemento esencial que permitiría corroborar que de manera previa a la expedición de la Resolución 1018 de 2022, se habían tomado medidas correctivas al respecto.

Con independencia de la posible corrección de las unidades inmobiliarias a donde se dirige la entrega de recursos y el precio de comercialización de los inmuebles, tal como quedó demostrado en la actuación administrativa a través de contratos de inversión de capital, el recurrente logró recaudar de sesenta y cinco (65) personas el valor de mil ciento doce millones trescientos quince mil pesos (\$1.112.315.000) y de manera correlativa a dicha recepción, se comprometió a la devolución de los recursos que aportaron, así como a la entrega de la rentabilidad fija establecida.

Por otro lado, indica el recurrente que con respecto a las letras de cambio:

(...)

1. *Letra de cambio con fecha de exigibilidad el día 3 de enero de 2023 girada al señor (...), por el valor de 10.000.000 me permito informar a su honorable despacho que el tenedor actual de dicho título valor es el suscrito Paulo Andrés Santiago Berdugo por pago total de la obligación.*

2. *Letra de cambio con fecha de exigibilidad el día 14 de enero de 2023 girada al señor (...), por el valor de 15.000.000 me permito informar a su honorable despacho que el tenedor actual de dicho título valor es el suscrito paulo Andrés Santiago Berdugo por pago total de la obligación.*

¹⁹ Documento denominado “Documento explicativo Construcol.msg” Radicado 2022064124-008-000.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En conclusión, estimada corporación, los títulos valores antes descritos fueron cancelados por el suscrito, toda vez que desde la suscripción se puso de presente a los girados que, aunque dentro del mismo no quedara expuesta la representación legal del suscrito, CONSTRUCOL S.A.S., dentro de las facultades otorgadas por la ley y los estatutos de constitución de la sociedad lo permiten. (...)

Es importante no perder de vista que la obligación de devolver los recursos indicados en las letras de cambio fue contraída en virtud de los “contratos de inversión de capital”, información que el recurrente entregó, de forma voluntaria, a la Comisión de Inspección y que en todo caso, se puede ver cómo éste contrajo obligaciones con terceros “inversionistas”, junto con una rentabilidad, de la siguiente manera:

(...) “PRIMERA: El presente contrato, tiene como objeto la inversión económica de un tercero en las construcciones de los inmuebles que realiza GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S. las cuales requieren de capitales diversos, por lo que permite la inversión de capitales de terceras personas, a quienes les otorga un porcentaje del total de la utilidad del INVERSIONISTA del APARTAMENTO 402 EDIFICIO TORRE BARCELONA por valor de (...). Parágrafo primero: El monto de la inversión realizada en el presente contrato, se encuentra especificado y aceptado por las partes”

(...) “SEGUNDA: (...) dinero que EL GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S de igual forma declara recibido a total y entera satisfacción, sirviendo este documento como suficiente recibo. Parágrafo primero: El valor total de la inversión realizada por “EL INVERSIONISTA” es de (...), que serán entregados por EL GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S al transcurrir los 12 meses establecidos en el presente contrato”

Es por lo anterior que, en este caso, el debate no se circunscribe a controvertir las facultades del representante legal de GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., ya sea las expresamente asignadas o de las que goza por ley, si estaba autorizado para suscribir o no títulos valores, o si lo hizo a título personal; Lo anterior, en razón a que en las letras de cambio estaba contenido el valor a pagar correspondiente al capital, títulos valores que tenían como objeto servir de garantía a los contratos de inversión de capital, dineros que serían pagados al vencimiento del contrato, circunstancia que le permitió a la sociedad investigada captar recursos de terceros, para así facilitar las operaciones de captación no autorizada de recursos del público y de esta manera obligarse con terceras personas a la devolución de los mismos.

Las acciones desplegadas por el recurrente, que se encuentran también respaldadas por las pruebas aportadas con el recurso, respecto de la cancelación de los títulos valores, tienen como finalidad dar cumplimiento a la medida cautelar administrativa proferida por esta Autoridad, en la que se le ordenó a GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL 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.

Circunstancias como las descritas por el recurrente constituyen hechos posteriores a la Resolución, que 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 su expedición, las obligaciones adquiridas por el sujeto de la medida bajo la suscripción de los denominados “contratos de inversión de capital” y “préstamos”, se encontraban vigentes, situación que de ninguna manera se desconoce y se ratifica en reposición al referir y aportar como pruebas las actas de terminación de los contratos y la cancelación de las letras de cambio, lo que da cuenta no de la existencia de las obligaciones en las que se fundamentó la medida por captación masiva e ilegal, y que además, es el fundamento de las devoluciones efectuadas.

Ahora bien, del análisis probatorio respecto de las actas de terminación de contratos de inversión, no se logra evidenciar que lo cancelado haya superado el capital que prometió pagar la sociedad investigada, si no que el valor cancelado es el mismo valor que se había obligado a devolver como capital en los contratos de inversión de capital. Para esta Superintendencia, el hecho de haber

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

realizado algunas cancelaciones de contratos, no es más que el resultado de la orden impartida en la Resolución y será entonces la Superintendencia de Sociedades, quien podrá tener en cuenta esos hechos dentro del proceso de intervención judicial que adelanta como consecuencia de la medida adoptada por esta entidad.

Por todo lo anterior, los argumentos del presente título no están llamados a prosperar.

6.2.2.2 Frente al título denominado: “III EN CUANTO A LOS PRÉSTAMOS”

Resulta importante reiterar que, en el modelo de negocio desarrollado por la sociedad investigada se evidenció que bajo la modalidad de “préstamos”, sin que mediara un contrato escrito, recaudó dineros de terceros sin autorización estatal, para apalancar proyectos inmobiliarios, dinero que fue recaudado en la cuenta bancaria de GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., obligándose a la devolución de los dineros en un periodo no mayor a un año, préstamos que fueron garantizados con la suscripción de letras de cambio por parte del señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO a título personal.

Dentro del transcurso de la actuación administrativa, se logró identificar que, adicionalmente a lo relativo a los recursos captados bajo los contratos de inversión, de acuerdo con las letras de cambio aportadas que se suscribieron para garantizar los préstamos de dinero recibido, la sociedad se encontraba obligada con cincuenta y seis (56) personas por valor total de mil ciento treinta y ocho millones cuatrocientos mil pesos (\$1.138.400.000), bajo la modalidad de préstamos.

Los valores así determinados, fueron constatados con el estado de situación financiera del año 2020 y 2021, acompañado de sus respectivas notas y especialmente en el balance de prueba con corte al 28 de febrero de 2022, se evidenció que la sociedad sujeto de la medida reflejaba en su pasivo el valor de los préstamos adquiridos con terceros en la cuenta “*Instrumentos financieros en obligaciones financieras*”, que al descontar de esta cuenta el pasivo para con socios por ciento noventa y dos millones setenta y seis mil setecientos pesos (\$192.076.700) y otros pasivos con terceros no identificados (\$93.869.635), se tiene que GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., contrajo obligaciones con (59) personas por concepto de préstamos, en cuantía de mil doscientos dos millones setecientos treinta y dos mil setecientos pesos (\$1.202.732.700).

Ahora bien, argumenta el recurrente que, con respecto a las letras de cambio con las que se respaldaron las operaciones de préstamo:

“(…)

Respecto de la tesis de la superintendencia los títulos valores anteriormente mencionados, Pablo Andrés Santiago Berdugo giro a título personal brindando un indicio negativo.

Frente a lo anterior se hace necesario indicar al despacho lo siguiente:

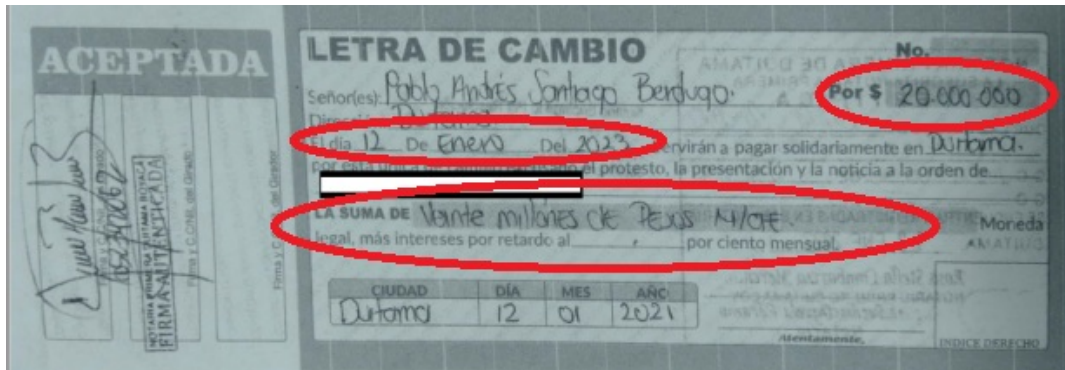
1. Como es evidente los recursos provenientes de los títulos valores a los que hace alusión fueron destinados a las cuentas de CONSTRUCOL S.A.S lo que permite inferir que los títulos valores a los que hace referencia la corporación fueron girados como representante legal de la compañía y no a la cuenta bancaria personal.

“(…)

Ante los argumentos expuestos, es importante recordarle al recurrente que, tal y como quedó plenamente demostrado en la actuación administrativa, las letras de cambio fueron utilizadas como garantías para las obligaciones que contrajo la sociedad sujeto de la medida, derivadas de las operaciones de “préstamo”, que además se encuentran reflejadas en el pasivo de la sociedad, permitiendo de esta manera el recaudo de recursos de terceros sin autorización, y sin prever como contraprestación la entrega de un bien o la prestación efectiva de un servicio. Veamos una muestra

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

de las letras de cambio en donde se observa la obligación de devolver el dinero en un determinado plazo:



Para esta Autoridad, no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente relacionados con las facultades que tiene el representante legal de GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., si este estaba autorizado para suscribir o no títulos valores, o si lo hizo a título personal, puesto que son circunstancias que no desvirtúan la captación de recursos del público por parte de la sociedad investigada.

Aspecto diferente es el recaudo de los recursos que se realizó por intermedio de la cuenta bancaria de la sociedad, con lo que se corrobora que, en cabeza de esta se realizó la recepción de dineros de terceros, sin que lo anterior, permita “inferir” como manifiesta el recurrente, que por ese hecho los títulos valores fueron girados por la sociedad.

Por otro lado, indica el recurrente que “(...) entre girado y girador de los títulos valores, existe pleno conocimiento y consentimiento de las calidades en la cuales fueron celebrados los instrumentos mercantiles, Maxime los mismos fueron suscritos en las instalaciones físicas de la sociedad que represento. (...)”

Sin embargo, con el escrito de reposición, no se aportó ninguna prueba en la que se demuestre el conocimiento de las anteriores circunstancias, como lo afirma el recurrente.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante manifestarle al recurrente que, por más que los títulos valores hayan sido suscritos en las oficinas de la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., lo anterior no es elemento suficiente para determinar que quien suscribió las letras de cambio haya sido la sociedad y no su representante legal en calidad de persona natural.

No sobra precisarle al recurrente, que en los títulos valores no se logró evidenciar el nombre de la sociedad o si quiera el NIT, circunstancias que reflejan que fueron giradas a título personal, por parte del señor PABLO BERDUGO, de conformidad con el artículo 621 y 671 del Código de Comercio, aspecto que también se encuentra respaldo en las afirmaciones en el recurso de reposición al manifestar “de las 56 letras de cambio celebradas por el suscrito, hasta la fecha de interposición del presente recurso”.

Respecto del apalancamiento de los proyectos:

3. Por ultimo y frente al mencionado apalancamiento financiero me permito aclarar, que dista de lo manifestado por su despacho, como quiera que la sociedad que represento GRUPO INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S, ejecuta diferentes actividades u operaciones mercantiles anteriormente descritas. En conclusión, los dineros del desarrollo de los proyectos no dependen netamente del apalancamiento de los prestamos sino de todas las actividades en desarrollo de su objeto social.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Le asiste razón al recurrente al manifestar que, el desarrollo de los proyectos inmobiliarios no depende exclusivamente del apalancamiento financiero realizado, a través de “préstamos” como el mismo recurrente lo califica, puesto que como quedó demostrado en la actuación administrativa también se recaudaron recursos, por intermedio de los denominados “contratos de inversión de capital”.

Atendiendo a lo expuesto, en efecto esta Superintendencia pudo determinar que GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., obtuvo recursos de terceros a través de los denominados “préstamos”, con la obligación de devolver el capital invertido, sin que se haya previsto como contraprestación la entrega de un bien o la prestación de un servicio.

Respecto de “(...) manifiesto a su despacho que, de las 56 letras de cambio celebradas por el suscrito, hasta la fecha de interposición del presente recurso, ha cancelado por pago total de la obligación un total de 26 las cuales me permito adjuntar al presente documento.”

Se reitera, tal y como se puso de presente en el acápite 6.2.2.1, que las acciones descritas anteriormente tienen como finalidad dar cumplimiento a la medida cautelar administrativa proferida por esta Autoridad, respecto de 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, que fueron posteriores al acto administrativo y que son de obligatorio cumplimiento. Circunstancias que, en todo caso, le corresponde evaluar a la Superintendencia de Sociedades, en el marco del proceso de intervención por captación ilegal.

Por lo anterior los argumentos del presente título no prosperan.

6.2.2.3 Frente al título denominado: IV EN CUANTO AL ESTADO DE SITUACIÓN FINANCIERA Y EL ESTADO DE RESULTADO COMPARATIVOS AL CIERRE DE 31 DE DICIEMBRE DE 2020, 2021 Y 2022

Refiere el recurrente en el escrito de reposición, con relación al estado de situación financiera de la sociedad, respecto de los contratos de inversión de capital que: “(...) de la totalidad de las obligaciones que se evidencian de CONSTRUCOL S.A.S es de 65 personas a través de la línea de modelo de negocio de inversión de capital, por diferencia en la información contestada en el requerimiento y la reflejada en los estados financieros de la compañía.”

Explicando esa diferencia en el hecho de: “(...) el suscrito representante legal argumenta, que del estudio y comparación de la información se encuentra que el dinero se aportó mediante consignación dentro de contratos verbales, razón por la cual, aunque se evidencia el ingreso de las sumas de dinero en las cuentas contables y por tal razón no se aportó dentro de la inspección soporte documental.

Ahora bien, frente a estas 19 operaciones verbales, me permito manifestarle que 9 de ellas, fueron finiquitadas mediante acta de terminación de contrato y las sumas de dinero fueron devueltas.”

Sea lo primero aclarar que, con el presente reparo, es claro que para el recurrente no existe ningún argumento tendiente a controvertir el análisis de la situación financiera de la sociedad respecto de los recursos recaudados a terceros a título de “préstamos”.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con la respuesta al requerimiento, la información aportada y la relación de clientes de la sociedad, permitió constatar que, bajo la modalidad de contratos de inversión de capital, se entregó la suma de novecientos seis millones de pesos (\$906.000.000) de 46 personas a la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., entidad que se obligó a devolverlos junto con una rentabilidad.

En línea con lo anterior, al constar la información contenida en el en el balance de prueba con corte del 28 de febrero de 2022, se evidenció que 19 personas adicionales habían aportado recursos bajo esta modalidad, habiendo la sociedad adquirido obligaciones con sesenta y cinco (65) personas en total, por valor de mil ciento doce millones trescientos quince mil pesos (\$1.112.315.000), aspecto que

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

avala el recurrente cuando afirma “(...) el dinero se aportó mediante consignación dentro de contratos verbales, razón por la cual, aunque se evidencia el ingreso de las sumas de dinero en las cuentas contables y por tal razón no se aportó dentro de la inspección soporte documental. Por esta afirmación, para el Despacho no existe duda del recaudo de recurso de terceros sin autorización.

Por otro lado, es importante recordarle al recurrente que con independencia de la figura jurídica empleada y de la celebración de actos, que consten por escrito o de forma verbal, esto no puede utilizarse como excusa para utilizarse como instrumento que permita trasgredir la Ley y así configurar prácticas que se enmarquen en una captación ilegal de recursos del público.

Respecto de la terminación de 9 de las 19 operaciones adicionales previamente reseñadas, reitera esta Autoridad que obedece a un cumplimiento parcial de la orden administrativa de suspensión inmediata de las activaciones que constituyen captación ilegal de recursos del público y devolución de los recursos captados sin autorización, circunstancia que se reitera, le corresponde corroborar la Superintendencia de Sociedades y al Agente Interventor dentro del proceso de intervención, sin perjuicio de que posterior a los pasivos demostrados en la presente actuación administrativa, resulten otros pasivos que hayan sido presentados y soportados por las personas que se hacen parte en el proceso de intervención que adelanta esa Superintendencia.

En consencuencia, los argumentos expuestos en este título no son de recibo por este Despacho y no están llamados a prosperar.

6.2.2.4 Frente al título denominado: V RESPECTO DEL PATRIMONIO LÍQUIDO DE CONSTRUCOL S.A.S.

Aduce el recurrente, con respecto al patrimonio líquido de la sociedad una disminución teniendo en cuenta que *“no se ha considerado por su despacho que conforme los estados financieros actuales de la compañía, el pasivo de la compañía a(sic) disminuido en gran medida conforme las devoluciones realizadas sobre los modelos de negocio de inversión y préstamo”, y por ende aporta un balance general de la compañía con fecha de corte 25 de agosto de 2022 con el fin de que evidencien la situación presentada.*

La Superintendencia Financiera determinó que, de conformidad con la información financiera y contable aportada por la sociedad recurrente que su patrimonio para el 31 de diciembre de 2021 correspondía a la suma de ochenta y nueve millones seiscientos noventa y seis mil novecientos cuarenta y nueve pesos (\$89.696.949), información que al ser constatada con el balance de prueba a corte del 28 de febrero de 2022 se podía ver reflejado un patrimonio negativo de ciento ochenta y cuatro millones setecientos setenta y seis mil quinientos ochenta y siete pesos (-\$184.776.587), lo cual permite concluir sin duda alguna que el monto de las obligaciones vigentes y contraídas por la sociedad superó el 50% de su patrimonio líquido.

Si bien, después de revisar el balance de prueba con corte al 25 de agosto de 2022 aportado como prueba por el recurrente en su escrito de reposición, aunque se logra evidenciar una disminución en el pasivo de la sociedad, sin embargo, su patrimonio continúa siendo negativo, en noventa y ocho millones ciento setenta y un mil seiscientos diecinueve pesos con cuarenta y nueve centavos (-\$98.171.619,49) lo que implica que las obligaciones vigentes siguen superando el 50% de su patrimonio líquido.

Aunque el recurrente aportó nueva información financiera, documentos de la cancelación de contratos, cancelación de títulos valores y afirma haber dejado de aplicar como “modelos de negocio los denominados préstamos y contratos de inversión de capital”, es importante tener en cuenta, tal y como se le ha manifestado en acápites precedentes, que estas son acciones encaminadas a cumplir con la orden administrativa de SUSPENSIÓN INMEDIATA de las actividades que constituyen captación de recursos del público y de DEVOLUCIÓN INMEDIATA de los recursos captados sin autorización, circunstancias que fueron posteriores a la Resolución y que no son optativas. Las acciones implementadas por el recurrente, en todo caso deberán ser evaluadas por parte de la

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Superintendencia de Sociedades en el marco del proceso de intervención de conformidad con el Decreto 4334 de 2008.

Es por lo anterior, que la terminación y la devolución de los recursos captados sin autorización, que respalda con actas de finalización de contratos y en la cancelación de letras cambio, bajo las líneas de negocio de contratos de inversión de capital y préstamos, se reitera es un hecho posterior a la expedición de la Resolución, y su único objetivo es el cumplimiento de las ordenes impartidas por esta Autoridad, aspectos que deberá verificar la Superintendencia de Sociedades en el marco del proceso de intervención.

Para el recurrente la medida administrativa adoptada impide *“la realización del giro ordinario de los negocios de la sociedad que represento encontrándose además afectado directamente tanto el objeto social, además de ser innecesarias y desproporcionadas a la actividad económica actual que realiza CONSTRUCOL S.A.S., tales como la SUSPENSIÓN INMEDIATA de las actividades que a juicio de su despacho constituyen captación ilegal”*.

Atendiendo a lo expuesto, es de anotar que esta Superintendencia no ha restringido el desarrollo del giro ordinario de los negocios, ni tampoco de su objeto social. Lo que, en apego a la información recabada en la actuación administrativa²⁰ se determinó, es que GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., en desarrollo de su objeto social y dentro del giro ordinario de sus negocios captó, sin autorización estatal, recursos de terceros a través de los denominados “préstamos” y “contratos de inversión de capital”, bajo la obligación de devolver el capital entregado y para el caso de la modalidad de inversión al reconocimiento de una rentabilidad, sin que se haya previsto para ningún caso como contraprestación la entrega de un bien o la prestación efectiva 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 GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., identificada con el NIT. 901.160.871-2 representada legalmente por el señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.392.062, 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 GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., es únicamente respecto de los recursos del público captados o recaudados masivamente en forma no autorizada.

Parágrafo Segundo. La presente orden supone para sus destinatarios, la imposibilidad de realizar en adelante operaciones de captación o recaudo no autorizado de dineros del público, en forma masiva, usando cualquier modalidad, ya sea directamente o por medio de otras personas naturales o jurídicas.

ARTÍCULO SEGUNDO. ORDENAR a la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., realizar de manera inmediata la devolución de los recursos captados ilegalmente. (...)

Como se evidencia, se equivoca el recurrente al afirmar que esta Superintendencia adoptó medida cautelar administrativa alguna, respecto de las actividades del giro ordinario de los negocios de la constructora o respecto de su objeto social, pues la misma se impuso únicamente frente a las actividades que implicaron una captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización estatal, esto es los “préstamos” y “contratos inversión de capital”.

²⁰ Radicado 2022064124

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Además, la orden de suspensión de las actividades que constituyen captación no autorizada de recursos del público se encuentra prevista en el artículo 108 del EOSF y tiene como finalidad detener la realización de actividades de la captación ilegal. En efecto, con la imposición de la medida y el traslado a la Superintendencia de Sociedades de todo el expediente, la Superintendencia Financiera finaliza la actuación administrativa y es la Superintendencia de Sociedades la autoridad que, de manera privativa, realiza y ejecuta todas las acciones a través del agente interventor designado, destinadas a la pronta devolución de los recursos captados ilegalmente.

Por otro lado y frente al juicio de proporcionalidad que alega el recurrente, resulta llamativo para esta Superintendencia que durante su escrito de reposición no haya realizado ningún juicio de proporcionalidad, y por ende no determina cuales habrían sido los presuntos derechos fundamentales afectados. Sin perjuicio de lo anterior, se procederá a explicar en el acápite 6.2.3 con mayor profundidad lo referente al principio de proporcionalidad.

Argumenta el recurrente que “(...) a pesar de no estar ejecutoriada la resolución requerida, la compañía ha procurado efectuar las devoluciones de las líneas de negocio (...)”, y en el mismo acápite sostiene “(...) CONSTRUCOL desde antes de la ejecutoria del acto administrativo que hoy recorro ha efectuado la devolución (...)”, argumentos que no desvirtúan la presunción de legalidad de la Resolución su validez.

Respecto de la firmeza de un acto administrativo el artículo 87 del CPACA preceptúa:

“Artículo 87 firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.” (negrilla y subrayado fuera de texto original)

Se reitera que, en aras de garantizar el derecho de defensa del recurrente se procedió a resolver el recurso de reposición que presentó de manera extemporánea, lo que implica que respecto de la firmeza del acto administrativo, de conformidad con el mencionado artículo, este quedara en firme en el momento en que se notifique la presente Resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, no es posible que el recurrente manifieste que, *a pesar de no estar ejecutoriada la resolución requerida, la compañía ha procurado efectuar las devoluciones*, toda vez que, como se explicó en el acápite 6.2.1., en concordancia con el artículo 335 del EOSF, la medida cautelar adoptada es de aplicación inmediata y con ella se hace necesaria la aplicación de la Resolución desde su expedición, sin que exista razón alguna para suspender la ejecutoriedad del acto, ni siquiera este recurso de reposición, en razón también a que se busca que los efectos nocivos de la captación ilegal de recursos del público cesen.

Ahora bien, dentro de los supuestos de captación, no se contemplan grados de culpa, la intensidad con la que una conducta dañina se produce o eximentes de responsabilidad, por esa razón no es posible valorar argumentos tales como “(...) la compañía ha procurado efectuar las devoluciones de las líneas de negocio que por hechos exentos de dolo podrían configurar actos no permitidos.”, que en todo caso se reitera que al emplear esquemas de negocio legales, esto no puede ser una excusa para trasgredir

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

la Ley y de esta manera poner el peligro la confianza del público.

Por ende, ninguno de los argumentos de este acápite está llamado a prosperar.

6.2.3. Frente al considerando denominado: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO PROPUESTO A LA RESOLUCIÓN 1018 DE 2022 EMITIDA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

En el presente acápite se abordarán los argumentos expuestos por el recurrente relacionados con los supuestos de captación, de la competencia de esta Superintendencia y el procedimiento administrativo aplicable, los principios de legalidad, proporcionalidad congruencia y de relatividad de los contratos,

Con la finalidad controvertir la Resolución 1018, plantea el recurrente el siguiente “problema jurídico” “¿CONSTITUYEN DE MANERA CONSUMADA LOS ACTOS EJECUTADOS POR LA SOCIEDAD QUE REPRESENTO, ACTOS CONSTITUTIVOS DE CAPTACION DE RECURSOS DEL PUBLICO?”

Sobre el particular, es importante explicarle nuevamente al recurrente las razones bajo las cuales se configuraron los supuestos de captación de acuerdo con el artículo 2.18.2.1 del Título 2 de la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015²¹:

1. La sociedad, con corte al 28 de febrero de 2022 se encontraba obligada por la recepción de dinero con ciento veinticuatro (124) personas por una cifra total de dos mil trescientos quince millones, cuarenta y siete mil setecientos pesos (\$2.315.047.700), sin prever como contraprestación en forma real y viable, la entrega de bienes o servicios. Hecho que fue debidamente probado a partir de la información reportada en la situación financiera de la sociedad y la documentación entregada por la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S. directamente a esta Autoridad, asumiendo 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 contable y financiera aportada por la sociedad en el balance de prueba a corte del 28 de febrero de 2022 reflejaba un patrimonio negativo de ciento ochenta y cuatro millones setecientos setenta y seis mil quinientos ochenta y siete pesos (-\$184.776.587) información que al ser constatada con el estado de situación financiera con corte para el 31 de diciembre de 2021 su patrimonio correspondía a la suma de ochenta y nueve millones seiscientos noventa y seis mil novecientos cuarenta y nueve pesos (\$89.696.949), evidenciándose de esta forma que el monto de las obligaciones vigentes, y contraídas por la sociedad supera ampliamente el 50% de su patrimonio líquido,

21 “(...) 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

configurándose de esta forma literal a) del párrafo 1 del 2.18.2.1 del Decreto 1068 del 26 de mayo de 2015.

Como vemos, la configuración de las actividades desarrolladas por el recurrente, mediante las denominadas líneas de negocio “préstamos y “contratos de inversión de capital”, sirvieron como instrumento para facilitar la captación ilegal de recursos del público, que fue establecida de la información aportada por la sociedad a esta Autoridad. Por eso no se entiende cómo el recurrente pretende manifestar que los hechos que configuraron la captación no estaban consumados, toda vez que, al momento de expedición de la Resolución, estos se encontraban vigentes sin que existiese prueba que demuestre lo contrario, aspecto que imponía a esta Autoridad la obligación de adoptar la medida.

Por eso, no son de recibo los argumentos del recurrente tendientes a justificar, que en desarrollo de su objeto social, el recaudo de recursos de terceros sin autorización sea considerado como una práctica legal *al haber aceptado inversiones*, puesto que, el aceptar esas “inversiones” y además recaudar dineros de más de 20 personas, superando el recaudo, el 50% del patrimonio líquido, se configuran los supuestos de captación que ya fueron expuestos a lo largo del presente acto, siendo también una infracción a las disposiciones constitucionales respecto de la exclusividad de la actividad financiera, aseguradora y bursátil.

Ahora bien, el hecho que dentro del desarrollo del negocio implementado por el recurrente, no se *evidencie inconformidad con el sistema de actividad desarrollado con los 124 inversores o prestamistas*, no permite justificar la realización de actividades ilegales, porque como se comprobó en la actuación administrativa GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., transgredió la Ley, al recaudar dineros sin autorización bajo las modalidades de “préstamo” y “contratos de inversión de capital”, circunstancia que es ajena a la existencia o no de inconformidades de los denominados “inversionistas”.

Resulta llamativo para esta Superintendencia, que el recurrente intente justificar las modalidades implementadas, en que estas han sido desarrolladas acorde con su modelo de negocio, obligaciones y deberes contractuales de cada una de las partes en los contratos de inversión de capital y préstamos, afirmando que CONSTRUCOL *“no responda o se releve de sus obligaciones como administrador de inversiones determinadas soportadas por proyectos desarrollados”*, siendo lo anterior, un reconocimiento expreso de que en el desarrollo de su actividad recibió recursos de terceros para administrarlos y *“para acumular dichos dineros.”*, circunstancias que resultan contrarias a las normas que prescriben que la captación de recursos del público, como una actividad exclusiva de ciertas entidades, que deben acreditar los requisitos establecidos en el artículo 53 del EOSF, y que cuenten con autorización por parte esta Autoridad para su constitución y posterior funcionamiento. Resaltando que, sin importar las obligaciones contractuales del recurrente, este no se encuentra autorizado de ninguna manera para administrar el ahorro del público.

Respecto de las órdenes impartidas en la parte resolutive de la Resolución, el recurrente manifiesta su insatisfacción porque: 1) *“Al prohibir el registro de cualquier acto o contrato que afecte el dominio de los bienes se está restringiendo el cumplimiento de obligaciones con terceros de buena fe, a quienes a través de las actividades económicas desprendidas del objeto social (...)”* 2) *“Al prohibir el registro de cualquier acto o contrato que afecte el dominio de vehículos se está restringiendo la posibilidad de adquisición de los mismos por parte de la compañía lo cual impide el incremento patrimonial de la misma sobre actos sobre los cuales la comisión realizada por su despacho no considera actos de la presunta conducta incurrida”* y 3) *“La medida impuesta afecta el flujo de caja de la compañía y justificaría un eventual incumplimiento a la orden de devolución de los dineros sobre los contratos del modelo de negocio de inversión de capital y préstamos, los cuales, para tranquilidad de la corporación, fueron cerradas desde mucho antes a la expedición del acto recurrido.”*

Argumenta, igualmente, que *“se hace necesaria la inscripción de los actos jurídicos que no guardan relación con las presuntas conductas investigadas y si se encuentran dentro del objeto social de la compañía”*.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

“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 GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., identificada con el NIT. 901.160.871-2, 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 GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., identificada con el NIT. 901.160.871-2, 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 GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., identificada con el NIT. 901.160.871-2, 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 órdenes tienen como objeto mantener la propiedad de los bienes en cabeza de la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., así como 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 en el desarrollo del proceso de intervención.

Tales disposiciones, contrario a lo planteado por el recurrente, no obedecen a decisiones excesivas o 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 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 inócua.

Sobre este punto, es importante tener en cuenta que la medida administrativa tiene como finalidad proteger los derechos de terceros e impedir que la confianza del público en el sistema financiero se vea mermada. En ese orden de ideas el párrafo 1° del artículo 108 del EOSF faculta a esta Autoridad para adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar eficazmente lo que el recurrente alega respecto de derechos de terceros de buena fe. Precisamente las órdenes impartidas por esta Superintendencia a través de la medida cautelar administrativa impuesta, tienen como objetivo permitir que el proceso de intervención judicial que le corresponde adelantar a la Superintendencia de

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Sociedades, tenga efectos frente a los afectados, es decir, que se logre una devolución de dinero de manera oportuna y organizada, con base en los activos del captador.

Se reitera nuevamente que, las órdenes impartidas por esta Autoridad no implican la limitación del objeto social del recurrente, sino *“la SUSPENSIÓN INMEDIATA de las actividades que constituyen captación o recaudo no autorizado de dineros del público”*, medidas que únicamente están encaminadas a suspender los efectos dañinos de la captación de recursos del público. En esa medida, las órdenes impartidas tienen como finalidad asegurar derechos de terceros, que en todo caso estarán supeditadas a las medidas que adopte la Superintendencia de Sociedades.

En línea con lo anterior, no se entiende como el recurrente manifiesta su desacuerdo respecto de la calificación de captadores de recursos del público que según afirma está en *la parte resolutive del acto administrativo que se recurre, con base en los argumentos esgrimidos. Y, en concordancia con dicha petición, que se revise la orden administrativa que tuvo como consecuencia la imposición de medida cautelar que se hace por la corporación y de orden segunda del mismo acto administrativo*, ya que como se ha venido explicando, según las pruebas que obraron en la actuación administrativa, esta Autoridad logró determinar que la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., estaba inmersa en los supuestos de captación ilegal de recursos del público y es precisamente por esa razón, que se impartieron las medidas cautelares pertinentes.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que esta Autoridad no ha realizado apreciaciones de índole subjetiva u ordenado en la parte resolutive de la Resolución, la calificación de una manera u otra a la sociedad, circunstancia que se puede corroborar en el mismo acto administrativo. Se recuerda que se ordenó la suspensión inmediata de las actividades que constituían captación de recursos del público, la devolución inmediata de los recursos captados, la publicación del acto, el traslado a otras Autoridades Administrativas y demás ordenes tendientes a proteger los derechos de terceros, de acuerdo con el artículo 108 del EOSF. Esta Superintendencia no puede hacerse responsable por la calificación que realicen terceros ajenos a la entidad.

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, previsto para instituciones sometidas a la inspección vigilancia y control de esta Autoridad y/o cualquier otro procedimiento administrativo sancionatorio.

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 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 inmediata²², de manera que seguir procedimientos previos haría nugatoria la ejecución de la medida y, en consecuencia, no resultaría

²² 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 (....)”.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

posible reprimir con éxito el ejercicio ilegal de actividades del resorte exclusivo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia. Otra cosa sería frente a no vigilados, adoptar procedimientos sancionatorios por renuencia o incumplimiento de las ordenes impartidas por esta autoridad, todo en apego a lo establecido en el estatuto orgánico del sistema financiero y demás normas concordantes, pero que evidentemente daría lugar a una actuación diferente a la que concluyó con la declaratoria de la captación ilegal.

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 incurra 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 pública²³, 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.

Por ello, no es posible acceder a la solicitud del recurrente respecto de *"Adoptar las acciones y mecanismos de control pertinentes que permitan que CONSTRUCOL S.A.S conserve EL DESARROLLO DE SU ACTIVIDAD MERCANTIL En subsidio, de no accederse a la solicitud de modificación de esta orden, se solicita aclarar que la misma EN CUANTO A QUE NO conlleva o implica la adopción de controles o medidas que acarreen incidan en la permanencia y estabilidad misma del negocio."*, porque en el marco del procedimiento administrativo especial de captación ilegal de recursos del público, no se suspende el desarrollo de la actividad mercantil, ni se adoptan controles o medidas sobre la estabilidad del negocio, circunstancia que no se encuentra prevista en la Ley, lo que atentaría contra el principio de legalidad.

El recurrente, con la finalidad de controvertir la competencia de la Superintendencia Financiera y el procedimiento aplicable respecto de la medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, trae a este debate argumentos de la sentencia C – 224 de 2009²⁴, en la que la Corte Constitucional estudió y decidió la constitucionalidad del Decreto 4336 de 2008, en el que se incluían disposiciones en materia penal con la finalidad de prevenir y conjurar *quantums* los efectos de la captación ilegal de recursos del público, con disposiciones que buscan ampliar los punitivos y el tipo penal con nuevos verbos rectores.

Así las cosas, podemos ver cómo el recurrente se encuentra de acuerdo con esta Autoridad respecto de que *"las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, a los cuales se les reconoce constitucionalmente el carácter de INTERÉS PÚBLICO y que solo pueden ser ejercidos, previa autorización del estado. Ha dicho la corte que en dicha actividad se encuentra comprometida la ecuación ahorro inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico"*, circunstancia que a todas luces es contraria con lo implementado por la sociedad bajo las figuras de "préstamos" y "contratos de inversión de capital", a través de los cuales se dio el recaudo de dineros de terceros sin autorización estatal.

Es por ello que, esta Autoridad atendiendo a que la actividad financiera reviste el carácter de interés

²³ Sentencia C – 115 de 2005

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-224 de 2009 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

público y por ende tiene la connotación de interés general, porque involucra el recaudo del ahorro del público, siendo lo anterior trascendental para el desarrollo económico del país, se encuentra facultada para adoptar la medida cautelar contenida en la Resolución.

Ahora bien, si bien es cierto que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, y por esa razón se justifica su intervención en la misma, en diversos frentes, veamos lo que afirma la Corte Constitucional al respecto:

“La intervención del Estado en la economía obedece al cumplimiento de distintas atribuciones conferidas por la Constitución como la redistribución del ingreso y de la propiedad para alcanzar un orden político, económico y social justo (Preámbulo de la Constitución); la estabilización económica (arts. 334, 339, 347, 371 y 373 C.P.); la regulación económica y social de diversos sectores y actividades específicas conforme a los parámetros constitucionales (arts. 49, 150-19, 189-24 y 335 C.P.) y éstas dentro de un contexto de intervención general orientado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y la convivencia social como la propiedad privada en su función social (art. 58 superior), la libertad económica y la libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común, la función social de la empresa y las responsabilidades que supone el derecho a la libre competencia económica (art. 333 de la Carta).²⁵”

La intervención administrativa que se adelanta con el fin de proteger el sistema financiero, respecto de actos que constituyen captación ilegal de recursos del público, tiene como finalidad conjurar los efectos dañinos de la captación no autorizada, para proteger el ahorro del público y preservar la confianza en el sistema financiero, cuando personas no autorizadas realizan actividades exclusivas de las entidades vigiladas por esta Autoridad.

No puede pretender el recurrente, exigir condiciones de mercado igualitarias a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, ya que no cuenta con las condiciones exigidas por Ley²⁶ para realizar actividades que son del resorte exclusivo de ciertas entidades.

Estos argumentos se encuentran en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional,

*“Ahora bien, sobre las actividades en mención (artículo 335 superior), **se establece un régimen de intervención estatal de carácter reforzado por tratarse de una actividad económica que, como se ha dicho, compromete el interés público, la confianza en el sistema financiero y la estabilidad macroeconómica del país. Así mismo, en este sector se justifica una mayor restricción de las libertades económicas** (artículo 189-24 de la Constitución), **que implica un incremento de los poderes de las entidades del Estado** (...)” (negrilla y subrayado fuera de texto original)*

Ahora bien, otra de las formas previstas por el Estado para preservar el orden público económico, como medidas de intervención, es a través de medidas punitivas de carácter penal que ha denominado la Corte Constitucional como “*derecho penal del orden socioeconómico*”, que se refieren exclusivamente a delitos que están previstos en la normativa penal que tienen como finalidad preservar como bien jurídico tutelado al orden económico social, entre los que se destaca la captación masiva y habitual de dineros, regulada en los artículos 316 y 316 A del Código Penal, que fueron incluidos por intermedio del Decreto 4336 de 2008.

Sin perjuicio de lo anterior, no son de recibo los argumentos del recurrente tendientes a asimilar la naturaleza del proceso administrativo especial, en el marco de la medida administrativa por captación no autorizada de recursos del público, con la aplicación de normas de índole penal, pues como es claro, la Superintendencia Financiera únicamente tiene facultades para investigar y suspender las actividades de captación ilegal en el ámbito administrativo, siendo competencia exclusiva de la Fiscalía General de la Nación la investigación de las conductas que constituyen el delito de captación masiva y habitual de dineros y de los Jueces de Penales la atribución de responsabilidad en la materia, tanto es así que en el artículo séptimo de la parte resolutive de la Resolución 1018 de 2022 ordena:

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-224 de 2009 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

²⁶ Artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

“(…) ARTICULO SÉPTIMO. REMITIR a la Fiscalía General de la Nación una copia de la presente Resolución y del expediente contentivo de la actuación administrativa adelantada frente a la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., para efecto de las investigaciones propias de su competencia.”

Por otro lado, para justificar la aplicación de ciertos principios en la actuación administrativa el recurrente argumenta la similitud existente entre derecho sancionador y el derecho penal, explicando con apoyo en la sentencia C - 597 de 1996 de la Corte Constitucional²⁷ que:

*“(…) **los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado.** Así, por ejemplo la Corte ha señalado que el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se le aplican, mutatis mutandi, pues las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado, **por lo cual operan, con algunos matices,** siempre que el Estado ejerza una función punitiva. **Por ello la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.**” (negrilla y subrayado fuera de texto original)*

Así, según la sentencia citada por el recurrente a pesar de que efectivamente, en algunos ámbitos del derecho sancionador tienen aplicación los principios del derecho penal, la Corte también fue clara en determinar que estos se aplican con ciertos matices y por garantías que no son exclusivas del derecho penal, si no de la misma Constitución Política, tales como el debido proceso y el principio de legalidad.

Y es que, el derecho penal y el derecho sancionador resultan ser manifestaciones del *Ius Puniendi* del Estado, que permiten imponer en cada una de sus áreas, sanciones a los ciudadanos como parte del control social necesario para mantener el orden y la convivencia en un Estado Social de Derecho.

En línea con lo anterior, para la Corte Constitucional²⁸, resulta imposible trasladar íntegramente los principios del derecho penal al derecho sancionador, veamos:

“(…) En ese orden de ideas, la Corte ha expresado que “entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.”

Para concluir, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en encontrar ciertas similitudes en aplicación de los principios entre el derecho penal y el derecho sancionador. Sin embargo, su aplicación no es automática y tiene que ser ajustada a las finalidades propias de cada proceso, que implican una mayor rigurosidad para el caso del derecho penal, que en todo caso como quedo claro, respecto de ciertos principios se aplican por disposición de la Constitución Política.

Sin embargo, no sobra aclarar al recurrente nuevamente que, la naturaleza del proceso administrativo por captación no autorizada de recursos del público es de naturaleza administrativa y especial, con una finalidad cautelar, más no sancionatoria, en donde no se ejerce la potestad punitiva del Estado y que dista de un proceso sancionatorio o de un proceso penal, y por ende no tendrían

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1996 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-948 de 2002 Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

aplicación. Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener presente que durante todo el procedimiento administrativo se han hecho efectivas las garantías constitucionales y legales, así como principios como el debido proceso, el de legalidad, proporcionalidad, congruencia y razonabilidad, como pasara a explicarse a continuación.

Por otro lado, manifiesta el recurrente que “Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables, no solo deben estar descritas en norma previa, sino que además deben tener un fundamento legal. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa, previa sobre la sanción impuesta, ya que las normas que consagran las faltas deben estatuir también con carácter previo los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas.”

En aplicación del principio de legalidad, esta Autoridad dio aplicación al artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015 que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.18.2.1. 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 grado de consanguinidad, 2 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.

Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982.” (negrilla y subrayado fuera de texto original)

Así, se reitera que, teniendo en cuenta lo demostrado en la actuación administrativa, el recurrente realizó el recaudo de dineros de ciento veinticuatro (124) personas por una cifra equivalente a dos mil trescientos quince millones cuarenta y siete mil setecientos pesos (\$2.315.047.700), sin prever como contraprestación en forma real y viable, la entrega de bienes o servicios, bajo la modalidad de “préstamos” y “contratos de inversión de capital” y que además, teniendo en cuenta que el patrimonio de la sociedad con corte al 28 de febrero de 2022 superaba más del 50% del patrimonio líquido a

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

corte de 31 de diciembre de 2021, con lo cual, se configuraron los supuestos de captación ilegal.

Dejando claro lo anterior, se puede determinar que: (i) existe un hecho contrario a la Ley y (ii) existe una norma previa que prevé como ilegal la conducta realizada por el recurrente, estando lo anterior en consonancia con el principio de legalidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la conducta es contraria a la normatividad anteriormente citada, se reitera que, esta Autoridad estaba en el deber legal y constitucional de imponer sanciones, con la finalidad de eliminar los efectos nocivos de la captación no autorizada de recursos del público, por esa razón y con base en el literal b del numeral 5 del artículo 326 del EOSF, se faculta a esta Autoridad para:

5o. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:

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;

Por remisión al artículo 108 del EOSF, se establecen las sanciones a implementar por esta Autoridad ante un evidente ejercicio ilegal de la actividad financiera, específicamente una actividad de captación ilegal de recursos del público:

“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 (...). (negrilla y subrayado fuera de texto original).

De ahí que esta Autoridad, ordenó en la parte resolutive de la Resolución, la suspensión de actividades que constituyen captación ilegal de recursos del público, la devolución de los recursos captados del público y otras medidas tendientes a asegurar los bienes de la sociedad, así como la orden de mantener en cabeza de la sociedad, los recursos disponibles para la devolución a los afectados por la captación ilegal.

Medida cautelar y órdenes administrativas que también se encuentran en consonancia con lo citado por el recurrente respecto del principio de legalidad, relacionado con la existencia de una norma previa que contemple la sanción, esta es el artículo 108 del EOSF, existiendo de esta forma certidumbre normativa que permitió justificar la expedición del acto administrativo.

Con relación al principio de proporcionalidad el recurrente afirma que *“la proporcionalidad supone la existencia de una relación entre los tres elementos constitutivos de la sanción que son indivisibles, ya que el contenido de la sanción debe estar ajustado a la falta de tal manera que aquella sanción alcance sus objetivos. Esta definición tiene una consecuencia importante, pues implica que para apreciar la*

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

proporcionalidad de la sanción no solamente debe analizarse la gravedad de la falta sino también los objetivos de la sanción, y así considerar la importancia de los intereses que pretende proteger cada sanción en concreto. (...)"

Se resumen entonces que, por ser el procedimiento administrativo de imposición de una medida cautelar por captación no autorizada de recursos del público de naturaleza especial, no pueden acogerse argumentos relacionados con aspectos penales respecto de *"tanto en el momento de la individualización legal definida como proporcionalidad abstracta como en el de su aplicación judicial entendida como proporcionalidad concreta."*, toda vez que:

- (i) La aplicación de los principios del derecho penal no es absoluta y en el presente proceso no resulta procedente su aplicación, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha establecido.
- (ii) Para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el principio de proporcionalidad en materia penal implica dos fases, la primera en la que el legislador crea los tipos penales y determina marcos punitivos abstractos, de acuerdo con la gravedad de la conducta tipificada y la segunda fase que se verifica con la imposición de la sanción, "proporcionalidad en concreto", que realiza el juez de acuerdo con las normas que ha determinado previamente el legislador²⁹, lo que implica que la aplicación de la proporcionalidad de las penas en materia de responsabilidad penal pertenece al Legislador, a la Fiscalía General de la Nación y a los Jueces Penales.
- (iii) Al indagar la teoría expuesta por el recurrente y lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, se tiene que no se puede aplicar la proporcionalidad en concreto ya que esta Autoridad no contempla dentro de sus funciones la individualización legal de la pena y muchísimo menos la proporcionalidad en abstracto ya que no cuenta con funciones jurisdiccionales en materia penal.

Por otro lado, resulta pertinente dejarle claro al recurrente que, respecto de la naturaleza del proceso, no es un proceso sancionatorio, por ende, no existe sanción que exceda el límite del mal causado o en la que se tenga que analizarse sus objetivos. Por el contrario, la medida cautelar fue impuesta de acuerdo con las disposiciones legales y constitucionales en las que está fundamentada la Resolución, con el objetivo de conjurar los efectos nocivos de la captación ilegal, mas no con la finalidad de sancionar.

Sin perjuicio de lo anterior, es claro para el recurrente con su escrito de reposición que *"dentro de la actuación administrativa desplegada por su honorable despacho, en la resolución 1018 de 2022, pese a que no se está interponiendo a la sociedad que represento, sanción inicial"*, lo que implica que no existe duda alguna respecto de la naturaleza del proceso de imposición de medida cautelar y en esa medida no tendría sentido intentar asimilarlo o aplicar disposiciones propias de un proceso sancionatorio.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por el recurrente, se procederá a explicarle en que consiste la proporcionalidad y por qué esta sí se ajusta con la medida impuesta en la Resolución, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha determinado un test que permite establecer cuándo una medida es proporcional y no puede afectar derechos fundamentales³⁰, test que tiene tres

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, SP2196-2015, radicado 376371 Magistrado Ponente: Dr. José Leónidas Bustos Martínez, págs. 7 a 9.

³⁰ 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 semisuspectas, afecta el goce de un derecho constitucional no fundamental o

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

tipos de intensidad, juicio que cuenta con tres subprincipios³¹ el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Veamos el análisis frente a la Resolución:

- 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 se encuentra acorde con el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en donde se faculta a esta Superintendencia 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 restricción del dominio sobre los bienes del recurrente, 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 acto administrativo, las actividades de captación de recursos del público si tienen una relación directa con la actividad de GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., pues en el desarrollo del modelo de negocio de la sociedad se celebraron los denominados “préstamos” y “contratos de inversión de capital”, 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: *“El Grupo Constructor Inmobiliario Construcol S.A.S. (...) busca apalancarse financieramente de tres maneras: recursos propios, préstamos bancarios y con inversión de capital de terceros. A continuación, se explicará en que consiste el proceso de inversión de capital de terceros. (...) abre la oportunidad para que terceros inviertan su capital en los proyectos que se están adelantando por la empresa.”*

Entonces, contrario a lo expuesto por el recurrente, la captación de recursos del público realizada a través de los denominados “préstamos” y “contratos de inversión de capital” sí guarda relación directa con las actividades desarrolladas por la sociedad y resulta ser proporcional.

En línea con lo anterior, tampoco son de recibo los argumentos del recurrente respecto a que la Resolución carece de nexo de causalidad entre el hecho y su sanción, puesto que atendiendo a las pruebas que obran en la actuación administrativa se pudo evidenciar, sin duda alguna que se configuraron los supuestos de captación ilegal de recursos del público de conformidad con el artículo

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”

³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-520/16, M.P. María Victoria Calle Correa.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015 y por ende se impuso la sanción que se encuentra contemplada en la norma.

Además, resulta pertinente traer lo que la Corte Constitucional afirmó cuando estudio la constitucionalidad del Decreto 4334 de 2008 respecto de la proporcionalidad en la intervención y la adopción de medidas en actividades que constituyen captación ilegal de recursos del público, en el que afirmo que uno de los objetivos fundamentales era la suspensión inmediata de las operaciones, con la finalidad de organizar un procedimiento cautelar ordenado tendiente a lograr la pronta devolución, medidas que no resultaban ser ni desproporcionadas ni irrazonables de conformidad al deber de intervención estatal de los artículos 333, 334 y 335, que no afecta garantías fundamentales³².

Nótese cómo, en línea con los argumentos de la Corte Constitucional, esta Autoridad tiene el deber constitucional de intervenir las actividades de captación no autorizada de recursos del público, con la finalidad de suspenderlas y de propender para que en el proceso de intervención judicial la Superintendencia de Sociedades pueda orientar la devolución de los recursos. Lo anterior para proteger los derechos de terceros y restaurar el interés público que se vio trasgredido con la conducta del recurrente.

Así, tratándose de las medidas administrativas que impone la Superintendencia Financiera de Colombia, en particular, la orden que da a las entidades vigiladas para restringir el registro de los actos que afecten el dominio de bienes de propiedad de la sociedad, las mismas **quedan supeditadas a las decisiones que se adopten en el proceso de intervención,**

Con respecto al principio de congruencia la Corte Constitucional ha establecido:

“no deducir lógicamente las implicaciones de los argumentos que emplea en la parte motiva. Es decir, no tiene sentido prescribir un deber de motivación en los actos administrativos, si la parte resolutive de los mismos queda intacta aún cuando contradiga o ignore los razonamientos plasmados en la parte considerativa. En ese sentido, la congruencia hace parte, no sólo del derecho al debido proceso judicial, sino también del administrativo (art. 29, C.P.).”³³

Y para el Consejo de Estado:

“El principio de congruencia tiene una doble naturaleza: de un lado, tanto en lo que tiene que ver con la primera fase del procedimiento administrativo, como en lo atinente a los recursos administrativos previstos por la ley, constituye una garantía del derecho de petición, que apunta a asegurar que la decisión administrativa dé respuesta efectiva a todas las cuestiones que fueron planteadas a la Administración, de forma que no quede ninguna sin resolver. Tal es el sentido que adopta este principio de acuerdo con lo previsto por los artículos 42 párr. 2º y 80 párr. 2º del CPACA. Con arreglo al primero de estos preceptos, además de precedida de una oportunidad para que los interesados expresen sus opiniones y motivada en los informes y pruebas disponibles, la decisión administrativa “resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y los terceros”. (...) el principio de congruencia representa una garantía del debido proceso, en tanto busca enmarcar la competencia de la autoridad administrativa que resuelve el recurso administrativo con el fin de prevenir su arbitrariedad en lo que decide y la vulneración del derecho de defensa de quien incoó la correspondiente reclamación”³⁴

Como vemos para los máximos tribunales, el principio de congruencia en las actuaciones administrativas se encuentra íntimamente ligado con el deber de motivar los actos administrativos.

En este orden, no existió quebranto o violación alguna al principio de congruencia que rige la actividad administrativa por las siguientes razones:

³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-145 de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

³³ Corte Constitucional, sentencia T – 964 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. María Victoria Calle Correa.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado 11001-03-24-000-2015-00310-00, Consejero Ponente Carlos Enrique Moreno Rubio.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- 1) En cumplimiento de los principios constitucionales y de los establecidos en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se agotaron cada una de las etapas previstas para el procedimiento administrativo de imposición de una medida cautelar por captación no autorizada de recursos del público, se garantizó el ejercicio del derecho de contradicción y defensa de GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., y se profirió la decisión que en derecho corresponde; por lo que, no se evidencia violación alguna al principio de congruencia.
- 2) El acto administrativo se encuentra debidamente motivado en razones de hecho, y de derecho, que sustenten de manera suficiente en la adopción de determinada decisión por parte de esta Superintendencia, así como también existe razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.
- 3) Se encuentra suficientemente probada la captación ilegal de recursos del público, de conformidad con la información que fue aportada por el mismo recurrente, respecto de las modalidades de “préstamos” y “contratos de inversión de capital”, información financiera de la sociedad y demás pruebas que obran en el expediente de la actuación, existiendo paridad entre lo pedido, lo debatido y lo probado.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por el recurrente, quedó demostrado que la Resolución está dotada de un adecuado análisis factico y jurídico, que permite justificar la razonabilidad, necesidad, congruencia y proporcionalidad de la medida impuesta, sin que se haya configurado una violación de ningún derecho fundamental, en especial el derecho al debido proceso, ya que el recurrente contó con la posibilidad de aportar la documentación necesaria para comprobar que no estaba inmerso en los supuestos de captación, a su disposición en todo momento estuvo el expediente administrativo, del análisis probatorio y factico se logró determinar los supuestos de captación, contó con la garantía en sede administrativa de interposición del recurso de reposición, que por demás fue extemporáneo, pero que en pro del derecho de defensa se procedió a resolver.

Intenta justificar el recurrente, la captación ilegal de recursos del público en “(...) la celebración de actividades mercantiles, en manera alguna puede considerarse una actuación por fuera de la normativa aplicable; Se trata, como lo expone el Despacho en el acto administrativo que se recurre, de un negocio de inversión determinada ante un proyecto formal y real, específicamente la inversión de capital en proyectos de construcción.”

Así como también en negocios jurídicos que, *ha venido desarrollando el objeto, conforme a una misma función económica y modelo contractual, lleva consigo el necesario establecimiento de una serie de obligaciones y responsabilidades en cabeza del inversionista así como del inversor, no porque GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S. quiera o haya decidido establecer un modelo mercantil desarrollado de manera legal, actividades "exclusivas" o que son "conaturales al objeto social especial" que le ha sido autorizado, sino, también, porque el mismo negocio lo impone*”.

Al respecto, es necesario precisar que la captación ilegal de recursos del público se produjo también bajo la modalidad denominada como “préstamos”, circunstancia sobre la que omitió pronunciarse al respecto en el presente acápite el recurrente.

Respecto del principio de relatividad de los contratos la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha sido clara respecto de su definición:

“(…) De este postulado legal, la jurisprudencia y la doctrina han deducido el principio de la relatividad de los contratos, conforme al cual, la declaración de voluntad está llamada a surtir eficacia jurídica, por regla general, únicamente entre quienes, al otorgar su voluntad, perfilaron el consentimiento formador del respectivo negocio jurídico. Al determinar el ordenamiento que el convenio, ajustado con arreglo a los cauces legales, tiene el alcance de ley, tan cardinal efecto no lo dejó abierto, de tal manera que se extendiera ilimitadamente a todos los sujetos de derecho, como si de la ley expedida por la competente autoridad del Estado se tratara, sino que la circunscribió al solo ámbito de quienes con su querer concurrieron a formar el consentimiento, que, al tiempo, posibilitó la formación del respectivo acuerdo.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Es decir, relativizó los efectos jurídicos del pacto a la sola esfera patrimonial de las partes, dejando por fuera de sus consecuencias a todos aquellos que no lo fueran. En este orden, por virtud del citado principio y en términos del precepto, el convenio puede generar derechos y obligaciones, pero apenas en la escena de los propios convencionistas. Tal posibilidad se halla por entero cerrada, por regla general, para quienes de cara a un determinado acto bilateral no tienen esa condición. Con base en un específico contrato podrán adquirir derechos y contraer obligaciones solo quienes con su consentimiento asistieron a la formación del mismo; nadie más.”³⁵

Principio que no es absoluto:

“(…) Por ello el principio de la relatividad de los negocios jurídicos no es absoluto, tal como lo ha explicado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corte, porque si bien es cierto que la eficacia de los actos jurídicos se restringe al interés de las partes, es posible –y a menudo ocurre– que sus efectos incidan en intereses de personas ajenas al convenio, quienes tendrán por ello la calidad de terceros relativos y no de completos extraños;

(…) Se concluye de lo dicho que la relatividad de los actos y negocios jurídicos no es un principio axiomático porque no es evidente ni indiscutible; ni irrestricto o absoluto porque tiene varias excepciones y hay casos en los que no tiene aplicación.”³⁶

Pronunciamientos jurisprudenciales, con los que el recurrente se encuentra de acuerdo, aun cuando la Corte Suprema de Justicia en casos precisos ha determinado que no se trata de un principio absoluto.

Es de resaltar que, el recurrente no puede pretender hacer oponible a esta Autoridad el principio de relatividad de los contratos, y por ende alegar que sus efectos son únicamente entre las partes, toda vez que, al realizar una actividad que es del resorte exclusivo de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, como lo es la captación de recursos del público, se está atentando contra una disposición del orden constitucional, que es de interés público y por ende compromete el interés general, que en todo caso deberá prevalecer sobre el intereses particular, que se encuentra presente en las relaciones entre los particulares.

Pretender que a través de argumentos como “lo que se ha demostrado por el desarrollo de la actividad desarrollada por la compañía representada por el suscrito, es que ni siquiera existe un riesgo para las partes dentro del contrato suscrito por CONSTRUCOL S.A.S”, se desvirtúa una conducta de captación ilegal de recursos del público, no tiene acogida alguna, porque es claro que CONSTRUCOL es una sociedad y por ende no cuenta con autorización para captar recursos del público a través de ningún mecanismo, ni siquiera mediante la celebración de contratos con particulares.

No sobra precisarle al recurrente que “con el simple antecedente de no existir negocios jurídicos en los que se evidencie inconformidad con el sistema de actividad desarrollado, (...) se ha evidenciado o fue informado en resolución 1018 de 2022, actos de queja formal sustentada por alguna persona realmente”, esta Autoridad puede iniciar actuaciones administrativas de oficio tal y como lo establece el numeral 4 del artículo 4 del CPACA, tendientes a determinar si en determinados modelos de negocio de entidades ajenas al sector financiero se realizan actividad de captación ilegal de recursos del público.

Por ende, los argumentos del presente acápite no están llamados a prosperar.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC10825- 2016, radicado 08001-31-03-013-2011-00213-01 Magistrado Ponente: Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, págs. 6 a 7.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC3201- 2018, radicado 05001-31-03-010-2011-00338-01 Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez, págs. 12 y 16.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En tal sentido, 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.

SÉPTIMO. 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 1018 del 5 de agosto de 2022, mediante la cual se adoptó una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, respecto de la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL S.A.S., identificada con el NIT. 901.160.871-2, representada legalmente por el señor PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.392.062.

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

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

ARTÍCULO CUARTO. 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 parágrafo 1º del numeral 1º del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

ARTÍCULO QUINTO. 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 SEXTO. 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 PABLO ANDRÉS SANTIAGO BERDUGO, en calidad de representante legal de la sociedad GRUPO CONSTRUCTOR INMOBILIARIO CONSTRUCOL 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 25 días del mes de octubre de 2022.

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

MARIA FERNANDA TENJO FANDIÑO

90000-DELEGADO PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

90000-DELEGATURA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

Elaboró:

CAMILO ANDRES URREA ALBARRACIN

Revisó y aprobó:

--JOSE CAMILO TORRES DUQUE