



Radicación:2023057543-194-000



Fecha: 2024-02-20 18:42 Sec.día3674

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::ATM231990-HOLMAN HENRY BORDA MUÑOZ

RESOLUCIÓN NÚMERO 0310 DE 2024

(20 DE FEBRERO)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 2187 del 15 de diciembre de 2023 mediante la cual se adoptó una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, respecto de la sociedad EFINANZAS S.A.S., con Nit 901.045.506 – 7, legalmente representada por los señores HOLMAN HENRY BORDA MUÑOZ identificado con la cédula de ciudadanía 79.622.398 – Gerente y CÉSAR EDUARDO SANTOS MONROY identificado con la cédula de ciudadanía 11.442.798 – Suplente del Gerente.

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 2187 del 15 de diciembre de 2023, la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de la Superintendente Delegada para el Consumidor Financiero, ordenó, entre otras, “a la sociedad EFINANZAS S.A.S. con Nit 901.045.506 – 7, legalmente representada por los señores HOLMAN HENRY BORDA MUÑOZ identificado con la cédula de ciudadanía 79.622.398 – Gerente y CÉSAR EDUARDO SANTOS MONROY identificado con la cédula de ciudadanía 11.442.798 - Suplente del Gerente, la **SUSPENSIÓN INMEDIATA** de las actividades que constituyen captación o recaudo no autorizado de dineros del público, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución, bajo el apremio de multas sucesivas de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo establecido en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”

SEGUNDO. Que el referido acto administrativo fue notificado personalmente por medio electrónico el día 18 de diciembre de 2023 a los señores HOLMAN HENRY BORDA MUÑOZ – Gerente y CÉSAR EDUARDO SANTOS MONROY – Suplente del Gerente, quienes ostentan la representación legal de la sociedad EFINANZAS S.A.S., tal y como figura en la constancia¹ suscrita para el efecto y que obra en el expediente de la actuación administrativa.

Tanto en la diligencia de notificación personal 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 la Superintendente Delegada para el Consumidor Financiero dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la respectiva notificación.

¹ Radicado 2023057543-155

TERCERO. Que estando dentro del término legal, en escrito presentado ante esta Superintendencia² del 02 de enero de 2024, el señor HOLMAN HENRY BORDA MUÑOZ representante legal de la sociedad EFINANZAS S.A.S., interpuso directamente “recurso de apelación” contra la citada resolución.

CUARTO: Que en virtud de la interposición del recurso de apelación, resulta improcedente su presentación, de conformidad con lo establecido en el artículo 335 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) que señala que frente a actos administrativos de carácter particular y concreto, como es el caso de la Resolución 2187 del 15 de diciembre de 2023, únicamente procede recurso de reposición; sin perjuicio de lo anterior, y por ser plenamente garantistas del derecho al debido proceso a la defensa, contradicción y a la efectividad material del derecho sustancial sobre el procesal, esta Superintendencia dará respuesta a los reparos expuestos por el recurrente a través del trámite de la reposición que es el recurso que procede.

QUINTO: Que, en el recurso presentado, el recurrente no aportó ni requirió la incorporación de medios probatorios como sustento de los argumentos propuestos.

SEXTO: Esta Superintendencia procede a manifestarse frente a los motivos de inconformidad expuestos por el señor HOLMAN HENRY BORDA MUÑOZ representante legal de la sociedad EFINANZAS S.A.S., en el mismo orden que fueron presentados, seguidos de las consideraciones de esta Superintendencia frente a cada uno de ellos.

6.1. De los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente frente a la Resolución 2187 del 15 de diciembre de 2023.

A continuación, se resumen en dos (2) aspectos centrales los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente:

6.1.1. De la configuración de la captación masiva y habitual de dineros del público.

En el escrito de “apelación” la sociedad, a través de su representante legal el señor HOLMAN HENRY BORDA, ha planteado:

“(…) “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.

(…)” Tal como se informó en la primera respuesta al requerimiento emitido por la superintendencia financiera, radicado 2023057543-001-000 del 06 de junio del 2023, los contratos realizados con los socios partícipes no se establecieron, en ningún caso, a título de pasivo, toda vez que en los contratos de cuentas en participación se fijó un tiempo o vigencia del contrato precisamente por la ejecución de las operaciones, más no porque se estableciera una cuenta de tipo de ahorro o relacionada con un producto financiero.

Así mismo, la relación, de acuerdo a las bases de datos suministradas se puede establecer (sic) que nunca superaron las 50 personas, salvo por aquellas situaciones en las cual es se realizó más de un contrato con algunos socios partícipes.

“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...”

De igual forma, en la segunda respuesta emitida a la Superintendencia Financiera de Colombia, se informó y aportó la certificación del asesor externo sobre los resultados de Auditoría Solicitada por nuestra Compañía, sobre la contabilización de las operaciones de acuerdo con las características de los contratos de cuentas en

² Radicado 2023057543-190

participación lo cual generó no solamente errores contables, sino también errores en la presentación de la declaración de renta. Todo ello sucedió previo a los requerimientos realizados por esa Superintendencia.

Con lo anterior, nuestro interés de demostrar que nuestra intención nunca ha estado fundamentada en la realización de actividades por fuera de las disposiciones legales, lo cual nos obligó a realizar los ajustes contables para los años 2021 en adelantes, sin embargo, por dificultades presentadas por parte del asesor externo, el proceso contable no ha podido concluir satisfactoriamente.

(...) Respecto de la resolución en comento ORDENAR a la sociedad EFINANZAS S.A.S. con Nit 901.045.506–7, legalmente representada por los señores HOLMAN HENRY BORDA MUÑOZ identificado con la cédula de ciudadanía 79.622.398 – Gerente y CÉSAR EDUARDO SANTOS MONROY identificado con la cédula de ciudadanía 11.442.798 - Suplente del Gerente, la SUSPENSIÓN INMEDIATA de las actividades que constituyen captación o recaudo no autorizado de dineros del público; consideramos imperativo recalcar que EFINANZAS SAS NUNCA emitió, publicó, anunció, divulgó o promovió la captación de recursos, los contratos celebrados correspondieron a referidos que se interesaron por participar en la operación que la Compañía venía desarrollando y que infortunadamente (sic) se vió afectada por el acto de fraude del cual fuimos víctimas en los EE.UU y que impidió continuar el pago de los rendimientos a los Socios Partícipes, tal cual como se realizó (sic) durante los años 2020, 2021 y 2022. Es así que a nuestra consideración no tenemos ningún producto o realizamos ningún otro tipo de actividad que pueda ser considerada captación o que sugiera la entrada de recursos para la entidad.

En relación a ORDENAR a la sociedad EFINANZAS S.A.S., realizar de manera inmediata la devolución de los recursos captados ilegalmente, en el marco del respectivo proceso de intervención, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4334 de 2008. Tal como ha sido informado previamente a la Superintendencia Financiera de Colombia, desde el año 2022 se presentó el proceso judicial en contra de la sociedad Roy & Associates PLLC, en la ciudad de Houston, Texas, USA, con la cual se celebró el contrato de Escrow Agent como garante de la operación y como control de posibles riesgos de Fraude, firma la cual incumplió las condiciones del contrato celebrado y así permitió que los recursos fueran estafados por un tercero. Este proceso se encuentra activo y ha surtido avances significativos, tal como puede ser evidenciados por ustedes a partir del informe del Departament de Justicia en el siguiente enlace https://ecf.txsd.uscourts.gov/cgi-bin/DktRpt.pl?319314180304481-L_1_0-1 y que de acuerdo tanto a los avances como de las medidas y acciones solicitadas por parte de la jueza del caso, se espera un fallo condenatorio a favor de Efinanzas SAS y con ello realizar la devolución de los dineros a los socios partícipes de forma inmediata.”

6.1.2. Frente a las actividades de la sociedad EFINANZAS S.A.S.

“(…) En relación con las actividades de Efinanzas SAS, si bien el objeto social contempla el asesoramiento en actividades financieras, las mismas no han sido desarrolladas en los negocios financieros y/o bursátiles del territorio Colombiano y es necesario considerar que desde el inicio de la operaciones con activos digitales, estos no se encontraban regulados por la Superintendencia Financiera de Colombia y aún no se encuentran reconocidos, ni regulados como un activo financiero dentro del mismo territorio, por ello la actividad de Arbitraje se desarrolla con un subyacente que se encuentra indexando en la Bolsa Mercanto de Chicago, sin embargo, tal como fue informado en nuestro modelo de negocio, nuestras operaciones no se realizan con Bolsas de Valores o Intermediarios del mercado de valores, estas actividades se desarrollan, tal como fue informado a los socios partícipes, con entidades vigiladas y reguladas en EE.UU aptas para la ejecución de actividades con estos activos. Es importante mencionar que desde el mes de Mayo del año 2022 no se establecieron nuevos contratos de participación con nuevos Socios Partícipes, y que desde octubre del año 2022 no se generaron Otro Sí adicionales o se aceptó la recepción de más recursos de los socios, al igual que a partir de la notificación de la apertura del proceso administrativo reportado por la Superintendencia Financiera de Colombia, nuestra actividad fue totalmente detenida, que nunca hemos captado recursos de manera masiva y que a lo largo del infortunado proceso de la mencionada demanda, siempre hemos estado en contacto con todos los Socios Partícipes.

Agradecemos la atención prestada y con lo anterior queremos ratificar que nuestro actuar nunca estuvo, ha estado o estará al margen de las disposiciones legales y lamentamos que un tercero hubiera afectado el normal desarrollo de las actividades lo cual motivó a alguno de los Socios a llevarnos a este proceso. Sin embargo estamos, más que nadie, interesados en resolver de la mejor manera en favor de nuestros socios y cerrar este episodio de la mejor manera y lo más pronto posible.”

6.2. Consideraciones de la Superintendencia Financiera

6.2.1. Aspectos preliminares

Para abordar los argumentos planteados en el recurso, sea lo primero aclarar que en punto a la Resolución 2187 de 2023, nos encontramos frente a un acto administrativo de carácter particular mediante el cual se adopta una medida cautelar administrativa por captación masiva y habitual de recursos del público, sobre el que procede únicamente recurso de reposición³, cuya interposición no suspende la ejecutoriedad del acto administrativo⁴ dada su necesidad de aplicación inmediata. De lo contrario, no resultaría posible reprimir con éxito la inmediatez necesaria requerida, para enfrentar el ejercicio ilegal de actividades del resorte exclusivo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia.

Así las cosas, el recurso de reposición es la herramienta procesal que permite al administrado solicitar que, en la instancia en la que se produjo el acto administrativo, se aclare, modifique, adicione o revoque, cuando el mismo lesione los derechos de los administrados, **para lo cual debe sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad⁵ y las pruebas que pretenda hacer valer como soporte de su argumentación.** Con ello, debe el recurrente no solo expresar estos motivos sobre el acto recurrido sino también presentar puntualmente los argumentos y el material probatorio que sustenten su pretensión para que sean evaluados al momento de resolver el recurso y lograr lo solicitado, por lo que el relato de hechos privados de sustento jurídico probatorio no puede servir de argumento para pretender la modificación de un acto administrativo, sino que es necesario que se expongan **razones en derecho** que demuestren la afectación sustancial o procedimental contenida en el acto acusado, acompañadas del soporte probatorio correspondiente.

En efecto, el artículo 77⁶ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece expresamente como uno de los requisitos del recurso de reposición, el señalar y aportar el material probatorio que se pretenda hacer valer dentro de la actuación administrativa, siendo necesario que el recurrente señale en el texto de su recurso, los medios de prueba que sustenten cada supuesto de hecho que pretende probar, los cuales, de considerarse pertinentes, conducentes y útiles para la verificación de los hechos⁷ serán practicados dentro del término correspondiente no mayor a treinta (30) días⁸.

Al respecto, cabe señalar que la prerrogativa de allegar el material probatorio necesario como soporte de sus afirmaciones, no fue usada por el recurrente dentro de la oportunidad procesal correspondiente, así como tampoco fue solicitado la aclaración, modificación, adición o revocatoria de la Resolución 2187 de 2023.

³ “Artículo 74 CPACA. Recurso contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial”.

⁴ “Artículo 335 EOSF. Contra los actos administrativos de carácter particular expedidos por la Superintendencia Bancaria sólo procederá el recurso de reposición interpuesto en la forma establecida en el Código Contencioso Administrativo.

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

⁵ Artículo 79 CPACA, numeral 2

⁶ “Artículo 77. Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.

Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.

2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.

3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer. (...)”.

⁷ Artículo 169 Código General del Proceso, prueba de oficio y a petición de parte

⁸ Artículo 79 CPACA

6.2.2. De la procedencia de los recursos interpuestos.

En materia de los recursos que proceden contra los actos administrativos que impongan una medida cautelar ante la demostración de una actividad no autorizada de captación o recaudo masivo de recursos del público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), como fue el caso de la decisión adoptada en la Resolución 2187 del 15 de diciembre del 2023, objeto del presente recurso, el artículo 335 del referido Estatuto se establece que:

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

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

Ahora bien, es importante recalcar que a través del escrito que fue presentado el día 02 de enero de 2024 el recurrente interpuso única y exclusivamente el recurso de apelación, sin que se evidencie la presentación del recurso de reposición. Sin embargo, como se mencionó en líneas anteriores, en procura de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso que le asiste a la sociedad EFINANZAS S.A.S., así como el principio de eficacia, “en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”⁹, procederá a resolver los argumentos planteados, en el trámite propio del recurso de reposición.

6.2.3. De la configuración de la captación masiva y habitual de dineros del público.

En el presente acápite la Superintendencia se pronunciará respecto de los argumentos expuestos por el recurrente relacionados con los supuestos de captación masiva y habitual.

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

“Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”¹⁰

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

“(…) el artículo 335 constitucional hace explícito el interés público de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y de cualquiera otra relacionada con el manejo, el aprovechamiento y la inversión de los recursos de captación y del ahorro privado, y en consecuencia estatuye que se ejercerán previa autorización del Estado y conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”¹¹

⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 3° numeral 11.

¹⁰ ARTICULO 335 Constitución Política.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, C-136 de 1999.4 de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Frente a la actividad de interés público, la misma no fue definida por el constituyente, sin embargo, este concepto ha sido desarrollado vía doctrinal y jurisprudencial, definiéndolo como:

“aquella actividad privada que involucra un interés público, y que está sometida a un régimen de autorización y no de concesión. ARIÑO ORTIZ resume el concepto adoptado originalmente por la doctrina italiana en cuatro puntos, diciendo que las actividades de interés público: 1. Son actividades privadas, en otras palabras, actividades que no están a cargo del Estado y, por ende, tampoco lo está su titularidad.; 2. Son de interés general por las implicaciones que tiene su prestación, 3. Están dirigidas al público en general y no a un sector específico y, por lo tanto, reducido, y 4. Se hallan sometidas a un régimen de autorización y no de concesión como de ordinario sucede con los servicios públicos en la teoría tradicional”¹².

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional ha citado sobre el particular:

“La actividad aseguradora, como subsector económico, comparte con la actividad financiera, la actividad bursátil, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, la calidad de ser una actividad económica explícitamente mencionada en la Constitución para los siguientes tres efectos:

- 1. Establecer que corresponde al Congreso dictar por medio de leyes las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de regularla (Literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución);*
- 2. Determinar que corresponde al Presidente de la República ejercer, de acuerdo con la ley a que se refiere el punto anterior, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que la ejercen (numeral 24, artículo 189 de la Constitución), y*
- 3. Definir que se trata de una actividad de interés público, y por ende, sólo puede ser ejercida previa autorización del Estado, conforme a la ley, reiterando que al legislador corresponde la regulación de la forma en la cual el gobierno intervendrá en ella (artículo 335 de la Constitución).*

Existen varias razones por las cuales el constituyente estableció de manera explícita una arquitectura institucional tan detallada para la regulación de subsectores económicos específicos como el asegurador, el financiero y el bursátil. De hecho, la Constitución misma señala el punto de partida de dichas razones, al indicar que se trata de actividades de “interés público”. Ese interés público nace, por supuesto, del hecho de que se trata de actividades en las que se maneja, aprovecha e invierten recursos captados del público, rasgo que también reconoce la propia Constitución. Son actividades, por lo demás, que canalizan de manera importante el ahorro de la nación hacia la inversión, lo cual enfatiza su definición como actividades de interés público. (Negrilla fuera de texto).

Sin embargo, estas razones no bastan para explicar el especial cuidado que la Constitución pone en el diseño del régimen institucional y de competencias regulatorias de estas actividades específicas, pues existen muchos otros sectores económicos que pueden considerarse de interés público, y que de alguna manera manejan y aprovechan cuantiosos recursos del público. Piénsese, por ejemplo, en los manejos de tesorería de un gran conglomerado industrial, o en la importancia que para el interés público tienen ciertos sectores agrícolas o de servicios. No obstante, respecto de ellos el constituyente no hizo una mención tan expresa, específica y minuciosa.

*Lo que tienen en común las actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y otras afines, que las distingue de otras actividades económicas igualmente importantes, pero no sometidas a la fuerte intervención estatal que para aquellas autoriza la Constitución, es que **dependen para su correcto funcionamiento de un voto colectivo, permanente y tácito de confianza, cuyo quebrantamiento puede generar consecuencias catastróficas para la economía de un país.** La cotidianidad rutinaria de las transacciones bursátiles, aseguradoras y financieras, a veces opaca el hecho de que cada una de ellas está fundada en una presunción intangible y frágil, pero esencial, en el sentido de que será cumplida la obligación a futuro a que se compromete la respectiva entidad financiera, bursátil o aseguradora. Esa presunción no tiene garantía distinta a la solidez misma del sistema. Cuando una persona deposita en una cuenta bancaria una suma de dinero, presume y confía que al día siguiente podrá retirar esa misma suma, más las anteriores que hubiese podido depositar. **Esa presunción sólo es posible gracias a una confianza sistémica, no explícita, pero verdadera, en la solidez de la entidad financiera respectiva.** Lo mismo puede afirmarse respecto de quien compra un título bursátil, que espera, al vencimiento del mismo, que se le pague la suma representada en el título. Sólo la posesión del título le permite confiar en el cumplimiento de la obligación. Y en el caso de*

¹² López Roca Luis Fernando. “El principio de igualdad en la actividad financiera”. Universidad Externado de Colombia. 2012.

*quien suscribe un contrato de seguros, la persona paga una prima en el entendido de que, de ocurrir el siniestro descrito en el contrato, le será pagada una indemnización o beneficio. No existe ninguna garantía de que ello ocurrirá, excepto la derivada de la seriedad de la compañía de seguros, fruto de que ella cumple con los estándares regulatorios y prudenciales preestablecidos. En estos tres ejemplos sencillos, que se pueden extrapolar a todo tipo de transacciones financieras, es la confianza en la solidez del sistema financiero, originada a su vez en la **confianza en la calidad, seriedad y operatividad de la regulación estatal sobre ella, la que permite que las personas acepten operar a través del sistema y realizar transacciones con él.***

*La actividad financiera, bursátil y aseguradora es, pues, una actividad esencial para el desarrollo económico; constituye principal mecanismo de administración del ahorro del público y de financiación de la inversión pública y privada y está fundada en un pacto intangible de confianza. Se trata de la confianza por parte de los usuarios en que las obligaciones derivadas de la respectiva obligación serán rutinariamente satisfechas. **Y esa confianza está a su vez cimentada en una regulación adecuada y en la convicción pública de que las entidades que hacen parte del sistema están vigiladas técnica y profesionalmente.** Esa confianza ha de ser permanente, continua, y totalmente extendida para que el sistema funcione. La historia económica global reciente demuestra que este no es un planteamiento meramente teórico: en el momento en que se rompe la confianza, el sistema financiero se paraliza, y con él la economía que de él depende. Las personas empiezan a desconfiar del sistema, y de su capacidad de cumplir la promesa contenida en cada una de los millones de transacciones diarias que dentro de él se realizan. **El mantenimiento de esa confianza pública es el objetivo principal de la intervención del estado en este tipo de actividades. En eso, principalmente, consiste el carácter de “interés público” que la Constitución le imprime a este tipo de actividades, y de ahí el particular diseño institucional con el cual el constituyente dotó al Estado para permitirle la intervención en este tipo de actividades económicas**¹³. (Negrilla fuera de texto).*

Como vemos, no fue un capricho del legislador enmarcar la actividad financiera como de interés público, pues en su ejercicio se canalizan los recursos de la sociedad, por ello se requiere que únicamente sea ejercida por profesionales autorizados previo el cumplimiento de unos requisitos de carácter, idoneidad, responsabilidad, solvencia patrimonial¹⁴.

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

Tal responsabilidad que tiene a cargo la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de la Economía Solidaria respecto de las cooperativas que vigila, busca además lograr restituir los dineros al público, finalidad que se soporta en la medida cautelar de suspensión de actividades y devolución expedita de los recursos captados ilegalmente.

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

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

¹³ Corte Constitucional, sentencia C – 640 de 2010.

¹⁴ Artículo 53 del Estatuto orgánico del Sistema Financiero.

Así, antes de la expedición del Decreto 4334 de 2008, atendiendo las facultades otorgadas en el marco constitucional del artículo 335 transcrito, y en los artículos 325, numeral 1, literal d), 326, numeral 5, literal b) y 108 del EOSF, esta Superintendencia cuenta con la competencia para investigar y ordenar de ser el caso, la suspensión de las actividades de las personas naturales y jurídicas que, sin contar con autorización previa, desarrollan actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público.

Debe anotarse que en el artículo 2.18.2.1., del Decreto 1068 de 2015, se establecen los supuestos que deben concurrir para que se predique que una persona natural o jurídica está captando, sin autorización, dineros del público de forma masiva. De conformidad con tal norma, se entiende que una persona natural o jurídica capta masivamente fondos del público, en cualquiera de los siguientes casos:

“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.”

Conforme a lo expuesto, cuando en las operaciones con las características antes anotadas, se presenten hechos objetivos o notorios, o concurrentemente, existan más de 50 obligaciones, **o se hayan asumido pasivos con más de 20 personas** y la sumatoria del total de esas obligaciones supere el 50% del patrimonio líquido del receptor del dinero o hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas indeterminadas y no surja para quien recibe los dineros la obligación de dar a cambio un bien o un servicio, se estará ante la figura de la captación masiva y habitual, en forma no autorizada.

Como vemos, la calificación de una actividad como de captación masiva y habitual de dineros del público, es determinada por los supuestos legales establecidos por el legislador, los cuales no contemplan elementos de atenuación, agravación o exoneración frente a la conducta desplegada por el captador, de tal suerte que, para los efectos de imponer medidas administrativas por parte de esta

Superintendencia y, en particular, frente a una captación no autorizada de dineros del público, no es factible tener en cuenta si los partícipes de la actividad actuaron de buena fe o si desconocían la ilicitud de la misma al desarrollar el negocio propuesto, sólo debe esta Autoridad como en efecto se hizo en esta actuación, analizar la realidad de la operación desarrollada en cada caso y, verificar si se presentan los supuestos de captación no autorizada de recursos del público de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento positivo vigente.

Ahora bien, con la finalidad controvertir el acto administrativo, el recurrente en un primer momento afirmó que *“los contratos realizados con los socios partícipes no se establecieron, en ningún caso, a título de pasivo, toda vez que en los contratos de cuentas en participación se fijó un tiempo o vigencia del contrato precisamente por la ejecución de las operaciones, más no porque se estableciera una cuenta de tipo de ahorro o relacionada con un producto financiero.”* y *“Así mismo, la relación, de acuerdo a las bases de datos suministradas se puede establecer que nunca superaron las 50 personas, salvo por aquellas situaciones en las cual es se realizó más de un contrato con algunos socios partícipes”*, buscando atacar y poner en duda la existencia de las obligaciones y la masividad representada en el número de personas:

Al respecto, resulta procedente explicarle nuevamente las razones bajo las cuales se configuraron los supuestos de captación no autorizada de recursos del público de acuerdo con la normatividad citada.

La sociedad EFINANZAS S.A.S., diseñó una propuesta de negocio en la que por intermedio de contratos de cuentas de participación, cuyo objeto implicaba *“ejecutar actividades de negociación, apertura, compra y venta de contratos basados en activos indexados en bolsas de valores, así como de derivados financieros tanto en Colombia como en el exterior, así como la monetización en Colombia de los recursos obtenidos en el exterior resultado de la actividad de compra y venta de dichos activos”*, como fue enfáticamente establecido en la Resolución 2187 de 2023 de conformidad con el objeto del contrato, esto es la negociación, apertura, compra y venta de contratos basados en activos indexados en bolsas de valores y de derivados financieros en Colombia y el exterior, y su posterior monetización en el país, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 964 de 2005¹⁵, los artículos 7.1.1.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010, constituyen una típica actividad de intermediación de valores, en donde se exige un sujeto calificado para la realización de esta actividad, esto es, recibir dinero del público de forma masiva para adquirir valores listados en sistemas de cotización de valores nacionales o extranjeros o realizar operaciones con derivados y productos estructurados que sean valores, de tal suerte que, únicamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia pueden realizarlo.

Teniendo en cuenta que la sociedad EFINANZAS S.A.S., no ostenta la condición de entidad vigilada por la Superintendencia Financiera ni la de intermediario de valores, en el objeto contractual de sus contratos de cuentas en participación, no podía ofrecer el desarrollo de una actividad cuyo fin fuera la negociación, apertura, compra y venta de contratos basados en activos indexados en bolsas de valores y de derivados financieros en el país y el exterior, toda vez que, esa actividad se destina con exclusividad a entidades vigiladas por este Organismo, y muchísimo menos valerse de actividades para las que no estaba autorizado.

Ahora bien, para esta Superintendencia es independiente la actividad o figura jurídica que se pretenda implementar, modelo de negocio, vehículo jurídico estructurado o modalidad contractual implementada, con ocasión al recaudo de dinero por parte del captador. Esto, en razón a que los elementos enunciados no los prevé la norma como esenciales para configurar los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público. En consecuencia, no le es dable a ninguna persona sin la autorización previa de esta Superintendencia, captar dinero del público e invertirlo a su gusto tanto en actividades exclusivas de las entidades vigiladas como en negocios de cualquier naturaleza.

¹⁵ “(...) **ARTÍCULO 3. ACTIVIDADES DEL MERCADO DE VALORES.** Serán actividades del mercado de valores:

(...) b) La intermediación de valores;

(...) **PARÁGRAFO 1o.** Las entidades que realicen cualquiera de las actividades señaladas en el presente artículo, estarán sujetas a la supervisión del Estado.”

En este caso, la Superintendencia demostró, el recaudo masivo de dineros de terceros, como se precisó a largo de la Resolución 2187 del 15 de diciembre de 2023, representado en asumir pasivos con más de 20 personas o en acumular más de 50 obligaciones, de la mano con el hecho de que las sumas captadas superen el 50 % del patrimonio líquido del captador o haberse obtenido a través de ofertas públicas o privadas a personas innominadas.

En efecto, de conformidad con las pruebas que obran en la actuación administrativa, se pudo establecer que el recurrente implementó un modelo de negocio basado en un servicio de “*arbitraje de activos financieros*”, para invertir en mercados de valores nacionales e internacionales, en donde celebró contratos denominados cuentas en participación con clientes en Colombia, en cuyo caso recibió recursos de terceros de manera masiva en sus productos financieros, siendo gestionados los recursos según el libre criterio del recurrente, sin que se observara que los terceros que entregaron sus recursos dieran instrucción alguna respecto de los activos en los cuales deseaban invertir, a cambio de la promesa de devolución del dinero entregado y sus rentabilidades fijas en un determinado plazo.

Esta circunstancia es ratificada por las personas que entregaron recursos a la sociedad, quienes no determinaban el destino de sus recursos pero sí **reconocen la existencia de la obligación, a cargo de EFINANZAS S.A.S., de devolución del capital recibido,** pues frente al conocimiento de la operación se atienen a lo descrito en el contrato, lo cual indica que para los clientes no importaba la actividad económica a desarrollar, sino que su interés se centraba en obtener la devolución de su capital junto con sus rentabilidades. En efecto, los clientes que atendieron el cuestionario de esta Superintendencia, mencionaron haber recibido el pago de la rentabilidad establecida por parte de EFINANZAS, mediante abono por transferencia de fondos en sus productos financieros de depósito, aspecto que igualmente fue corroborado en los movimientos de las cuenta de la que era titular la sociedad EFINANZAS S.A.S., en donde analizado el detalle de las operaciones débito, en especial, aquellas registradas bajo concepto de “pago”, se identificaron transferencias de fondos recurrentes efectuadas por EFINANZAS a terceros incluidos en la “Base de datos socios partícipes”, que indican, en la referencia de la operación, “rendimientos”.

Sobre este punto, es importante tener en cuenta que, probada la existencia de las obligaciones, se pudo demostrar también, la recepción masiva de recursos del público sin prever a cambio la entrega real de un bien o la prestación efectiva de un servicio, tal como lo ratifica el recurrente en su escrito, al precisar que la sociedad “*nunca ha ofrecido ningún producto o servicio, ni a los Socios Partícipes ni al público ya que el modelo es parte de un conocimiento profesional, técnico y de experiencia propio del Representante Legal*”.

Además, se reitera que, al tenor de lo dispuesto en el ordenamiento legal vigente, en Colombia no es válido celebrar negocios jurídicos que contraríen una norma imperativa¹⁶. De tal suerte que, con independencia del negocio jurídico que se celebre, cualquiera que sea el nombre que reciba, el contrato que medie o el activo que se pretenda negociar, si configura los hechos objetivos o notorios o los supuestos de captación no autorizada de dineros del público, se estaría en el marco de esa actividad ilegal.

Así las cosas, la sociedad EFINANZAS presenta cincuenta y ocho (58) obligaciones vigentes a corte del 30 de septiembre del 2023 con por lo menos cincuenta y un (51) personas, por un monto total que asciende a (\$5.155.754.200), sin prever como contraprestación la entrega de bienes o la prestación efectiva de un servicio.

Estas obligaciones, a la fecha del corte señalado, continuaban vigentes, al punto de encontrarse asumiendo pasivos con más de veinte (20) personas, hecho que configura el supuesto de captación masiva no autorizada de dineros del público previsto en el numeral 1° del artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015.

¹⁶ Artículo 1519 Código Civil: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”

No sobra precisar que, en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio se define y establece las características del contrato de cuentas en participación, como contrato típico, por medio del cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Por eso no se entiende como, el recurrente pretende desvirtuar la existencia de obligaciones cuando afirma “(...) los contratos realizados con los socios partícipes no se establecieron, en ningún caso, a título de pasivo (...)”, toda vez que, en virtud de la realidad económica que fue demostrada a través de los cuestionarios, los depósitos en sus cuentas de ahorros y del mismo texto del contrato, está plenamente demostrado, que contrajo cincuenta y ocho (58) obligaciones con por lo menos cincuenta y un (51) personas, en las que se obligó a devolver el capital junto con las rentabilidades fijas, en un plazo determinado, constituyéndose lo anterior como un verdadero pasivo de la sociedad, que a la luz del artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015 por pasivo para con el público debe entenderse 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, aspecto que se logró demostrar en la actuación administrativa.

Llama la atención de esta Autoridad, que el recurrente manifiesta que “(...) en los contratos de cuentas en participación se fijó un tiempo o vigencia del contrato precisamente por la ejecución de las operaciones más no porque se estableciera una cuenta de tipo de ahorro o relacionada con un producto financiero”. Sin embargo, nada tiene que ver el hecho de determinar un plazo o vigencia en los mencionados contratos, pues fue claro que en la realidad económica, soportada en el modelo de negocio de la sociedad, la ausencia de información financiera independiente para las cuentas en participación, sus movimientos débitos y créditos en productos financieros y las respuestas a los cuestionarios suministradas por los clientes del recurrente, en donde no queda duda que la operatividad empleada por la sociedad EFINANZAS S.A.S., demostró que recibió masivamente recursos de terceros para disponer libremente de ellos sin estar debidamente autorizado, obligándose a retornar el capital junto con las rentabilidades fijas que pagó en periodos determinados, lo que configuró los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público, reiterando que con independencia del tipo de contrato o modelo de negocio implementado, estos no pueden ser utilizados para el recaudo ilegal de dineros del público sin autorización y proceder con su libre administración e inversión.

Es importante señalar, que el recurrente de forma equivocada afirma “(...) la relación, de acuerdo a las bases de datos suministradas se puede establecer (sic) que nunca superaron las 50 personas, salvo por aquellas situaciones en las cuales se realizó más de un contrato con algunos socios partícipes.”, pues tal y como lo establece el numeral 1 del artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015 se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público de forma masiva y habitual cuando contrae obligaciones con más de veinte (20) personas, así como también, contraiga más de cincuenta (50) obligaciones, siendo posible que ambos criterios puedan concurrir para configurar los supuestos, a su vez, necesita que se de alguna de las condiciones establecidas en los literales a o b del párrafo 1, referente al patrimonio líquido o la realización de ofertas públicas o privadas a personas innominadas.

Con respecto a la captación que se logró demostrar al recurrente, se reitera que frente al supuesto de la masividad, este fue superado, toda vez que, contrajo cincuenta y ocho (58) obligaciones con por lo menos cincuenta y un (51) personas, configurando de esta forma el elemento de la masividad. Asimismo, resulta importante tener en cuenta que en el transcurso de la actuación fue aportado copia de los contratos vigentes y una base denominada “Base de socios partícipes,”¹⁷ en donde la cantidad de personas que entregaron recursos al sujeto de la media, supera las cincuenta (50) personas.

¹⁷ Radicado 2023057543-007-000

Como segundo reparo, refiriéndose al patrimonio líquido de la sociedad, aduce el recurrente que “(...) se informó y aportó la certificación del asesor externo sobre los resultados de Auditoría Solicitada por nuestra Compañía, sobre la contabilización de las operaciones de acuerdo con las características de los contratos de cuentas en participación lo cual generó no solamente errores contables, sino también errores en la presentación de la declaración de renta. Todo ello sucedió previo a los requerimientos realizados por esa Superintendencia. (...)”, por lo que resulta importante realizar los siguientes comentarios.

La Superintendencia Financiera determinó que, de conformidad con la información allegada por el recurrente, durante el transcurso de la actuación administrativa, en la que fue aportada las Declaraciones de Renta presentadas ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN para la vigencia fiscal 2020 y 2021 el patrimonio líquido era el siguiente:

Vigencia fiscal 2020		Vigencia fiscal 2021	
Patrimonio bruto	\$ 511.626.000,00	Patrimonio bruto	\$ 7.953.074,00
Pasivos	\$ 307.393.000,00	Pasivos	\$ 9.229.449,00
Patrimonio líquido	\$ 204.233.000,00	Patrimonio líquido	-\$ 1.276.375,00

Teniendo en cuenta que la suma captada por parte del recurrente asciende a la suma de CINCO MIL MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$5.155.754.200), y tomando la última información del patrimonio líquido correspondiente al año fiscal 2021, en donde se podía ver reflejado un patrimonio negativo de UN MILLÓN DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS TRECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (-\$1.276.375,00) se permite concluir sin duda alguna que el monto de las obligaciones vigentes y contraídas por la sociedad superó el 50% de su patrimonio líquido, configurándose así el literal a) del parágrafo 1 del artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015.

Por eso, no se entiende cómo el recurrente pretende justificar que la suma captada no supera su patrimonio líquido, en presuntos errores contables y de presentación de sus declaraciones de renta, argumentando sin prueba alguna un concepto de un asesor externo, toda vez que el documento utilizado para determinar su patrimonio constituye plena prueba por emanar de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, la única Autoridad competente en materia tributaria en el país para certificar la presentación de declaraciones de renta y sus montos, documentos que se presumen auténticos en el marco del artículo 244 del Código General del Proceso y que contienen las cifras económicas y patrimoniales declaradas por los contribuyentes .

Sin perjuicio de lo anterior, para el recurrente también existen errores contables, a pesar de que en el expediente de la actuación no obra si quiera prueba alguna de la existencia de estados financieros, a pesar de que fueron solicitados en múltiples ocasiones por esta Superintendencia, pero que debido a la renuencia a entregarlos no fue posible conocer información financiera alguna; es más, estando en su derecho a aportar y controvertir pruebas en el marco del presente recurso, tampoco fue aportada información financiera alguna que justificara montos patrimoniales diferentes a los consignados en las declaraciones tributarias.

Así, se reitera que, teniendo en cuenta lo demostrado en la actuación administrativa, el recurrente contrajo cincuenta y ocho (58) obligaciones con por lo menos cincuenta y un (51) personas por una cifra equivalente a CINCO MIL MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$5.155.754.200), sin prever como contraprestación en forma real y viable, la entrega de bienes o servicios, bajo la modalidad de contratos de cuentas en participación y que además, teniendo en cuenta el patrimonio líquido de la sociedad reportado en la declaración de renta de la vigencia fiscal 2021, superaba más del 50% del patrimonio líquido a con lo cual, se configuraron los supuestos de captación ilegal de recursos del público.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la conducta realizada por el recurrente es contraria a la normatividad anteriormente citada, esta Autoridad estaba en el deber legal y constitucional de imponer

las medidas cautelares administrativas necesarias, con la finalidad de eliminar los efectos nocivos de la captación no autorizada de recursos del público, que devino en la expedición de la Resolución 2187 de 2023, por esa razón y con base en el literal b del numeral 5 del artículo 326 del EOSF, se faculta a esta Autoridad para que:

“(…) 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;”

En concordancia con los numerales 7, 8, 10, 11 y 12 del artículo 11.2.1.4.10 del Decreto 2555 de 2010, modificado por el Decreto 2399 de 2019, se confiere al Despacho del Superintendente Delegado para el Consumidor Financiero, entre otras, las funciones de:

“(…)7. Ordenar y dirigir la práctica de visitas con el fin de obtener conocimiento sobre los asuntos de su competencia.

8. Ordenar, dentro del ámbito de su competencia, las investigaciones administrativas, la práctica de pruebas, los traslados a los interesados y adoptar las decisiones y medidas que resulten necesarias. (…)

10. Desplegar las medidas a su alcance para prevenir el ejercicio ilegal de la actividad financiera, aseguradora y del mercado de valores.

11. Adoptar las medidas cautelares y ejecutar las medidas de intervención administrativa previstas por las normas vigentes, para los casos de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas.

12. Coordinar las medidas de intervención administrativa y las medidas cautelares que se profieran en las investigaciones relacionadas con el desarrollo de actividades, negocios y operaciones propias de las entidades supervisadas, sin la debida autorización estatal. (…)”.

Por remisión al artículo 108 del EOSF, se establecen las medidas 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 de instruir a diferentes entidades vigiladas la congelación o restricción de traspaso de activos tendientes a mantener en cabeza de la sociedad, los recursos disponibles para la devolución a los afectados por la captación ilegal, haciendo un especial énfasis en 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.

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

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 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.

Ahora bien, respecto de las órdenes impartidas en la parte resolutive de la Resolución el recurrente afirma: *“(…) consideramos imperativo recalcar que EFINANZAS SAS NUNCA emitió, publicó, anunció, divulgó o promovió la captación de recursos, los contratos celebrados correspondieron a referidos que se interesaron por participar en la operación que la Compañía venía desarrollando y que infortunadamente se vió afectada por el acto de fraude del cual fuimos víctimas en los EE.UU y que impidió continuar el pago de los rendimientos a los Socios Partícipes, tal cual como se realizó durante los años 2020, 2021 y 2022. Es así que a nuestra consideración no tenemos ningún producto o realizamos ningún otro tipo de actividad que pueda ser considerada captación o que sugiera la entrada de recursos para la entidad.”*

Los referidos argumentos planteados, pretenden justificar la no existencia de los supuestos de captación no autorizada de recursos del público en un presunto fraude y/o conducta delictiva de un tercero, que a la fecha del presente acto administrativo no se encuentra probado, y que en todo caso resulta irrelevante en la medida en que se logró demostrar que a través de los denominados contratos en cuentas en participación, en la dinámica y la realidad de lo ofrecido por la sociedad no se pretendía que los interesados participaran en las operaciones de la compañía, sino que el verdadero incentivo de participación de los terceros a los que le recibió recursos, era la entrega de un capital para que este fuera retornado junto con una rentabilidad en un plazo determinado, que implicó que el recurrente recibiera recursos de más de cincuenta y un (51) personas de manera masiva, por un monto que asciende a CINCO MIL MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$5.155.754.200), superando la suma captada a su patrimonio líquido y sin prever como contraprestación la entrega de un bien o un servicio.

Así se reitera que, 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 existencia de presuntos fraudes, pues la conducta restringida se encuentra determinada en recaudar masivamente dinero del público, y obligarse a devolverlo, 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 el recurrente.

Argumenta, igualmente el recurrente, que *“Tal como ha sido informado previamente a la Superintendencia Financiera de Colombia, desde el año 2022 se presentó el proceso judicial en contra de la sociedad Roy & Associates PLLC, en la ciudad de Houston, Texas, USA, con la cual se celebró el contrato de Escrow Agent como garante de la operación y como control de posibles riesgos de Fraude, firma la cual incumplió las condiciones del contrato celebrado y así permitió que los recursos fueran estafados por un tercero. Este proceso se encuentra activo y ha surtido avances significativos, tal como puede ser evidenciados por ustedes a partir del informe del Departament de Justicia en el siguiente enlace https://ecf.txsd.uscourts.gov/cgi-bin/DktRpt.pl?319314180304481-L_1_0-1 y que de acuerdo tanto a los avances como de las medidas y acciones solicitadas por parte de la jueza del caso, se espera un fallo condenatorio a favor de Efinanzas SAS y con ello realizar la devolución de los dineros a los socios partícipes de forma inmediata.”*

Posteriormente a la adopción de la medida por la Superintendencia Financiera ordenándole al captador ilegal la suspensión inmediata de las operaciones de recaudo no autorizado de recursos del público y la congelación de sus activos, entre otras acciones, será la Superintendencia de Sociedades **la autoridad competente de manera privativa** para adelantar el proceso de intervención de los activos del captador a efecto de procurar la devolución de los dineros captados ilegalmente.

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

En este sentido, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades tal como lo dispone la ley, la aplicación del artículo 7° del Decreto 4334 de 2008 *“En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas a) La toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas; b) La revocatoria y reconocimiento de ineficacia de actos y negocios jurídicos, celebrados con antelación a la toma de posesión (...)”*, evaluar el proceso de devolución de las sumas de dinero que se obligó frente a sus acreedores, para lo cual, el agente interventor considerará tanto las pruebas del pago que ha venido realizando el recurrente a los afectados, como aquellas aportadas por quienes se consideran afectados, y no a esta Superintendencia por ser un tema fuera de su competencia.

Frente a la manifestación realizada por el recurrente con relación a la existencia del proceso judicial, es importante tener en cuenta que tal y como fue informado *“(...) previamente a la Superintendencia Financiera de Colombia, desde el año 2022 se presentó el proceso judicial en contra de la sociedad Roy & Associates PLLC, en la ciudad de Houston, Texas, USA (...)”*, en el recurso de reposición y en el radicado 2023057543 -125 esta Autoridad conoció de la existencia del proceso judicial. Sin perjuicio de lo anterior, esta circunstancia no permite desvirtuar la existencia de un ejercicio ilegal de la actividad financiera, representado en una captación masiva y habitual de recursos del público, probar la existencia de una actividad económica o excusar la devolución de los recursos captados del público.

De tal suerte que, los argumentos presentados por el recurrente en el presente acápite de ninguna manera desvirtúan la existencia de las obligaciones adquiridas con terceros, por el contrario, sus manifestaciones están enfocadas a señalar sin sustento legal ni probatorio, siendo estos insuficientes para controvertir la configuración de los supuestos de captación ilegal de recursos del público, ya que no demuestran que las obligaciones puestas de presente en el acto que se recurre no estuvieran vigentes o que se hubiese hecho entrega de un bien o brindado la prestación de un servicio de parte del recurrente por la recepción de estos dineros, así como tampoco se logra desvirtuar que el total de dineros recibidos por el conjunto de operaciones haya sido menor al 50% de su patrimonio líquido.

Precisamente el hecho de recaudar recursos del público sin autorización, circunstancia que se logró demostrar en la actuación administrativa frente al recurrente, impuso a esta Autoridad la obligación legal y constitucional de proteger el sistema financiero y el mercado de valores, respecto de los actos que constituyen un ejercicio ilegal de la actividad financiera, que 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 Superintendencia.

Por eso, 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 Ley¹⁸ para realizar actividades de captación de dinero, su administración, manejo e inversión.

En consecuencia, los argumentos propuestos por el recurrente no están llamados a prosperar.

6.2.4. Frente a las actividades de la sociedad EFINANZAS S.A.S.

Aduce el recurrente que, frente a las actividades que desarrolló *“si bien el objeto social contempla el asesoramiento en actividades financieras, las mismas no han sido desarrolladas en los negocios financieros y/o bursátiles del territorio Colombiano”*, precisando que en realidad la actividad desarrollada fue *“(…) desde el inicio de la operaciones con activos digitales, estos no se encontraban regulados por la Superintendencia Financiera de Colombia y aún no se encuentran reconocidos, ni regulados como un activo financiero dentro del mismo territorio, por ello la actividad de de Arbitraje se desarrolla con un subyacente que se encuentra indexando en la Bolsa Mercanto de Chicago, sin embargo, tal como fue informado en nuestro modelo de negocio, nuestras operaciones no se realizan con Bolsas de Valores o Intermediarios del mercado de valores, estas actividades se desarrollan, tal como fue informado a los socios partícipes, con entidades vigiladas y reguladas en EE.UU aptas para la ejecución de actividades con estos activos.”*

Ahora bien, tal y como fue establecido en el acto administrativo recurrido, se evidencia dos tipos contratos aportados por el recurrente, con diferentes objetos, el primero *“Ejecutar actividades de negociación, apertura, compra y venta de contratos basados en activos indexados en bolsas de valores, así como de derivados financieros tanto en Colombia como en el exterior, así como la monetización en Colombia de los recursos obtenidos en el exterior resultado de la actividad de compra y venta de dichos activos”* y para el segundo se tiene por objeto *“ejecutar actividades de compra y venta de activos digitales o criptomonedas tanto en Colombia como en el exterior, así como la monetización en Colombia de los recursos obtenidos en el exterior resultado de la actividad de compra y venta de dichos activos, los cuales contemplan pero no se limitan a activos tales como Bitcoin (BTC-XBT), Ethereum (ETH), Litecoin (LTC), entre otros”*.

Aspecto sobre el que se reitera, en consonancia con los acápites precedentes, el recurrente no se encontraba si quiera autorizado para promocionar y ofrecer al público en general un contrato cuyo objeto fuera la negociación, compra y venta de valores y derivados financieros en mercados de valores en Colombia o en el exterior, en razón a que la sociedad EFINANZAS S.A.S., no ostenta la calidad de intermediario de valores, ni de entidad vigilada por esta Superintendencia.

Sin perjuicio de lo anterior, para los efectos propios de la actuación administrativa adelantada, únicamente fueron tenidos en cuenta aquellos contratos cuyo objeto implicaba la negociación, apertura, compra y venta de contratos basados en activos indexados en bolsas de valores y de derivados financieros en el país y el exterior, a través de los cuales, y según las pruebas que obran en la actuación administrativa, lo cual denota que la intención de vinculación al modelo de negocio propuesto no es realmente la compra de activos financieros sino obtener la devolución de su capital junto con un porcentaje de rentabilidad, aspecto que se reitera que el recurrente contrajo cincuenta y ocho (58) obligaciones con por lo menos cincuenta y un (51) personas por una cifra equivalente a CINCO MIL MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y

¹⁸ Artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$5.155.754.200), superando lo captado el 50% del patrimonio líquido, sin prever como contraprestación en forma real y viable, la entrega de bienes o servicios.

En línea con lo anterior, es importante reiterar que figuras jurídicas que se encuentran reguladas por la Ley, como es el caso de los contratos de cuentas en participación, patrimonios autónomos o cualquier otro vehículo jurídico, no pueden ser utilizados para recaudar o captar recursos del público y menos administrarlos o invertirlos al arbitrio del receptor de los mismos, pues precisamente, es esto lo que las normas de captación han dejado claro, en el sentido que para el efecto se requiere previamente la autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Con todo, para esta Autoridad resulta irrelevante el tipo de activo o destino de los dineros recogidos o la modalidad contractual que se celebre; lo relevante aquí es que se EFINANZAS incurrió en la recepción masiva de recursos asumiendo la obligación de devolver los mismos con el pago de rentabilidades en un plazo determinado.

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, sin que se encuentren argumentos válidos y ciertos, ni elementos probatorios que desvirtúen las motivaciones que le sirvieron de fundamento a esta Superintendencia para ordenar la medida cautelar señalada en su contra.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución 2187 del 15 de diciembre de 2023 mediante la cual se adoptó una medida cautelar administrativa por captación no autorizada de recursos del público, respecto de la de la sociedad EFINANZAS S.A.S., con Nit 901.045.506 – 7, legalmente representada por los señores HOLMAN HENRY BORDA MUÑOZ identificado con la cédula de ciudadanía 79.622.398 – Gerente y CÉSAR EDUARDO SANTOS MONROY identificado con la cédula de ciudadanía 11.442.798 - Suplente del Gerente.

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 párrafo 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 los artículos 67, 68 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a la sociedad EFINANZAS 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 veinte (20) días del mes de febrero de 2024.

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

Mafdateryo

MARIA FERNANDA TENJO FANDIÑO

90000-DELEGADO PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

90000-DELEGATURA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

Elaboró:

Xxxx

Revisó y aprobó:

xxxx