



República de Colombia  
 William Roy Villanueva Meléndez  
 Rama Judicial del Poder Público  
 Abogado  
 Tribunal Administrativo de Cundinamarca  
 Especialista en Derecho Administrativo  
 Magistrate de la Sección Primera

Señores  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ**  
 (Reparto)  
 E. S. D.

**Constancia de Recepción de demandas para reparto**  
 FOLIOS DE LA DEMANDA 22  
 FOLIOS ANEXOS DE LA DEMANDA 1 CD.  
 NUMERO DE TRASLADOS 2  
 FOLIOS TRASLADOS 22 + 1 CD.  
 FOLIOS ANEXOS A LOS TRASLADOS 1 CD.  
 CON SUSPENSIÓN PROVISIONAL 22  
 FOLIOS 22  
 FIRMADO POR QUIEN RECIBE [Firma]  
 RECIBIDA EN BOGOTÁ EL 20 ABR. 2017

**Acción pretendida:** REPARACIÓN DE LOS EFECTOS CAUSADOS A UN GRUPO  
**Demandante:** La Sociedad Minerales y Energéticos Industriales S.A. MINERGÉTICOS S.A. ("MINERGÉTICOS")  
**Demandado:** La NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO<sup>1</sup>. LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES<sup>2</sup>  
**Otros Demandados:** LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

Muy respetado señor Procurador,

Yo, WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ, mayor de edad y de esta vecindad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.704.845 de Barranquilla, abogado titulado, con tarjeta profesional No.185.430 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de un grupo de Accionistas, Directivos y Administradores, actuales y anteriores de la Sociedad Minerales y Energéticos Industriales S.A. MINERGÉTICOS S.A. ("MINERGÉTICOS") identificada con NIT 900.099.455-8, según certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante poder por ellos concedido, de acuerdo con la relación que sigue adelante y respectivos poderes adjuntos, y actuando en CAUSA PROPIA, me permito formular ante Usted acción contenciosa mencionada arriba, de acuerdo con lo siguiente.

**1. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PARTES Y DE SUS REPRESENTANTES**

**1.1. DEMANDADO**

La NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, con NIT. 830.115.297-6 representada por la ciudadana MARIA CLAUDIA LACOUTURE, o quien haga sus veces.

La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, con NIT. 899.999.086 representada por el ciudadano FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, o quien haga sus veces.

**1.2. DEMANDANTE - IDENTIFICACIÓN DEL GRUPO**

Un grupo de Accionistas, Directivos y Administradores, actuales y anteriores de la Sociedad Minerales y Energéticos Industriales S.A. MINERGÉTICOS S.A. ("MINERGÉTICOS") identificada con NIT 900.099.455-8, una de las **dos** sociedades afectadas por las resoluciones 2016-01-352820 y 2016-01-454299 expedidas<sup>3</sup> por el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control, de la

<sup>1</sup> C.P. "Art.215. . . (...) El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia."

<sup>2</sup> La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como de los demás entes, personas jurídicas o naturales que señale la ley (art. 1.º Decreto 1023/2012).

<sup>3</sup> Se refiere al número que la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES indica citar para referirse a cada resolución.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y del mío propio, WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 8.704.845 de Barranquilla, actuando en CAUSA PROPIA<sup>4</sup>.

### 1.3. MINISTERIO PÚBLICO

De acuerdo con los artículos 171, numeral 2, y 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante "CPACA", solicito se dé traslado de la demanda y se notifique personalmente al Ministerio Público.

### 1.4. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

En el día de hoy se llevó a cabo audiencia de Conciliación fallida en la Procuraduría 146 delegada para la Conciliación Administrativa, según actas que se incluyen en el CD de pruebas.

### 1.5. COMPETENCIA

Es competente sr Magistrado para conocer de la presente demanda.

### 1.6. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

Se solicita que se declare la NULIDAD de las resoluciones:

2016-01-352820 y 2016-01-454299, expedidas por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, mediante las cuales se ORDENA (Y en la segunda RECONFIRMA) medidas de intervención sobre las personas naturales y jurídicas, con algún nexo accionario o directivo con la sociedad MINERGÉTICOS, desde su constitución y hasta la fecha.

## 2.- PRETENSIONES

### 2.1. PRETENSIONES PRINCIPALES

- o **PRIMERA:** Que se declare la NULIDAD de la resolución 2016-01-352820 y 2016-01-454299, expedidas por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.
- o **SEGUNDA:** Que se declare la NULIDAD de la resolución 2016-01-352820 expedida por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.
- o **TERCERA** Que se desactiven de forma idónea todas las medidas de intervención que se derivaron de las resoluciones 2016-01-352820 y 2016-01-454299 expedidas por la SUPERSOCIEDADES.

<sup>4</sup> En asamblea de socios de mayo 16 de 2016 de la Sociedad MINERGÉTICOS, a la que el SUSCRITO no asistió; los accionistas decidieron nominar al SUSCRITO como miembro suplente para el tercer renglón de la junta directiva de MINERGÉTICOS. Acta de la Asamblea de socios de mayo 18 de 2016 fue enviada a la Cámara de Comercio. El SUSCRITO no aceptó la designación por cuanto, deseaba enfocarse en su encargo de apoderado para la defensa judicial de MINERGÉTICOS. A pesar de ello, la resolución 2016-01-352820, en su Considerando Sexto, incluye al SUSCRITO en el inventario de personas que son objeto de intervención, indicando su nombramiento reciente como miembro suplente de junta directiva 'sin aceptación'.

- o **CUARTA** Que se reparen integralmente los enormes perjuicios ocasionados a las CONVOCANTES (Daños morales, lucro cesante, daño emergente, pérdida de oportunidad comercial, entre otros).
- o **QUINTA:** Que se reconozcan los honorarios legales y expensas en derecho, y que se liquiden éstas de conformidad con las disposiciones aplicables.
- o **SEXTA:** Que con ocasión de lo que se logre demostrar en el eventual proceso contencioso y teniendo en cuenta los hechos que allí se prueben, se proceda a compulsar copias a las autoridades de control fiscal, disciplinarias, y la Fiscalía General de la Nación para determinar los posibles detrimentos generados, las sanciones disciplinarias que procedan; y las conductas sujetas a tipicidad penal, por cuenta de los diversos actores de la SUPERSOCIEDADES que ocasionaron un daño antijurídico a los CONVOCANTES, en la dimensión de pérdida de la oportunidad económica, defraudación de la confianza legítima, daños morales y otros, amén de la respectiva carga de indexación e intereses.

### 3. MEDIDAS CAUTELARES

Con base en los hechos y fundamentos de derecho que se expondrán en las secciones siguientes, respetuosamente solicito que despache favorablemente las MEDIDAS CAUTELARES QUE SIGUEN:

- o **PRIMERA:** Que se declare la SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE la resolución 2016-01-352820 y 2016-01-454299, expedidas por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.
- o **SEGUNDA:** Que se declare la SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE de la resolución 2016-01-352820 expedida por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

### 4. FUNDAMENTOS DE DERECHO – PRETENSIONES PRINCIPALES Y MEDIDAS CAUTELARES

Mediante resoluciones 2016-01-352820 y 2016-01-454299, expedidas por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, mediante las cuales se ORDENA (Y en la segunda RECONFIRMA) medidas de intervención sobre las personas naturales y jurídicas, con algún nexo accionario o directivo con la sociedad MINERGÉTICOS, desde su constitución y hasta la fecha.

Sin embargo, a pesar del enorme impacto de tales medidas sobre los patrimonios, dignidad humana, buen nombre, prestigio profesional, honra y otros, de los intervenidos, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES **OMITE** realizar el encargo constitucional de verificar que en el caso concreto se den las circunstancias de “captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público”<sup>5</sup>; **únicamente** bajo las cuales, dicha norma de intervención extrema se torna EXEQUIBLE.

<sup>5</sup> “Séptimo. Declarar EXEQUIBLES todas las demás disposiciones del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público”. Corte Constitucional. Sentencia C-145/09 (Subrayas extratexto).

En ninguna de las secciones de la resolución 2016-01-352820, se observa que la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES haya hecho verificación fáctica *ex ante* entre los hechos con los que se abroga la competencia de intervención según el decreto 4334/08 versus los hechos que motivaron la expedición del decreto 4334 de 2008. (Ver resolución 2016-01-352820. Hoja No.1 a No.13).

Ahora bien, como tales medidas se asocian a la presunta comisión del delito de “**captación masiva y habitual**”, tamaño intervención representa la MUERTE civil, la muerte bancaria, confiscación de bienes, y un daño irreparable al buen nombre, dignidad y prestigio personal, profesional y comercial de los intervenidos.

El procedimiento en vigencia de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES contempla un período promedio de intervención de uno a dos años, al cabo de los cuales convoca a una audiencia de exclusión, que como su nombre lo indica, solo hasta dicha oportunidad, podrían excluirse las personas ya intervenidas que demuestran no haber tenido nexo con MINERGÉTICOS durante la época de la presunta comisión del delito de “captación masiva y habitual”. Este diseño, no satisface el canon de proporcionalidad para el caso concreto, por cuanto, no otorga las garantías del debido proceso, favorabilidad, presunción de inocencia y otros contemplados en los artículos 1 al 5 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción (LEEE)<sup>6</sup>, que se tornan así en LETRA MUERTA.

Que independientemente de la investigación que adelantó la SUPERFINANCIERA, y sin perjuicio de las actuaciones para demostrar que no incurrió en ‘captación masiva e ilegal’, MINERGÉTICOS inició, un plan de desmonte con los deudores reconocidos, mediante el cual se busca intercambiar deuda por participación accionaria, conjugando así la previsión que con respaldo de un contrato fiduciario, se acordó con la sociedad CAPITAL FACTOR para el pago del mutuo con el producido de todas las operaciones

<sup>6</sup> LEY 137 DE 1994. “Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia”

Artículo 1°. Ámbito de la Ley. La presente Ley estatutaria regula los Estados de Guerra Exterior, Comoción Interior y Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Los Estados de Excepción sólo se registrarán por las disposiciones constitucionales, los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico nacional, y las leyes estatutarias correspondientes.

Artículo 2°. Objeto de la Ley. La presente Ley tiene por objeto regular las facultades atribuidas al Gobierno durante los Estados de Excepción. Estas facultades sólo podrán ser utilizadas cuando circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado.

La Ley también tiene por objeto establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno así como las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales.

Artículo 3°. Prevalencia de tratados internacionales. De conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Congreso de Colombia prevalecen en el orden interno. En todo caso se respetaran las reglas del derecho internacional humanitario, como lo establece el numeral 2° del artículo 214 de la Constitución. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

En caso de guerra exterior, las facultades del Gobierno estarán limitadas por los convenios ratificados por Colombia y las demás normas de derecho positivo y consuetudinario que rijan sobre la materia.

Artículo 4°. Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.”

mineras, más un paquete accionario de uno de los mayores accionistas de MINERGÉTICOS.

**4.1. VIOLACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIAS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, Y DE LOS DECRETOS 4333/08 Y 4334/08.**

En su Considerando PRIMERO, párrafo cuarto, la resolución 2016-01-352820 de la SUPER SOCIEDADES reconoce que la SUPERFINANCIERA determinó la existencia de operaciones de ‘captación masiva y habitual’ en la Sociedad MINERGÉTICOS, e impartió órdenes para,

- i) Publicar la resolución, y
- ii) Correr traslado a las distintas autoridades administrativas, entre las que expresamente señala a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Textualmente:

“Aunado a lo anterior, se impartieron órdenes para publicitar la Resolución y correr traslado a las distintas autoridades administrativas como la Superintendencia de Sociedades, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Cámara de Comercio de Bogotá y Sogamoso, la Fiscalía General de la Nación, la Superintendencia de Notariado y Registro, el Ministerio de Transporte, los establecimientos de crédito, sociedades fiduciarias, comisionistas de bolsa, administradoras de fondos de pensiones voluntarias y de inversión, para la congelación inmediata de los depósitos, inversiones, derechos fiduciarios, pensiones voluntarias y participaciones en carteras colectivas de las que sean titulares o beneficiarias”. (Subrayas extratexto).

En el primer inciso de su considerando CUARTO, la SUPERSOCIEDADES indica que con fundamento en el art.7 del Decreto 4334/08, abordará el estudio de un Plan de desmonte. Textualmente:

“CUARTO: Que de conformidad con lo señalado en el literal d) del artículo 7 del Decreto 4334 de 2008, respecto de las personas naturales o jurídicas sobre las cuales se establézca que han realizado una actividad con la cual se incurra en alguno de los supuestos de captación establecidos en el Decreto 1068 de 2015 (antes 1981 de 1988) o en el Decreto 4334 de 2008 y manifiesten su voluntad de devolver los recursos recibidos de terceros, la entidad puede autorizar el plan de desmonte.” (Subrayas extratexto).

Y en el artículo SEGUNDO del RESUELVE ordena la intervención de MINERGÉTICOS, según la competencia que le confiere el Decreto 4334/08. Textualmente:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- ORDENAR la remisión de esta actuación administrativa al Grupo de Intervenidas de la Superintendencia de Sociedades para que, dentro del ámbito de la competencia que le confiere el Decreto 4334 de 2008, adopte cualquiera de las medidas señaladas en el artículo 7 del citado Decreto, para lo cual deberá dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 5 del mismo, interviniendo a las sociedades Minerales y Energéticos Industriales S.A. identificada con el NIT 900099455 y Capital Factor S.A.S., identificada con el NIT 900238845, a sus accionistas, administradores y revisores fiscales debidamente citados e identificados en el considerando sexto de esta providencia y a quienes durante el proceso de intervención se les pueda establecer responsabilidad en los hechos de captación.” (Subrayas extratexto).

Aunque otorgan una libertad discrecional a las Superintendencias Financiera y de Sociedades para determinar cuáles operaciones comerciales constituyen operaciones de captación no autorizadas, el tenor de los arts. 1 y 6 del decreto 4334 de 2008 dista

mucho de constituir una rendición del Estado de Derecho a los pies de la SUPERFINANCIERA y de la SUPERSOCIEDADES.

Decreto 4334 de 2008. "ARTÍCULO 1o. INTERVENCIÓN ESTATAL. Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado."

(...)

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

En efecto, la competencia discrecional otorgada a ambas Superintendencias, tiene muy ciertas, serias y sólidas reglas y límites, que precisamente buscan prevenir toda manifestación de uso desmedido de la discrecionalidad otorgada, frente a las que naufraguen las reclamaciones por desatinos y decisiones arbitrarias. Tales límites comprenden el objeto de estudio de esta sección.

#### 4.1.1. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN DE INTERÉS PARA EL CASO CONCRETO

En su primer encabezado<sup>7</sup> el decreto 4334/08 indica que expide un procedimiento, en desarrollo del decreto 4333 de 2008.

El decreto 4334 de 2008 indica que la competencia<sup>8</sup> para su expedición, le fue concedida al Ejecutivo por las siguientes tres disposiciones:

- i) El artículo 215 de la Constitución Política,
- ii) La Ley 137 de 1994, y
- iii) El Decreto número 4333 del 17 de noviembre de 2008.

El art. 215 CN contiene las normas del estado de emergencia económica, social y ecológica, circunstancias en las que el Presidente puede ser investido de funciones legislativas transitorias para expedir decretos con fuerza de ley que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, quedando en cabeza del presidente y sus ministros la responsabilidad asociada a haberlo decretado en ausencia de las circunstancias que se adujeron, y por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades especiales concedidas<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Este encabezado reza: "Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008".

<sup>8</sup> El segmento de Competencia reza: "El Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo a lo dispuesto en el Decreto número 4333 del 17 de noviembre de 2008,"

<sup>9</sup> CN, ART. 215.

La Ley 137 de 1994 contiene las disposiciones estatutarias vigentes para los estados de excepción, registrados en la CN en los siguientes artículos:

- Art.212 Estado de guerra exterior;
- Art.213. Estado de grave perturbación del orden público;
- Art.214. Vigencia de los DDHH, las libertades fundamentales, de la ley estatutaria que establece los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales; y
- Art.215 Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica), que fue objeto de revisión constitucional oficiosa, en la Sentencia C-179/94.

Del contenido de la Ley estatutaria y de su correspondiente pronunciamiento constitucional, se registran las siguientes características de interés para el caso concreto.

**A) LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN PERMITEN EXPEDIR NORMAS DE EXCEPCIONALES DE VIGENCIA TEMPORAL CON FUERZA DE LEY PARA ENFRENTAR SITUACIONES TRANSITORIAS DE DESORDEN LEGAL.**

“Eso significa que el derecho es siempre compatible con un cierto grado de desobediencia y no puede ser de otro modo. Pero cuando ese grado de desobediencia, permisible e inevitable, es traspuesto, la convivencia se torna difícil y hasta imposible, especialmente cuando son las normas reguladoras de conductas sin las cuales la coexistencia no es pensable, las que están comprometidas. Cuando tal ocurre, el desorden se ha sustituido al orden. ¿Cuándo exactamente ocurre tal fenómeno? No es posible determinarlo con entera certeza. Pueden surgir discrepancias. Es, entonces, cuando se requiere el criterio autorizado y prevalente del órgano de la comunidad que ha de verificar, con fuerza vinculante, que el fenómeno se ha producido o su advenimiento es inminente. Justamente, para esas situaciones se han creado los Estados de excepción.

Los Estados de excepción o de turbación del orden exigen, entonces, normas que se adecuen a la nueva situación. Se trata, de normas generalmente más drásticas, vale decir, de un poder disuasivo mayor y más restrictivas de la libertad jurídica<sup>10</sup>.” (Subrayas en el texto).

**B) DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN TODOS LOS ACTOS DEL EJECUTIVO EN USO DE SU MAYOR PODER DISCRECIONAL ESTÁN SUJETOS A CONTROL.**

“No obstante su naturaleza restrictiva, dentro de un Estado de derecho las normas de excepción han de mantener el sello que a éste le es inherente, a saber: 1. el gobernante, no obstante su mayor poder discrecional, está sujeto a control en todos los actos que, dentro de la nueva situación realice, y 2. la restricción de las libertades y derechos fundamentales ha de tener como propósito esencial la preservación de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos sino provisoriamente limitados, con el propósito de que la obediencia al derecho se restaure y las libertades y derechos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad. Es lo que pudiéramos llamar la paradoja de los estados de excepción: las libertades públicas y los derechos fundamentales se restringen, en beneficio de esos mismos bienes. Esa circunstancia brinda un insustituible criterio de control de los actos del gobernante investido de poderes excepcionales, y es ése el criterio que ha de guiar a la Corte en el examen de constitucionalidad de la presente ley estatutaria. Prescindir de ese criterio, conduce a trocar el Estado de derecho en una forma de

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-179/94.

organización política que lo contradice y desnaturaliza.”<sup>11</sup> (Subrayas extratexto).

- C) *AÚN DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EXISTEN DERECHOS INTANGIBLES E IRREDUCTIBLES, ENTRE ELLOS EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y SE GARANTIZA EL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES.*

“Ley 137/94. ARTÍCULO 4o. DERECHOS INTANGIBLES. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados”. (Subrayas extratexto).

- D) *DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EL ESTADO DE DERECHO MANTIENE SU VIGENCIA, NO JUSTIFICA ARBITRARIEDADES Y LOS DECRETOS DE EXCEPCIÓN DEBEN SEÑALAR LOS MOTIVOS EN QUE JUSTIFICAN PARA DEMOSTRAR RELACIÓN DE CONEXIDAD CAUSAS – MOTIVOS DE NECESIDAD*

Ley 137/94. ARTÍCULO 7o. VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración.

Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades.

ARTÍCULO 8o. JUSTIFICACIÓN EXPRESA DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO. Los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hacen necesarias.”

- E) *LAS FACULTADES CONCEDIDAS AL EJECUTIVO PUEDEN EMPLEARSE ÚNICAMENTE CUANDO SE CUMPLAN LOS PRINCIPIOS DE FINALIDAD, NECESIDAD, MOTIVACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD, PROPORCIONALIDAD, JUNTO CON LOS REQUISITOS DE LA LÉY ESTATUTARIA.*

<sup>11</sup> Ibidem.

“Ley 137/94. ARTÍCULO 9o. USO DE LAS FACULTADES. Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley.

ARTÍCULO 10. FINALIDAD. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos.

ARTÍCULO 11. NECESIDAD. Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente.

ARTÍCULO 12. MOTIVACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

ARTÍCULO 13. PROPORCIONALIDAD. Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.

La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad.” (Subrayas extratexto).

- F) *EL ESTADO, SUS FUNCIONARIOS Y AGENTES SERÁN RESPONSABLES POR LOS EXCESOS, ABUSOS Y EXTRALIMITACIONES TANTO EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES COMO EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ESPECIALES QUE LE FUERON AUTORIZADAS.*

“Ley 137/94. ARTÍCULO 51. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. El Estado será siempre responsable por los excesos en la utilización de las facultades previstas en la presente ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria que corresponda a los servidores públicos.

ARTÍCULO 52. RESPONSABILIDAD. Cuando se declaren los Estados de Excepción sin haber ocurrido los casos de Guerra Exterior, Comoción Interior, o Emergencia Económica, Social y Ecológica, serán responsables el Presidente de la República y los Ministros.

También lo serán los demás funcionarios y agentes del Gobierno por los abusos y extralimitaciones que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades y en la aplicación de las medidas de que tratan estas materias.

Para tal efecto, durante estos Estados, también regirán las disposiciones constitucionales y legales sobre responsabilidad política, civil, administrativa y penal. En los decretos respectivos serán establecidas las medidas, sistemas y procedimientos que impidan o eviten excesos en la función que corresponde cumplir a los representantes o agentes gubernamentales. (...) (Subrayas extratexto).

- G) *SE RATIFICAN LOS REQUISITOS PARA LA CONCRECIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO; i) DAÑO, ii) ANTIJURIDICIDAD Y iii) NEXO CAUSAL POR ACCIÓN U OMISIÓN A UNA AUTORIDAD PÚBLICA.*

“Sobre esta clase de responsabilidad ha dicho la Corte: “la responsabilidad del Estado para su concreción requiere de los siguientes requisitos: a) que se cause un daño; b) que ese daño sea imputable, por acción u omisión, a una autoridad pública; y c) que ese daño sea antijurídico. Primero, el daño, como requisito esencial de toda responsabilidad, es el resultado de la conducta del sujeto responsable hacia una persona, que se debe traducir en un perjuicio patrimonialmente avaluable para el receptor de la acción u omisión estatal. Segundo, la imputabilidad del daño es la atribución jurídica de reparar un daño causado que reposa en cabeza de un sujeto determinado. La imputación no puede realizarse con base en la solca causación material de daño, sino que debe sustentarse, ‘previa

justificación de su procedencia, en otras razones o títulos jurídicos diferentes, ya sea la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, o cualquier otra. Y tercero, la antijuridicidad del daño se contrae a que el sujeto que se soporta el daño no tenga el deber jurídico de afrontarlo. En conclusión, el artículo 90 de la Carta dispone una garantía de las personas en defensa de sus derechos frente al comportamiento estatal." (Sent.T-291/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero)<sup>12</sup>.

**H) LA CORTE CONSTITUCIONAL EJERCERÁ CONTROL AUTOMÁTICO DE LOS DECRETOS QUE SE EXPIDAN EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN**

"Ley 137/94. ARTÍCULO 55. CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional ejercerá el control jurisdiccional de los decretos legislativos dictados durante los Estados de Excepción de manera automática, de conformidad con el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución, dentro de los plazos establecidos en su artículo 242 y de acuerdo con las condiciones previstas en el Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991 o normas que lo modifiquen".

**I) BAJO ESTADOS DE EXCEPCIÓN SIGUE VIGENTE Y PLENA LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN INMEDIATA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

"Ley 137/94. ARTÍCULO 57. DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La acción de tutela procede aún durante los Estados de Excepción, en los términos establecidos en la Constitución y en las disposiciones legales vigentes que la reglamentan. Por lo tanto, su presentación y tramitación no podrán ser condicionadas o restringidas."

**4.1.2. EL UMBRAL ÚLTIMO ADMISIBLE DE LIMITACIÓN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADAS - EJERCICIO DE PROPORCIONALIDAD EN CADA CASO CONCRETO**

Las facultades que se otorguen en virtud de la declaración del estado de excepción, **no pueden ser utilizadas siempre que se declare el estado de excepción**<sup>13</sup>, sino únicamente cuando se cumplan los principios de:

- 1) finalidad,
- 2) necesidad,
- 3) proporcionalidad,
- 4) motivación de incompatibilidad, y
- 5) se den las condiciones y requisitos que fijó la ley estatutaria.

En la base de dicho análisis se sitúa el principio de FINALIDAD<sup>14</sup>, que hace específica referencia a los **hechos, como causas de la perturbación que se origina** y cuyos efectos

<sup>12</sup> Sentencia C-179/94. Pronunciamiento sobre el art.51 Ley 137/94.

<sup>13</sup> "Ley 137/94. ARTÍCULO 9o. USO DE LAS FACULTADES. Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley.

<sup>14</sup> Ibid. "ARTÍCULO 10. FINALIDAD. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos."

indeseables para la Sociedad se quieren eliminar para retomar la condición de normalidad.

El análisis también comprende el principio de NECESIDAD<sup>15</sup>, manifiesto como la correlación adecuada entre las medidas adoptadas y por supuesto, **los hechos y circunstancias indeseables**, cuya eliminación para la búsqueda de la condición de normalidad, constituyó la FINALIDAD.

El análisis de PROPORCIONALIDAD<sup>16</sup>, se refiere al quantum de correspondencia entre las medidas que se expidan y la **gravedad de los hechos** que buscan conjurar.

Este ejercicio de proporcionalidad, no se agota en los despachos de la Corte Constitucional de cara a los decretos que el Ejecutivo presente para estudio automático de constitucionalidad, **sino que se constituye en un deber de la Administración para cada caso concreto**, como demostración idónea de ausencia de arbitrariedad<sup>17</sup> y de no haber excedido el irreductible umbral estatutario: *"La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad."*<sup>18</sup>

#### 4.1.3. LOS HECHOS QUE EL EJECUTIVO IDENTIFICÓ PARA DECRETAR LA EMERGENCIA ECONÓMICA DEL DECRETO 4333 DE 2008.

##### A) LOS CONSIDERANDOS DEL DECRETO 4333 DE 2008 INDICAN LAS SIGUIENTES CARACTERÍSTICAS DE LOS HECHOS GENERADORES:

- i. CAPTACIÓN MASIVA SIN AUTORIZACIÓN;
- ii. SISTEMAS SOFISTICADOS QUE DIFICULTAN LA ACCIÓN DEL ESTADO;
- iii. FALSAS EXPECTATIVAS A INVERSIONISTAS;
- iv. INEXPLICABLES BENEFICIOS ECONÓMICOS;
- v. AUSENCIA DE GARANTÍAS Y SEGURIDADES LEGALES;
- vi. NIVELES DE RIESGO POR FUERA DE TODA RAZONABILIDAD FINANCIERA;
- vii. OPERACIONES SIN AUTORIZACIÓN;
- viii. AFECTADOS QUEDAN EN PRECARIAS CONDICIONES ECONÓMICAS COMPROMETIENDO SUBSISTENCIA FAMILIAR Y GENERANDO EVENTUAL CRISIS SOCIAL;
- ix. POTENCIAL PERTURBACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.

El texto descriptivo es el siguiente:

*"(...). Conforme a las normas legales las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva del público son las instituciones*

<sup>15</sup> Ibid. "ARTÍCULO 11. NECESIDAD. Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente."

<sup>16</sup> Ibid. "ARTÍCULO 13. PROPORCIONALIDAD. Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad."

<sup>17</sup> Ibid. "ARTÍCULO 7o. VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración.

Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades.

<sup>18</sup> Ibidem.

sometidas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Es así como desde 1982 se consideran penalmente responsables las personas que captan de manera masiva sin la debida autorización de la Superintendencia Financiera;

Que a pesar de lo anterior, han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades;

Que con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio;

Que tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado;

Que con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, y en tal sentido los niveles de riesgo asumidos están por fuera de toda razonabilidad financiera;

Que la inclinación de muchos ciudadanos por obtener beneficios desorbitantes, los ha llevado a depositar sus recursos en estas empresas cuyas operaciones se hacen sin autorización, desconociendo las reiteradas advertencias del Gobierno Nacional;

(...)

Que no obstante lo anterior, se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes;

Que estas actividades no autorizadas han dejado a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede devenir en una crisis social;

Que con ocasión de lo expuesto en los considerandos anteriores, también puede perturbarse el orden público;<sup>19</sup>

**B) EL SECRETARIO JURÍDICO DE LA PRESIDENCIA EXPLICÓ QUE EL CONCEPTO "CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL" CONSTITUYE UN TIPO PENAL Y RELACIONÓ LOS HECHOS GENERADORES DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA.**

"Igualmente señala que el ejercicio ilegal de la captación de recursos del público está tipificada como un delito económico en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Decreto 2920 de 1982 el cual proscribió la conducta de captar dineros del público, en forma masiva y habitual, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente. Posteriormente mediante el Decreto 3227 del mismo año se precisó el alcance del concepto de "captación masiva y habitual" en el sentido que se trataba de dineros recibidos "a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes y servicios". Ante el surgimiento de nuevas modalidades delictivas relacionadas con la captación ilegal de dineros, el Decreto 1981 de 1988<sup>20</sup> complementó el tipo

<sup>19</sup> Decreto 4333 de 2008. Considerandos.

<sup>20</sup> Esta disposición señala:

"Artículo 1° El artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, quedará así:

penal antes descrito mediante la introducción de nuevas conductas que no estaban contempladas en la disposición original.”<sup>21</sup>

(...)

Afirma que a diferencia de episodios previos que se habían presentado de captación ilegal de recursos, los eventos ocurridos en el año 2008 fueron una *manifestación excepcional* respecto de lo anteriormente ocurrido por: (i) su dimensión pues al momento de la declaratoria operaban más de 200 captadores o recaudadores no autorizados ubicados en 12 departamentos, los cuales captaban recursos del público sin cumplir con los requisitos legales señalados para el funcionamiento de los establecimientos de comercio tales como el de no llevar la contabilidad de sus operaciones; (ii) los esquemas de captación o recaudo masivo afectaron patrimonialmente a un amplio sector de la población cuyos recursos invertidos en este tipo de operaciones estaban en grave riesgo, esta situación generó, en algunos casos, graves alteraciones del orden público; (iii) el público colombiano entregó en forma masiva su dinero a captadores o recaudadores ilegales bajo la promesa de recibir ganancias o rendimientos exagerados, de entre el 50% y el 300% del dinero depositado, lo que contribuyó a acelerar la desintermediación financiera y a generar una solidaridad especial entre el grupo de los beneficiarios preliminares y (iv) los captadores ilegales utilizaban mecanismos de alta sofisticación para “*ocultar o esconder sus actividades*” que impedían el control de las autoridades estatales dentro del marco legal en ese entonces vigente.”<sup>22</sup>

C) LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES SE REFIRIÓ A LAS CAPTADORAS EN MASA DE LAS REGIONES APARTADAS DEL PAÍS Y LOS ALTÍSIMOS RENDIMIENTOS QUE OFRECÍAN: “GRUPO DMG HOLDING OFRECÍA ENTRE EL 70% Y EL 300% DE GANANCIA SOBRE LA INVERSIÓN INICIAL; TRAVEL TOUR EL 150%; SERVI TRUST, SUPER SERVI Y SERVIPUNTOS EL 60%; DINERYA 120% A 35 DÍAS Y MAR DE PLATA EL 430%.”

“Artículo 1° 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”.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Revisión automática del decreto 4333 de 2008. Sentencia C-135/09.

<sup>22</sup> Ibidem.

“Explica inicialmente el funcionamiento de los sistemas de captación ilegal que funcionan utilizando la estructura de Ponzi o de remuneración piramidal y multinivel, las cuales se basan en incorporación de grandes números de inversionistas *“para pagar por algún tiempo, al vencimiento de los primeros plazos, los fabulosos benéficos prometidos a los primeros depositantes, para lo cual se utilizan los dineros de quienes les siguen en turno y cuyos plazos tiene un vencimiento diferido, dinámica que se mantiene mientras el número de nuevos depositantes y la cuantía de sus recursos sea suficiente para atender los compromisos adquiridos previamente, pero que estalla hace crisis cuando cesa o resulta insuficiente el número y valor de los nuevos depósitos, debido al crecimiento geométrico de las obligaciones”*.

Sostiene que los captadores no autorizados operaban bajo el anterior esquema y recurrían a múltiples estrategias jurídicas tales como las tarjetas prepago, la remuneración de propaganda voz a voz, los proyectos de inmobiliarios, las inversiones en el mercado de divisas, para darles visos de legalidad a su actividad. Afirma que actuaban de manera informal, sin llevar contabilidad, sin organización institucional y sin control financiero, y que con el apoyo de expertos abogados y el recurso a los medios de comunicación generaron la apariencia de legalidad y lograron atraer a vastos sectores de la población sobre todo en regiones apartadas del país. Afirma que el fenómeno de captación ilegal alcanzó una magnitud nunca antes vista –tanto en el número de personas afectadas como en el monto de los recursos comprometidos- lo que obligó a adoptar medidas excepcionales para enfrentarlo, tal como fue la declaratoria de la emergencia social. A la cual se recurrió para frenar la actividad de los captadores ilegales y devolverle a la población los recursos entregados.

Destaca las ganancias exageradas que ofrecían algunos de los captadores, así por ejemplo el Grupo DMG Holding ofrecía entre el 70% y el 300% de ganancia sobre la inversión inicial; Travel Tour el 150%; Servi Trust, Super Servi y Servipuntos el 60%; Dinerya 120% a 35 días y Mar de Plata el 430%.<sup>23</sup>

En respuesta a emplazamientos de la Corte Constitucional, el Ejecutivo aportó las siguientes descripciones de los hechos que sustentaban la emergencia económica:

**D) EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y LA JUSTICIA DESCRIBIÓ EL FENÓMENO COMO MASIVO EN TÉRMINO DE MILES DE INVERSIONISTAS, GENERALIZADO EN VARIAS REGIONES DEL PAÍS Y CIERTAMENTE ASOCIADO A PERTURBACIONES DEL ORDEN PÚBLICO.**

“1. El Ministro del Interior y de Justicia presentó un escrito, el primero de diciembre de 2008, mediante el cual reporta las situaciones violentas originadas por la captación ilegal de recursos del público. Relata que según el *Informe consolidado* elaborado por el Ministerio a partir de las pesquisas de la Policía Nacional, durante los días previos a la declaratoria de la emergencia social se habían presentado los siguientes hechos violentos:

- En nueve municipios se habían adoptado medidas de excepción para conservar el orden público como el toque de queda (Villagarzón y Mocoa, en Putumayo; Pasto y Tumaco, en Nariño; Florida, Buga y Caicedonia en el Valle; Santander de Quilichao y Popayán en Cauca).
- Se habían presentado marchas, protestas, disturbios y asonadas en Pasto, Tuluá, Buga, Caicedonia, Santander de Quilichao, Popayán y en Sibundoy (Putumayo).
- Se habían presentado disturbios de menor entidad en quince ciudades importantes entre las cuales se cuentan Neiva, Armenia, Ibagué, Pereira, Cúcuta. También en municipios pequeños tales como Tangua, Túquerres y Ricaurte, todos ellos ubicados en el Departamento de Nariño.
- El personero municipal de Buesaco (Nariño) fue asesinado mientras desarrollaba un operativo de arqueo y sellamiento de la firma D.R.F.E.

<sup>23</sup> Ibidem.

- Hasta esa fecha se había sellado 68 establecimientos donde se realizaba la captación no autorizada de recursos del público y se habían decomisado 98000 millones de pesos en efectivo.
- Los departamentos más afectados por alteraciones al orden público eran los de Nariño, Putumayo, Valle y Cauca. En Nariño en la ciudad de Pasto se decretó el toque de queda y en el municipio de Ricaurte los manifestantes bloquearon la carretera al mar. En los trece municipios del Putumayo se decretó el toque de queda, la ley seca y restricción al porte de armas, además fueron incendiados automóviles en Orito y Sibundoy y los manifestantes intentaron atacar el Comando de Policía de Mocoa. En el departamento de Cauca se decretó el toque de queda en Popayán y en Santander de Quilichao. En los municipios de Caicedonia, Buga y Florida, ubicados en el departamento del Valle se decretó el toque de queda. En Florida los manifestantes retuvieron a trabajadores de D. R. F E.
- En el departamento de Risaralda se presentaron disturbios en Pereira y Dosquebradas y el quince (15) de noviembre se incautó una bóveda con 29000 millones de pesos en efectivo.<sup>24</sup>

**E) LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RELACIONÓ LAS ACCIONES TOMADAS FRENTE AL CASO DE DMG HOLDING Y OTRAS CAPTADORES MASIVAS, LO GENERALIZADO DEL FENÓMENO PUES RECIBIÓ RECLAMACIONES DE MÁS DE 600,000 INVERSIONISTAS, Y DESTACÓ LAS VENTAJAS DE LAS MEDIDAS QUE SE TOMAN A TRAVÉS DEL DECRETO 4334 DE 2008.**

“Narra luego algunas actuaciones adelantadas respecto de la Sociedad DMG GRUPO HOLDING S. A., entre las que destaca:

- El dos (2) de abril de 2008 ordenó una toma de información dirigida a establecer la situación jurídica, económica, contable y administrativa de la empresa.
- Como consecuencia de la toma de información se detectaron en la sociedad visitada serias irregularidades de orden jurídico, económico, contable y administrativo, razón por la cual fueron impartidas órdenes a la empresa para que fueran subsanadas. Debido a que las órdenes no fueron atendidas le fueron impuestas multas a la Sociedad, mediante Resolución 341-003336 de doce (12) de septiembre de 2008.
- De las actuaciones anteriores se dio traslado a la Superintendencia Financiera y a la Fiscalía General de la Nación para que investigaran la presunta conducta irregular detectada relacionada con la captación masiva de dinero del público mediante el mecanismo de tarjetas prepago.
- Con base en los informes de visitas y actas de toma de información se decidió someter a la sociedad a control, en los términos del artículo 85 de la Ley 222 de 1995. Igualmente se decidió abrir una investigación administrativa formal a la sociedad, a los administradores y a los revisores fiscales. En el curso de esta investigación se expidió la Resolución 341-004255 de dieciséis (16) de octubre de 2008, mediante la cual se confirman los cargos formulados a la sociedad, sus administradores y revisores fiscales. En este acto administrativo se hace alusión a que la empresa recibe cuantiosos recursos del público, los cuales son manejados en efectivo, que la sociedad investigada no lleva contabilidad regular y que es renuente a la entrega de información relacionada con su gestión y administración.
- Señala que como consecuencia de la investigación adelantada se impuso una multa de 200 salarios mínimo legales mensuales (máxima sanción posible) a la sociedad, sus administradores y revisores fiscales.

<sup>24</sup> *Ibidem.*

Indica que también se adelantaron investigaciones respecto de otras sociedades, entre las que menciona NEW WORKING COLOMBIA LTDA (con sede en Bogotá), CONMUVIDA INTERNACIONAL S.A. (con sede en Medellín), MEGARED INTERNACIONAL LTDA (con sede en Neiva), NEW WORKING LTDA (con sede en Puerto Asís Putumayo).

Reitera que sólo en virtud de la expedición del Decreto 4334 de 2008 le fueron otorgadas a la Superintendencia de Sociedades competencias para intervenir las sociedades comerciales que desarrollaron actividades de captación no autorizada de recursos del público e incluye un listado final de las personas naturales y jurídicas intervenidas de conformidad con los Decretos 4334 y 4705 de 2008. Según dicho listado hasta el dieciséis (16) de enero de 2009, se han intervenido con la medida de toma de posesión 56 personas jurídicas y 82 personas naturales que desarrollaban actividades de captación de recursos del público no autorizadas, se habían presentado 621.765 reclamaciones por un valor de \$708.271.103.030 pesos. Igualmente indica que se habían adoptado medidas diferentes a la toma de posesión respecto de 40 personas jurídicas y 25 personas naturales que desarrollaban actividades de captación de recursos del público no autorizadas. En un listado anexo informa los municipios y departamentos en los cuales funcionaban los captadores no autorizados intervenidos, de dicho listado se desprende que operaban en más de ciento veinte municipios distribuidos en diecinueve departamentos (Antioquia, Atlántico, Boyacá, Caldas, Caquetá, Cauca, César, Córdoba, Cundinamarca, Chocó, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Quindío, Tolima, Valle del Cauca, Putumayo) aunque la mayoría se concentra en los departamentos del sur del país (Cauca, Huila, Nariño y Putumayo)."

- F) *EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO TAMBIÉN DESCRIBE EL FENÓMENO EN TÉRMINOS DE MUCHOS CAPTADORES QUE OPERAN EN MÚLTIPLES DEPARTAMENTOS, DISTURBIOS, AFECTACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO Y HASTA UN ASESINATO.*

"Cuenta que al momento de la declaratoria del estado de emergencia social operaban 200 captadores o recaudadores no autorizados en 12 departamentos (Antioquia, Boyacá, Caldas, Cauca, Cundinamarca, Huila, Meta, Nariño, Quindío, Tolima, Valle del Cauca, Putumayo) y en el Distrito Capital, pero que los departamentos más afectados eran los del sur del país (Cauca, Huila, Nariño y Putumayo). Destaca que en los primeros días del mes de noviembre de 2008 se presentaron serios desórdenes públicos que obligaron a que se decretara el toque de queda en los municipios de Villagarzón y Mocoa, en Putumayo; Pasto y Tumaco, en Nariño; Florida, Buga y Caicedonia en el Valle; Santander de Quilichao y Popayán en Cauca; así como marchas, protestas, disturbios y asonadas en Santander de Quilichao, Pasto, Tuluá, Caicedonia, Buga y Sibundoy. Añade que también se presentaron disturbios en Neiva, Armenia, Ibagué, Pereira, Cúcuta, Tangua, Túquerres y Ricaurte, y que incluso el personero municipal de Buesaco (Nariño) fue asesinado mientras desarrollaba un operativo de arqueo y sellamiento de la firma D.R.F.E."<sup>25</sup>

- G) *LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DESCRIBE EN FENÓMENO COMO GENERALIZADO EN TÉRMINO DE MILES INVERSIONISTAS, SEGÚN ACTIVIDADES DE LAS CAPTADORAS BRITANICA, DMG HOLDING Y SUPERSERVI, Y EXPLICA LAS ACCIONES QUE TOMÓ ANTES DE LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO 4333 DE 2008.*

"Explica que durante el año 2005 se adelantaron veinticinco (25) investigaciones administrativas dirigidas a establecer actividades de captación no autorizada, de las cuales 24 fueron archivadas al no

<sup>25</sup> Ibidem.

comprobarse operaciones de esta índole, mientras una –adelantada contra BRITÁNICA INTERNACIONAL DE INVERSIONES- culminó con la expedición de un acto administrativo mediante el cual se ordena la disolución y liquidación de la empresa investigada, la suspensión inmediata de las operaciones financieras ilegales y la devolución de los dineros recibidos en desarrollo de tales actividades. En el año 2006 se iniciaron seis (6) investigaciones administrativas todas las cuales fueron archivadas al no comprobarse operaciones de captación no autorizada. En el año 2007 se iniciaron once (11) de las cuales dos –adelantadas contra SOCIEDAD GRUPO DMG S.A. y contra la CORPORACIÓN SUPERSERVI- finalizaron con la adopción de medidas contra las empresas investigadas, consistentes en ordenar la suspensión inmediata de la captación masiva y habitual de dineros y la devolución inmediata de los recursos captados. En el año 2008 antes de la declaratoria de la emergencia social se habían iniciado catorce investigaciones administrativas por la misma causa, de las cuales había concluido una –contra el GRUPO NET WORK INVERSIONES- con la orden de suspender inmediatamente las actividades de captación masiva, mientras que las restantes no habían concluido cuando se expidió el Decreto 4333 de 2008. Añade que de aquellas investigaciones culminadas con medidas sancionadoras se corrió traslado a la Fiscalía General de la Nación para que diera inicio a las actuaciones correspondientes<sup>26</sup>.

H) *LA FISCALÍA GENERAL REVELA QUE ADELANTA INVESTIGACIONES SOBRE 720 CAPTADORES QUE IMPLICAN 338,000 PERSONAS AFECTADAS DE LAS CUALES 14 MIL SON DE ESCASOS RECURSOS.*

“9. La Fiscalía General de la Nación envió por medio magnético la información relacionada con las investigaciones penales adelantadas contra personas naturales y jurídicas que sin contar con autorización estatal desarrollaban actividades de captación masiva y habitual de recursos del público. Los datos enviados no fueron discriminados por fechas (antes y después de la declaratoria del estado de emergencia social) sino que fueron presentados globalmente. Según esta información hasta el día cinco (05) de diciembre de 2008 se habrían iniciado 720 investigaciones en todo el país por el delito de captación masiva y habitual de dineros, el total de los recursos captados ilegalmente ascendía la suma \$322.894 millones de pesos, el número de personas afectadas era de trescientas treinta y ocho mil quinientas cuatro (338.504) de las cuales catorce mil ciento noventa y cinco (14195) eran de escasos recursos<sup>27</sup>.”

I) *LA CORTE CONSTITUCIONAL TAMBIÉN VALORÓ EL FENÓMENO EN TÉRMINOS DE MUCHOS CAPTADORES Y MAS DE 400.000 AFECTADOS, CARENCIA DE GARANTÍAS Y AUSENCIA DE NEGOCIOS LÍCITOS PARA SOPORTAR LOS RENDIMIENTOS OFRECIDOS.*

“En primer lugar se analizará si la valoración contenida en el Decreto 4333 de 2008 en el sentido que las operaciones de captación masiva y habitual que motivaron la declaratoria del estado de emergencia social suponen una grave perturbación del orden social resulta manifiestamente errada o arbitraria y; en segundo lugar, si la valoración que las actividades de captación masiva y habitual han afectado a muchas personas razón por la cual implicaban una inminente alteración del orden social y del orden público resulta manifiestamente errada o arbitraria.

Sobre el primer extremo cabe señalar que la valoración presidencial sobre la gravedad de la perturbación del orden social no resulta errada por las dimensiones que el fenómeno había alcanzado. En efecto, aunque la Fiscalía y la Superintendencia de sociedades presentan datos discordantes sobre el monto de los recursos captados, éstos en todo caso eran superiores

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibidem.

a 300.000 millones de pesos, cifra que por sí sola refleja la gravedad alcanzada por la situación. Igualmente el número de personas involucradas, más de 400.000 depositantes, también permite calificar la situación como grave. En otras palabras la sola dimensión cuantitativa del fenómeno de la captación ilegal permite apreciar su gravedad.

Adicionalmente según la valoración presidencial la situación era grave porque los recursos captados del público *estaban en riesgo*, estimación que tampoco resulta errada o arbitraria, pues se trataba de una suposición fundamentada en distintas apreciaciones consignadas en la parte motiva del decreto: (i) los recursos depositados en los esquemas de captación ilegal carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado, (ii) no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente los beneficios o rendimientos ofrecidos a los depositantes.<sup>28</sup>

#### 4.1.4. LA CONCORDANCIA DEL DECRETO 4334 DE 2008 CON EL DECRETO DE EMERGENCIA ECONÓMICA

##### A) EN CONCORDANCIA CON LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY ESTATUTARIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, LAS MEDIDAS QUE SE ADOPTEN DEBEN TENER RELACIÓN DIRECTA Y ESPECÍFICA CON LOS HECHOS QUE GENERARON EL ESTADO DE EMERGENCIA.

“Recuérdese, al respecto, que el artículo 215 en sus incisos tercero y cuarto señala que los decretos deben estar destinados *“exclusivamente”* a superar la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos y deberán referirse a materias que tengan *“relación directa y específica”* con el estado de emergencia, lo cual refleja la intención del constituyente de perfilar ese instrumento para que sea utilizado ante reales fenómenos sobrevinientes y determinantes de la emergencia económica, social y ecológica.

En efecto, acepciones tales como *“exclusivamente”*, apuntan a que los decretos de desarrollo del estado de emergencia no puedan tener otra finalidad que la mencionada, de conjurar la crisis que dio lugar a su declaración y evitar la propagación de sus consecuencias; la exigencia de una *“relación directa”*, excluye la simple relación incidental, indirecta, tangencial entre los hechos causantes del estado de excepción y la materia que regulan; tal relación además debe ser *“específica”*, es decir, de la misma clase, de igual naturaleza, de idéntica especie.

(...)

En este sentido, los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley 137 de 1994 disponen que cuando un derecho o libertad fundamental deba restringirse, o su ejercicio reglamentado mediante un decreto legislativo, no podrá afectarse su núcleo esencial y, en todo caso, el respectivo decreto deberá señalar los motivos por los cuales se impone cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales, de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias.

Dichos decretos además *“deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción”* (art. 11 *ibidem*); así mismo, las medidas expedidas durante los estados de excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar (art. 13 *ibidem*).<sup>29</sup>

##### B) LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ COINCIDENCIA CAUSAL, TEMÁTICA Y TELEOLÓGICA ENTRE LOS HECHOS DEL DECRETO 4334 DE 2008 Y 4333 DE 2008.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Corte Constitucional. Revisión automática del decreto 4334 de 2008. Sentencia C-149/09.

“Como puede apreciarse, existe coincidencia causal, temática y teleológica entre los hechos que invoca el Gobierno en el Decreto 4334 de 2008 bajo revisión y los que aparecen consignados en las consideraciones del Decreto 4333 del mismo año, que declaró el estado de emergencia social, pues ambos se refieren al advenimiento de modalidades de captación o recaudo masivo no autorizado de dineros del público, que por estar ocasionando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público, demandan la intervención inmediata del Gobierno.”<sup>30</sup>

**C) LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE TODA ACTUACIÓN POR FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DELIMITADO PARA LAS FACULTADES CONCEDIDAS SE TORNA EN ARBITRARIEDAD. ESTA LIMITACIÓN PERMEA TODAS LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO 4334 DE 2008.**

“De esa manera, la norma bajo análisis delimita el ámbito de aplicación del régimen de intervención regulado en el Decreto 4334 de 2008, dotando al mencionado organismo de las más extensas atribuciones, lo cual se justifica constitucionalmente si se tiene presente que lo que busca el Gobierno es encarar una situación excepcional originada por la captación masiva y habitual de dineros del público, sin la debida autorización legal, como garantía de que esos acontecimientos no se repetirán y de ahí que sea indispensable que tales facultades no sean ejercidas arbitrariamente para fines distintos a los mencionados en dicha preceptiva.

Esa medida tiene además relación con las causas que generaron la declaratoria de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2008 y con el propósito fundamental del Decreto 4334 del mismo año en revisión de adoptar urgentes medidas con fuerza de ley para intervenir de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas en la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización estatal y las de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante.”<sup>31</sup>

#### **4.2. VIA DE HECHO #1: LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES INTERVIENE SIN VALIDACIÓN PREVIA DE LOS SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN.**

Sea lo primero indicar que a pesar de que la resolución que determina existencia de ‘captación masiva y habitual’, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA no solicitó a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, que interviniera, sino que actuara según sus competencias. De nuevo se transcribe el texto de dicha disposición es el siguiente.

Res. 1173/15. (...) RESUELVE. (...) “ARTÍCULO CUARTO. ORDENAR la remisión de esta actuación administrativa a la Superintendencia de Sociedades para que, dentro del ámbito de la competencia que le confiere el Decreto 4334 de 2008, adopte además de las medidas ordenadas en esta Resolución, cualquiera de las señaladas en ese mismo Decreto.”

Ahora bien, la vigencia del Decreto 4334/08 es incidental, pues la Corte Constitucional determinó que su aplicación sólo se yergue constitucional, cuando se aplica a circunstancias de hecho similares a las que desencadenaron el fenómeno de captación masiva y habitual que motivó la declaratoria de la emergencia económica.

Luego, en ausencia de solicitud de intervención clara y expresa, sino un mandato de que actuara según sus competencias en el decreto 4334/08, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES debió en efecto surtir el requerimiento legal necesario para echar

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem.

mano de dichas competencias, de acuerdo con los textos del decreto y su respectiva jurisprudencia constitucional, que siguen:

**“ARTÍCULO 4o. COMPETENCIA.** La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera será la autoridad administrativa competente, de manera privativa, para adelantar la intervención administrativa a que alude este decreto”.

Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-145-09, *'en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público'*.

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

La Expresión *'a juicio de la Superintendencia de Sociedades'* fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE *'en el entendido de que la determinación de intervenir debe ser sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso, según lo especificado en el numeral 5 de la parte motiva de esta providencia'; y las expresiones "tales como" e "y otras operaciones semejantes" CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES, 'en cuanto tengan relación directa y específica con actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público' por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-145-09"*

El siguiente es el listado de condicionantes de exequibilidad del Decreto 4334/08 según el pronunciamiento Constitucional<sup>32</sup>:

**“Primero.** Declarar **INEXEQUIBLE** el literal-h) del artículo 7° del Decreto 4334 de 2008.

**Segundo.** Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “o indirectamente”, contenida en el artículo 5° del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales.

**Tercero.** Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “a juicio de la Superintendencia de Sociedades”, contenida en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la determinación de intervenir debe ser sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso, según lo especificado en el numeral 5 de la parte motiva de esta providencia.

**Cuarto.** Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones “tales como” e “y otras operaciones semejantes”, contenidas en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en cuanto tengan relación directa y específica con actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

**Quinto.** Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “ordenar”, contenida en el parágrafo 3° del artículo 7° del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que las actuaciones allí indicadas las realizarán las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, por conducto del correspondiente alcalde municipal o distrital.

<sup>32</sup> Sentencia C-145/09.

**Sexto.** Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 15 del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la presunción que allí se consagra es de índole legal.

**Séptimo.** Declarar **EXEQUIBLES** todas las demás disposiciones del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

**Octavo.** **EXHORTAR** al Congreso de la República a atender lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política, en el ámbito de sus funciones.”

Según el pronunciamiento jurisprudencia, la intervención procede ante<sup>33</sup>:

- 1) Hechos notorios que no requieren prueba según el art.177 CPC.
- 2) No se requiere demostrar la modalidad de las actividades de captación masiva: Tarjetas prepago, pirámides, ventas de servicio, otras
- 3) Pero estas, deberán ser real y objetivamente públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas.
- 4) La Superintendencia también puede intervenir con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.

Este incumplimiento de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, del deber Constitucional de validar los hechos del caso concreto frente a los hechos que generaron el Estado de Emergencia Económica y Social del decreto 4333/98, impidieron que la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES verificara que en efecto, los hechos del caso concreto, abiertamente se distinguen de los hechos que el Ejecutivo identificó como desencadenantes de la emergencia económica del decreto 4333 de 2008, según lo demuestra el Cuadro 1 de análisis que sigue, en el que se contrastan los hechos señalados por el Ejecutivo en los considerandos del decreto 4333 de 2008 para decretar el Estado de Emergencia Económica, versus los hechos del caso concreto recogidos en la Resolución 1173/15 de la SUPERFINANCIERA.

**Cuadro 1. Hechos del Caso Concreto versus Hechos de la Emergencia Económica del Decreto 4333 de 2008.**

<b>HECHOS DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA</b>	<b>SE CUMPLE (SI/NO)</b>  <b>CONCORDANCIA CON LOS HECHOS DEL CASO CONCRETO DEMOSTRADOS EN VÍA GUBERNATIVA)</b>
--	--

<sup>33</sup> “5. El artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, dispone que la intervención procede ante “hechos objetivos o notorios” (art. 6°) que “a juicio de la Superintendencia de Sociedades” indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante las modalidades de captación o recaudo en operaciones no autorizadas, “tales como pirámides, tarjetas prepago, ventas de servicios y otras operaciones semejantes, a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable”.

Hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo<sup>33</sup>; así mismo, según el artículo 177 del C. P. C., los hechos notorios no requieren prueba.

Lo anterior significa que cuando la Superintendencia de Sociedades decide intervenir a personas naturales o jurídicas que captan recursos sin autorización estatal, puede actuar sin tener que demostrar previamente la existencia de cualquiera de las modalidades que asume dicha actividad, las cuales real y objetivamente han de ser públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas, lo que no excluye la posibilidad de que esa Superintendencia también intervenga con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.” Corte Constitucional. Sentencia C-149/09 (Subrayas extratexto).

<b>(Considerandos del Decreto 4333 de 2008)</b>	
i) CAPTACIÓN MASIVA SIN AUTORIZACIÓN	<p><b>NO.</b> La sociedad MINERGÉTICOS recibió dinero de 14 personas y de una sociedad CAPITAL FACTOR especializada en diseñar soluciones financieras, con lo que se conforma un grupo de 15 fuentes distintas de recursos.</p> <p><b>Circunstancia asaz distinta</b> a los hechos que generaron el decreto 4333/08, que se referían a miles de afectados, más no de inversionistas, lo que conformó un fenómeno que alcanzó la connotación de hecho notorio.</p>
ii) SISTEMAS SOFISTICADOS QUE DIFICULTAN LA ACCIÓN DEL ESTADO	<p><b>NO.</b> Los recursos se captaron por la vía de contratos de mutuo, debidamente registrados en la contabilidad de MINERGÉTICOS.</p> <p><b>Circunstancia distinta</b> al diseño de sistemas sofisticados que ofrecían tarjetas prepago y devoluciones en efectivo con rendimientos desproporcionados.</p>
iii) FALSAS EXPECTATIVAS A INVERSIONISTAS	<p><b>NO.</b> Todos los inversionistas conocían la situación de iliquidez temporal de MINERGÉTICOS, y la fortaleza de sus títulos mineros, de tal forma, que la decisión de asumir el riesgo industrial minero fue una decisión comercial razonada y nada extraordinaria. Para el caso de los recursos provenientes de CAPITAL FACTOR, se pactaron garantías en títulos valores y fiducias de operación.</p> <p><b>Circunstancias distintas</b> a los hechos que generaron el decreto 4333/08, que se referían a miles de afectados, cuya opción única de recuperación de su inversión y rendimientos, se basaba en meras expectativas.</p>
iv) INEXPLICABLES BENEFICIOS ECONÓMICOS	<p><b>NO.</b> Todos los inversionistas conocían de antemano el porcentaje de interés que MINERGÉTICOS reconocería sobre el capital aportado, y conocían a la vez que tales beneficios provendrían EXCLUSIVA y ÚNICAMENTE de la actividad minera.</p> <p><b>Circunstancias distintas</b> a los hechos que generaron el decreto 4333/08, que se referían a beneficios de entre el 70% y el 300%.</p>
v) AUSENCIA DE GARANTÍAS Y SEGURIDADES LEGALES	<p><b>NO.</b> Todos los créditos estaban asegurados mediante contratos de mutuo, títulos valores, y en el caso de los recursos provenientes de CAPITAL FACTOR, por un encargo fiduciario adicional en el que MINERGÉTICOS depositaría el producido de su actividad operativa, más un paquete de acciones, de su accionista principal.</p> <p><b>Circunstancias distintas</b> a los hechos que generaron el decreto 4333/08, que se referían a entrega de dinero a las captadoras sin mediar garantía alguna.</p>
vi) NIVELES DE RIESGO POR FUERA DE TODA RAZONABILIDAD FINANCIERA	<p><b>NO.</b> Todos los inversionistas conocían de antemano el porcentaje de interés que MINERGÉTICOS reconocería sobre el capital aportado, y dicho porcentaje (18% EA) resultaba razonable dentro del ambiente legal de negocios en Colombia.</p> <p><b>Circunstancias distintas</b> a los hechos que generaron el decreto 4333/08, que se referían a expectativas de rendimientos en el rango de 70% a 300%.</p>

<p>vii) OPERACIONES SIN AUTORIZACIÓN</p>	<p><b>NO.</b> Las operaciones de captación de MINERGÉTICOS no traspasan el umbral de legalidad en Colombia, determinado por el tipo penal de captación masiva y habitual (Decreto 1891 de 1988), por tanto tienen autorización legal y ésta proviene del principio de permisión<sup>34</sup>. <b>Circunstancias distintas</b> a los hechos que generaron el decreto 4333/08, que se referían a captación de un número de afectados que se cuenta por miles respecto de cada captador.</p>
<p>viii) AFECTADOS QUEDAN EN PRECARIAS CONDICIONES ECONÓMICAS COMPROMETIENDO SUBSISTENCIA FAMILIAR Y GENERANDO EVENTUAL CRISIS SOCIAL</p>	<p><b>NO.</b> Los hechos demuestran que los inversionistas que contrataron mutuos con MINERGÉTICOS, no comprometieron su subsistencia familiar, ni amenazaron o han amenazado con generar una crisis social. De hecho, en el caso de CAPITAL FACTOR, se indica que esta sociedad captó recursos de inversionistas que disponían de <u>excesos de liquidez</u>. <b>Circunstancias distintas</b> a los hechos que generaron el decreto 4333/08, que se referían a personas que atraídos por los altos beneficios ofrecidos, comprometieron sus recursos de subsistencia familiar.</p>
<p>ix) POTENCIAL PERTURBACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.</p>	<p><b>NO.</b> Los hechos no dan cuenta de que en razón a que los inversionistas de MINERGÉTICOS comprometieron su subsistencia familiar, surge un riesgo cierto de perturbación del orden público. <b>Circunstancias distintas</b> a los hechos que generaron el decreto 4333/08, que se referían a personas que en realidad comprometieron sus recursos de subsistencia familiar, y que al ver frustradas sus expectativas, exteriorizaron su descontento mediante manifestaciones que perturbaron el orden público.</p>

El cuadro anterior demuestra de forma exhaustiva, que los hechos del caso concreto y los hechos generadores de la emergencia económica del decreto 4333 de 2008, no pueden considerarse equivalentes.

El cuadro anterior puede matizarse con la crudeza de los hechos generadores de la Emergencia Económica, que a voces de Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, Superintendencia de Sociedades, Ministerio del Interior y Justicia, Superintendencia Financiera, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Fiscalía General de la Nación, se aportaron a la Corte Constitucional para apoyar el decreto de estado de excepción {Ver Secciones 2.3.3. y 23.4. de este documento}:

- Esquemas piramidales de captación,
- Afectados, y no inversionistas, contados por millares
- regiones pobres del país,
- problema generalizado en varias regiones,
- rendimientos del 70% y hasta del 300%,
- perturbación del orden público y hasta un asesinato en las revueltas.

El Cuadro-1 y la relación que a esta línea precede, permite concluir pacíficamente que los hechos del caso concreto, de ninguna manera son equiparables, alineables u

<sup>34</sup> “Lo que no está expresamente prohibido está permitido”

*homologables con los presupuestos de hecho que generaron la emergencia económica del decreto 4333 de 2008.*

El Cuadro 1 también permite concluir pacíficamente que **los hechos del caso concreto:**

- 1) NO constituyen hechos notorios,
- 2) NO se requiere demostrar la modalidad, pues la contabilidad de MINERGÉTICOS los registra como operaciones comerciales de mutuo.
- 3) NO se espera razonablemente que ocurran desórdenes, perturbación social, económica, bloqueos de vías, parálisis del comercio; etc, por cuenta de que MINERGÉTICOS no ha realizado a la fecha los pagos comprometidos.
- 4) De ninguna manera las operaciones de MINERGÉTICOS, se asemejan en algo a las operaciones muy famosas en el entorno nacional de las pirámides DMG y D.F.R.E. que generaron la emergencia económica del decreto 4333 de 2008.

Y esta conclusión indisputable tiene claras consecuencias jurídicas en el caso concreto, porque según las voces antes citadas de la Corte Constitucional:

- 1) Existe coincidencia causal, temática y teleológica entre los hechos que invoca el Gobierno en el Decreto 4334 de 2008 y los que aparecen consignados en las consideraciones del Decreto 4333 del mismo año.
- 2) Por exigencia del art.215 CN, las medidas que se toman en los decretos de la emergencia económica, se deben alinear con los hechos cuyos efectos indeseables se quieren superar, y por ello aquellas tienen una “*relación directa y específica*” con los hechos generadores del estado de emergencia, y por “*específica*”, se debe entender, de la misma clase, de igual naturaleza, de idéntica especie, y en proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.

Luego, si las medidas de excepción fueron diseñadas para atacar hechos con un quantum mayor de afectación que los del caso concreto, la aplicación ciega de la misma fórmula, rompe la obligación de proporcionalidad, por lo que a voces de la Corte Constitucional, esta decisión se tornaría en aplicación arbitraria, y para fines distintos a los mencionados en la preceptiva exclusivamente aprobada para enfrentar los hechos generadores de la emergencia económica.

En consecuencia, de conformidad con el ejercicio de finalidad, necesidad y proporcionalidad que exige el art.9 y ss de la ley Estatutaria de los Estados de Excepción, las disposiciones del decreto 4334 de 2008, expedido por cuenta de las competencias concedidas en el decreto 4333 de 2008, no le resultan proporcionalmente aplicables<sup>35</sup> a los hechos del caso MINERGÉTICOS.

De hecho, las operaciones de MINERGÉTICOS con los 14 inversionistas que decidieron invertir sus sobrantes de efectivo en una empresa del sector minero, con objeto social específico y títulos mineros adquiridos de la autoridad minera, son propias del tráfico mercantil corriente.

Del mismo modo, lo es la operación de mutuo de MINERGÉTICOS con la Sociedad CAPITAL FACTOR, persona jurídica especializada en estructurar soluciones financieras, contrato que incluyó la previsión de pago mediante los flujos operativos de MINERGÉTICOS que se recogerían en un contrato de fiducia. La SUPERFINANCIERA

<sup>35</sup> “Ley 137/94. ARTÍCULO 9o. USO DE LAS FACULTADES. Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley. (Subrayas extratexto).

leyó esta disposición, en el considerando 11 del Contrato denominado: ACUERDO ECONÓMICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CRÉDITO ENTRE CAPITAL FACTOR SAS Y MINERALES Y ENERGÉTICOS INDUSTRIALES SA”, la presentó en su cuadro de análisis de la página 17 de su Resolución 1173/15, pero increíblemente, olvidó asociarla con la condición excluyente de la definición de “Pasivo para con el público”, del Ordinal 1 del tipo penal de captación masiva y habitual.

En su conjunto, tales operaciones:

- i) no alcanzan el umbral de hechos notorios (“**real y objetivamente han de ser públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas**”)<sup>36</sup>,
- ii) como tampoco el umbral de tipicidad (“**con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.**”)<sup>37</sup>

Este hallazgo implica la absoluta nulidad de todo lo actuado, por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

#### **4.3. VÍA DE HECHO #2: LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES NO OBSERVÓ LA EXISTENCIA DE UNA PRESUNTA MODIFICACIÓN FALAZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA SOBRE EL ART. 2177 DEL CÓDIGO CIVIL**

Por cuenta de que **OMITIÓ** su deber Constitucional de verificar los hechos del caso concreto versus los requisitos que le dan competencia del decreto 4334/08, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES no advirtió que el ejercicio de tipicidad sobre el tipo de ‘captación masiva y habitual’, practicado por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA en su resolución 1173/15, estaba precariamente montado sobre los siguientes supuestos:

- 1) MINERGÉTICOS había captado recursos por la vía directa, de:
  - i) 13 contratos con personas naturales, en su mayoría accionistas de MINERGÉTICOS, y sus familiares o allegados, más,
  - ii) Una (1) persona jurídica accionista (ENFETER),
  - iii) Una (1) persona jurídica, no accionista: CAPITAL FACTOR, que
  - iv) Había obtenido recursos de (26) mandantes sin representación.
- 2) Desconocimiento el contenido legal del contrato de mandato sin representación, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, realizó una suma simple de:
  - i) Los 13 contratos con personas naturales,
  - ii) La persona jurídica accionista,
  - iii) Los 26 mandantes sin representación de la sociedad CAPITAL FACTOR,
  - iv) Con lo cual completó 40 operaciones de captación.
- 3) La SUPERINTENDENCIA FINANCIERA luego determinó que 40 operaciones de captación ya superaban el máximo de 20 que establecía la descripción del tipo, con lo cual también desconoció que:

<sup>36</sup> Ibidem

<sup>37</sup> Ibidem

- i) El tipo de 'captación masiva y habitual' no prescribe un máximo de 20 operaciones de captación, sino un máximo de 20 operaciones más sofisticadas que denomina 'pasivo con el público'.
  - ii) Y que este 'pasivo con el público', corresponde a operaciones en las que no se prevé el pago con los bienes y servicios de la sociedad receptora.
  - iii) Y que el contrato suscrito entre CAPITAL FACTOR y sus MANDANTES SIN REPRESENTACIÓN contempla un encargo de pago, con el producido de la explotación minera de MINERGÉTICOS, y con sus acciones.
- 4) Que en su suma de operaciones de captación, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA pasó por alto que, los 26 contratos de mandato sin representación suscritos por CAPITAL FACTOR, ya excedían el máximo de 20 captaciones simples que la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA entendía como requisito de la 'captación masiva y habitual', y que en dicha lógica, el supuesto delito había sido consumado en su integralidad por dicha sociedad, tiempo antes de que hiciera la entrega de los recursos a MINERGÉTICOS. En este escenario, la sociedad MINERGÉTICOS es una 'VÍCTIMA' de un delito que ya había sido cometido de manera idónea, y por tanto, MINERGÉTICOS no podía ser convocado al mismo como AUTOR, PARTÍCIPE o CÓMPLICE.
- 5) En su Resolución 0171/16, mediante la que responde al recurso de reposición interpuesto por MINERGÉTICOS, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA ratifica que MINERGÉTICOS generó un **nexo jurídico** directo con los MANDANTES de CAPITAL FACTOR, **desde el momento mismo en que supo de la existencia de tales mandantes**; con ello, **se aparta** del tenor del art.2177 C.C. que habla de la necesidad de un contrato en el que concurriendo expresamente la voluntad de los MANDANTES, el MANDATARIO y el TERCERO, reconozcan una nueva situación jurídica que vincula al TERCERO directamente con los MANDANTES. Este argumento se soporta con una 'versión propia' de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, que corresponde a una limpia y clara "**modificación material e ideológica**" de la jurisprudencia consolidada y de vieja data de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- 6) Esta presunta falsedad de la jurisprudencia, sirve de apoyo a las decisiones que se tomaron en las resoluciones 0171/16 y 1173/15, con lo cual ambas resoluciones quedan viciadas de falsedad ideológica. También, la presunta falsedad ideológica de las resoluciones 0171/16 y 1173/15, sirvió de colofón y sustento dialéctico para las resoluciones 2016-01-352820 y 2016-01-454299 expedidas por el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control, de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, las cuales quedan también, en consecuencia, viciadas de nulidad.

#### **4.4. LA PRESUNTA "FALSEDAD IDEOLÓGICA" EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL, SOBRE EL "MANDATO SIN REPRESENTACIÓN" EN LAS RESOLUCIONES 1173/5 Y 0171/16 DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**

El Cuadro No.2 muestra la comparación *vis a vis* entre los textos de la **jurisprudencia original** de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), y el texto de la **jurisprudencia adulterada** de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA (SF).

#### **Cuadro No.2. SUBREGLA QUE LA SUPERFINANCIERA SINTETIZÓ A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

SUBREGLA ORIGINAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (CSJ)		SUBREGLA "SINTÉTICA" ELABORADA POR LA SUPERFINANCIERA (SF)	
#	Función Semántica	Texto jurisprudencial, CSJ	Función Semántica
1			Colofón
2	Condición de precedencia, CSJ	. . . lo que en otros términos significa que los efectos de algo que empezó siendo un mandato no representativo <u>son reemplazados</u> por los de uno ordinario, eventualidad está en que aquél negocio, celebrado en desarrollo del encargo, deja de producir sus efectos entre el mandatario y los terceros contratantes, pues los producirá directos entre estos y el mandante	<b>DISTINTA</b> Condición de precedencia
3	Complemento 1 de la condición de precedencia, CSJ:	a partir del momento en que el último, dentro del marco del <u>mentado pacto y concurriendo desde luego el consentimiento de todos los interesados,</u>	Se <b>EXCLUYE</b> ex professo la necesidad del pacto o contrato que registre el consentimiento de las partes!
4	Complemento 2 de la condición de precedencia, CSJ:  Pacto y Consentimiento de todos los interesados	<u>Declare</u>	<b>DISTINTO.</b> Complemento de la condición de precedencia:  El mero reconocimiento del mandante
5	Consecuencia, CSJ:  Declaración dentro del pacto o Contrato	[, que el negocio celebrado para él en verdad le pertenece y que toma para sí sus consecuencias.] . . . .	Consecuencia <b>ÚTIL:</b> "Presunción legal" que <b>PRESCINDE</b> del pacto o contrato,
6	Consecuencia, CSJ	desligando retroactivamente de todo compromiso al mandatario."	Consecuencia que aporta efectos ex tunc al efecto útil que persiguió la jurisprudencia de la SF:  El Mandatario es excluido y el nexo de la presunción legal se <u>traba directo</u> entre El Tercero y los Mandantes, con efecto retroactivo.

Sea lo primero, presentar los siguientes elementos previos del análisis:

- 1) El Cuadro No.2 enseña 5 columnas:
  - i) La primera, un consecutivo identificador de las filas de análisis;
  - ii) La segunda y cuarta, un indicador de la función sintáctica del texto jurisprudencial de la CSJ, y su interpretación por la SUPERFINANCIERA, respectivamente
  - iii) La tercera y quinta, el texto jurisprudencial de la CSJ, y su interpretación por la SUPERFINANCIERA.
- 2) La SUPERFINANCIERA actúa invocando la competencia del decreto 4334/08, el cual determina medidas de intervención bajo estados de excepción.
- 3) La actuación de la SUPERFINANCIERA corre por cuenta de profesionales del derecho, que *per se*, conocen los efectos de interpretar jurisprudencias autorizadas; y los riesgos asociados a **“alterar”** su original y consolidado contenido semántico<sup>38</sup>, o “derecho viviente”, en tanto, que tal modificación construye realidades jurídicas distintas, que pueden vulnerar derechos.
- 4) La integridad de los textos de la jurisprudencia, como su sentido o “derecho viviente” tiene la protección Constitucional, por parte del precedente Constitucional, y del derecho penal, en su definición de “documento” del art. 294 del Código Penal.

Sobre el contenido comparativo del Cuadro No.2 se analiza a continuación y Línea por Línea, la **“modificación ideológica”** que hace la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Entre paréntesis y a continuación de cada título de Línea se identifica el cambio instrumentado por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

• **LINEA #1 (FRASE INTRODUCTORIA)**

Esta línea muestra (Columna #4)“ la frase colofón que usa la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA para presentar su interpretación judicial de la jurisprudencia:

***“En los extractos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia traídos a colación por el apoderado de MINERGÉTICOS S.A., también se expone”***

La SUPERINTENDENCIA FINANCIERA utiliza el verbo “EXPONER”, con lo cual, refleja que no hace una cita textual, sino que emprende **una interpretación propia de la jurisprudencia.**

• **LINEA #2 (CAMBIO DEL VERBO RECTOR)**

<sup>38</sup> “19.10. El desconocimiento del precedente judicial de las altas cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas; y (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela, contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.” Corte Constitucional. Sentencia C-634/11. (Subrayas extratexto).

La frase que la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA (Columna 4) presenta como condición de precedencia, intenta resumir la frase de la jurisprudencia original (Columna 3) de la CSJ, pero cambia el **VERBO RECTOR**.

La jurisprudencia original establece el verbo “**REEMPLAZAR**”<sup>39</sup>, para indicar que “*los efectos de algo que empezó siendo un mandato no representativo son reemplazados por los de uno ordinario*”, es decir, se da a entender que las partes pueden REEMPLAZAR los efectos económicos y jurídicos del acuerdo inicial por otros.

La interpretación jurisprudencial que hace la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, utiliza el verbo “**TORNAR**”<sup>40</sup> en el sentido de transformarse, o sufrir metamorfosis, o sufrir alguna forma de cambio.

***“que es posible que los efectos económicos indirectos que se producen entre el mandante y los terceros contratantes, cuando media un contrato de mandato sin representación, se tornen en efectos directos entre tales partes” (Subrayas extratexto).***

Este cambio de verbo rector representa una “modificación ideológica” de altísimos quilates!

El verbo REEMPLAZAR que utiliza la jurisprudencia original, hace referencia a que el Contrato de Mandato sin Representación inicialmente suscrito entre las partes, puede ser REEMPLAZADO por otro contrato igualmente suscrito entre las partes. La jurisprudencia indica así, que dicho cambio implica la necesaria existencia de otro Contrato que suscrito entre las partes, recoja sus soberanas manifestaciones de consentimiento voluntario.

En contraste, la interpretación judicial que hace la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, utiliza el verbo “TORNAR”, que en el contexto de la jurisprudencia indica que el Contrato de Mandato sin Representación inicialmente suscrito entre las partes, puede TORNARSE, o CONVERTIRSE EN OTRO, mediante alguna forma de METAMORFOSIS, si se da una determinada condición, que pudiera incluso ser distinta de la necesaria existencia de otro Contrato suscrito entre las partes.

Es decir, esta sección de la jurisprudencia de la SUPERFINANCIERA, es preparatoria para la introducción de una condición adicional, que desencadenará una consecuencia jurídica, a guisa de “**presunción legal**”.

• **LINEA #3 (ELIMINACIÓN DEL COMPLEMENTO)**

La jurisprudencia CSJ indica (Columna 3) la necesidad de suscribir un nuevo contrato o modificar el inicial suscrito entre las partes como condición a partir de la cual el MANDANTE acepte los nuevos efectos en reemplazo de los efectos inicialmente acordados: “*a partir del momento en que el último, dentro del marco del mentado pacto y concurriendo desde luego el consentimiento de todos los interesados.*”

<sup>39</sup> REEMPLAZAR.

1. tr. Sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces.

(..)

Dirección electrónica: <http://dle.rae.es/?id=Vb008Am>

<sup>40</sup> TORNAR.

Del lat. tornāre 'tornear, labrar con el torno'.

1. tr. Devolver algo a quien lo poseía.

2. tr. Volver a poner algo en su lugar habitual.

3. tr. Cambiar la naturaleza o el estado de alguien o algo. U. t. c. prnl.

(...)

Dirección electrónica: <http://dle.rae.es/?id=a5wo9qa>

La interpretación de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA (Columna 4) expresamente OMITE hacer referencia al pacto o contrato suscrito entre las partes, y al necesario consentimiento de todos los interesados. Cabe agregar aquí que la introducción del verbo “**tornar**”, hace innecesario el complemento gramatical para dotar de significado a esta frase complemento.

• **LINEA #4 (CAMBIO DEL SEGUNDO VERBO RECTOR)**

La jurisprudencia CSJ utiliza (Columna 3) el verbo “**DECLARAR**” que se refiere a la acción del MANDANTE que dentro de un pacto suscrito y mediando el consentimiento de todos los interesados, modifique el Contrato Original para producir otro contrato en REEMPLAZO del primero.

En contraste, la interpretación judicial que hace la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA,

- i) cambia el verbo “DECLARAR, el cual no puede desatarse fácilmente del PACTO o CONTRATO al que lo liga el texto jurisprudencial, por el verbo “**RECONOCER**”, el cual puede ya prescindir, y así lo hace, del PACTO o CONTRATO, imperativo en la jurisprudencia auténtica,
- ii) con el cual, y con la obvia exclusión de i) el pacto expreso suscrito; ii) el consentimiento de todos los interesados,
- iii) se establece un nuevo contenido semántico para la jurisprudencia de la CSJ,
- iv) que satisface el objetivo final buscado por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA: **Vincular a los 26 aportantes de CAPITAL FACTOR directamente a MINERGÉTICOS, que ahora suma 40 aportantes directos, cifra que exceden los 20 máximo, del tipo penal de captación masiva y habitual.**

La interpretación jurisprudencial que hace la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, introduce una “**presunción legal**” en el Contrato de Mandato sin representación, que no existe en el Código Civil, ni en el Código de Comercio, ni en las jurisprudencias de las Altas Cortes sobre el Mandato sin Representación, consistente en que si el TERCERO que contrata con el Mandatario, conoce la existencia de MANDANTES, se crea *ipso facto* el vínculo jurídico de las obligaciones entre el TERCERO y los MANDANTES.

Esta “presunción legal” *de facto*, modifica el contenido semántico de la jurisprudencia de la CSJ. En efecto, la presunción elimina para la jurisprudencia propia de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA la exigencia de Contrato o Pacto expreso que registre el consentimiento de todos los interesados; de esta manera, desnaturalizando el mandato sin representación, una operación autorizada de captación (Art.2171 CC) y colocación de recursos a interés, termina convertida en una “operación no autorizada”, proclive a la intervención del decreto 4334/08.

• **LINEA #5 (RECOGE EL SEGMENTO BASE DE LA JURISPRUDENCIA ORIGINAL)**

La interpretación jurisprudencial que hace la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, empata ahora con la frase pivotal de la jurisprudencia original de la CSJ (Columna 4):

***[“el negocio celebrado para él en verdad le pertenece y que toma para sí las consecuencias..”].***

Hasta aquí el objetivo que persiguió la modificación jurisprudencial que hizo la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA está logrado: Haber construido un **vínculo legal**, contrario a las **manifestaciones escritas de la voluntad de las partes**, entre el Tercero

(MINERGÉTICOS) que contrata con el Mandatario (CAPITAL FACTOR) y los Mandantes (Inversionistas de CAPITAL FACTOR), por el simple conocimiento que el Tercero (MINERGÉTICOS) tiene de la existencia de tales Mandantes (Inversionistas de CAPITAL FACTOR).

• **LINEA #6 EXTENSIÓN DE EFECTOS EX TUNC**

Hasta la línea #5 anterior, el *iter* de diseño de la “**presunción legal**” ya quedó completo. La frase siguiente en el texto auténtico de la jurisprudencia autorizada de la CSJ, refuerza el producto de la Superintendencia Financiera, dotándolo de efectos *ex tunc*, con lo cual, los efectos del vínculo Tercero – Mandantes, se dan a partir del momento mismo de la firma del Contrato de Mutuo entre la Sociedad CAPITAL FACTOR y MINERGÉTICOS, desligando retroactivamente de todo compromiso al Mandatario (CAPITAL FACTOR). El texto de este refuerzo sigue:

***desligando retroactivamente de todo compromiso al mandatario.”***

La SUPERINTENDENCIA FINANCIERA acudió también a las voces de la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (HECHO #38), para acreditar los efectos *ex tunc* de su “**presunción legal**”, y reclamar su activación a partir de la suscripción del contrato de mutuo entre MINERGÉTICOS y CAPITAL FACTOR.

Este argumento, lo construye entremezclando la parte final del último inciso del trozo jurisprudencial de la CSJ traído a colación por MINERGÉTICOS, y que se refiere a la interpretación que se hacía del mandato comisorio en la derogada codificación de 1987.

La CSJ sostiene que con el objeto de evitar que los Mandantes y el Tercero sean sorprendidos entre sí, era posible suscribir el Pacto Expreso que desligara al Mandatario<sup>41</sup>. La SUPERINTENDENCIA FINANCIERA acoge en el seno de su fundada “**presunción legal**”, la funcionalidad jurídica de evitar que los Mandantes sean sorprendidos por el Tercero y viceversa (HECHO #38); con lo cual, se le instaló al producto jurisprudencial de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA el dispositivo accesorio de efectos *ex tunc*.

Las explicaciones anteriores demuestran inobjetablemente que la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA **no se equivocó** en su interpretación de la jurisprudencia auténtica de la CSJ, sino que instrumentó alteraciones (“aberraciones”) morfológicas<sup>42</sup>, con las cuales **adulteró** el contenido semántico<sup>43</sup> de la jurisprudencia original de la CSJ.

<sup>41</sup> “Y por cierto, no está por demás rememorar que esto precisamente fue lo que la Corte, insistiendo acerca del significado de varios preceptos que en la derogada codificación de 1887 se referían al mandato comercial (comisión) no representativo, dejó sentado al subrayar que un examen cuidadoso de tales normas ... que reglamentan las relaciones y responsabilidades entre comitentes, comisionistas y terceros que contratan con ellos, nos indica que tienen por objeto impedir que se sorprenda a los terceros que contrataron con el comisionista; o que a su vez estos terceros puedan sorprender al mandante. Pero si en desarrollo del contrato el mandante o los terceros aceptan el hecho de que el contrato fue celebrado por el comisionista en nombre del primero y, consecuentemente, se hacen públicos entre ellos los incidentes que puedan suscitarse en el cumplimiento de la obligación, es lógico aceptar que entre ellos se ha establecido el vínculo jurídico o contractual que en un principio les fue desconocido” (G. J. T LIX pág. 756).”. Párrafo final de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Reposición MINERGÉTICOS. Página 4.

<sup>42</sup> MORFOLOGÍA

“ (...)

2. f. Gram. Parte de la gramática que estudia la estructura de las palabras y de sus elementos constitutivos.”

Dirección electrónica: <http://dle.rae.es/?id=Pp2aAEL>

<sup>43</sup> SEMÁNTICA

adj. Perteneciente o relativo a la semántica.

(...)

2. f. Significado de una unidad lingüística. La semántica de esa palabra se presta a discusión.

En otras palabras, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA presentó una jurisprudencia de **cosecha propia!**

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha ocupado de los errores del lenguaje, para indicar que construyen otras realidades y mundos posibles<sup>44</sup>, y que todo uso inapropiado del lenguaje **se torna sospechosa y debe por tanto ser investigada constitucionalmente:**

“3.9. Existen límites parciales y excepcionales a ciertos usos del lenguaje. Hacer ciertas cosas con las palabras (como ofender, insultar, discriminar, marginar, excluir), en especial, en el contexto de las reglas o normas de las cuales dependen el goce efectivo de los derechos fundamentales, ha sido objeto de debates en la jurisprudencia constitucional. El derecho a usar el lenguaje de forma libre y amplia, en especial, el derecho a usar cierto tipo de expresiones o cierto tipo de juegos de lenguaje, en situaciones y contextos específicos, son manifestaciones del derecho a libre expresión. Para la Corte la libertad de expresión es amplia. A tal grado, que una restricción del lenguaje por el uso incorrecto del mismo, ha de considerarse en principio, sospechosa y deberá ser justificada constitucionalmente.

3.10. En el ámbito jurídico, el legislador tiene la libertad de establecer ciertos usos del lenguaje, no obstante, en la medida en que tales actos de habla construyen realidades y mundos posibles, se trata de facultades que son objeto de control en una democracia para evitar, entre otras, toda forma de discriminación.”

En un Estado de Derecho, las actuaciones de la administración, adquieren *per se* el *status* de seriedad, transparencia, confiabilidad, y de respeto por los mínimos preceptos de la ética pública, pues el Estado no puede, legítimamente, realizar actividades engañosas, acudir a ardides, o utilizar estrategias para perjudicar a los administrados que actúan con apego a la ley. Con este colofón, se anota que en el presente caso, pareciera estarse frente a una actuación injusta en la que el Estado acude a interpretaciones engañosas, que desbordan el límite creíble de una concatenación azarosa de **errores del lenguaje**, todas apuntando en la dirección que decretó la intervención de la sociedad MINERGÉTICOS, sus accionistas, directivos, administradores y revisores fiscales actuales e históricos. Esta actuación del Estado, bien podría catalogarse como una equivocada actuación institucional, con costosos efectos sobre el principio de la buena fe; y ejecutada con todo el propósito de causar afectación a la Sociedad MINERGÉTICOS, en cuanto produce el resultado buscado por la Entidad: Demostrar que MINERGÉTICOS y sus Accionistas, Directivos, Administradores, Revisores Fiscales, y otros, incurrieron en **“captación masiva y habitual”**.

Situándonos en el plano de lo razonable y de lo racional, cuesta mucho creer que un equipo profesional de personas con los atributos del art. 74 CC, con formación jurídica para actuar bajo el decreto 4334/08 que concede competencia jurisdiccional, puesto en la tarea de leer e interpretar el texto jurisprudencial auténtico que recoge la Columna 1 del Cuadro No.1, con la misión deliberada de reproducir **“idénticamente”** su contenido semántico y jurídico, para ejecutar un ejercicio de subsunción respecto de los hechos del caso *sub lite*, como corresponde al respeto por la integridad de la jurisprudencia, termine entregando como producto final el texto recogido en la Columna 2, Cuadro No.1.

Este ejercicio simple, no deja dudas de que el comportamiento de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA excedió en mucho el umbral de sospecha que le asigna la Corte Constitucional (*“A tal grado, que una restricción del lenguaje por el uso*

3. f. Ling. Disciplina que estudia el significado de las unidades lingüísticas y de sus combinaciones.

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-605/12.

*incorrecto del mismo, ha de considerarse en principio, sospechosa y deberá ser justificada constitucionalmente<sup>45</sup>), en cuanto no le está permitido a la Administración instrumentar modificación alguna de la jurisprudencia<sup>46</sup> ("en la medida en que tales actos de habla construyen realidades y mundos posibles, se trata de facultades que son objeto de control en una democracia para evitar, entre otras, toda forma de discriminación<sup>47</sup>).*

En el caso concreto, y así lo niegue (HECHO #49) la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, el texto de la Columna 2, Cuadro No.1, es morfológica, semántica y en contenido jurídico, **MUY** diferente, del texto en la Columna 1, Cuadro No.1.

Y, la instrumentación de dicha diferencia, y su posterior uso, atropelló caras garantías *iusfundamentales*; y de contera, puede incluso haberse internado en los terrenos de la ilicitud disciplinaria y penal.

Como autoridad administrativa, la SUPERFINANCIERA FINANCIERA se encuentra obligada a interpretar y **aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley**, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas cortes<sup>48</sup>. No le es permitido a la administración efectuar juegos de creatividad con las subreglas jurisprudenciales de las altas Cortes, más allá de identificar sus premisas y efectuar ejercicios lógicos de subsunción frente a similares presupuestos de hecho.

La SUPERINTENDENCIA FINANCIERA faltó a su encargo legal de garantizar el debido proceso administrativo<sup>49</sup>, y demás garantías constitucionales, y su actuación se yergue en **mera arbitrariedad**, incluso, *ad portas* de la antijuridicidad y del error de prohibición<sup>50</sup>, pues la actuó bajo pleno conocimiento del riesgo asociado a su conducta.

En su Resolución 0171/16 la SUPERFINANCIERA concluye<sup>51</sup> con una sindicación penal cierta para la Sociedad MINERGÉTICOS, sus Directivos y Accionistas, bajo la condición de plena prueba:

- 1) Existencia de la captación masiva y no autorizada de dineros por parte de la sociedad MINERGÉTICOS S.A.**
- 2) Existe plena prueba de lo anterior.**

<sup>45</sup> Op. Cit. Corte Constitucional. Sentencia C-605/12.

<sup>46</sup> "19.7. *Inclusive en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas cortes.* Corte Constitucional. Sentencia C-643/11. (Resaltes y subrayas extratexto).

<sup>47</sup> Op. Cit. Corte Constitucional. Sentencia C-605/12.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Op.Cit. Corte Constitucional. Sentencia C-341/11.

<sup>50</sup> "3.2. El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que por lo tanto lo excluye de responsabilidad penal. En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora.

Luego en el error de prohibición la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad". Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Segunda Instancia No. 40336. Aprobado Acta No. 021. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

<sup>51</sup> Res. 0171/16. Penúltimo párrafo. Hoja No.87. Textualmente: "Por todo lo expuesto en precedencia, es necesario indicar que, contrario a las indicaciones dadas por el recurrente, existe plena prueba de la efectiva existencia de la captación masiva y no autorizada de dineros desarrollada por las sociedades MINERGÉTICOS SA, y CAPITAL FACTOR SAS, razón por la cual la Resolución atacada será confirmada en todos sus apartes".

**3) Se confirma la resolución atacada en todos sus apartes.**

Además de nutrirse de la adulteración de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aquí explicada, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA llega a esta decisión mediante una serie de errores graves del ejercicio de tipicidad, que se explican en las siguientes secciones.

**4.5. LA MODIFICACIÓN FALAZ DE LA JURISPRUDENCIA PODRÍA CONSTITUIR CONDUCTA ANTIJURÍDICA BAJO ERROR DE PROHIBICIÓN**

En este punto vale señalar que la frase que contiene una condición de precedencia (***“dentro del marco del mentado pacto y concurriendo desde luego el consentimiento de todos los interesados.”***), en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que MINERGÉTICOS empleó en sede de reposición, se refiere a un contrato, pacto o acuerdo expreso, suscrito entre el Mandatario, el Mandante y el Tercero, mediante el cual y dando cumplimiento<sup>52</sup> al párrafo jurisprudencial en su extensión semántica original, todos los interesados conviertan el mandato no representativo en un mandato ordinario. **Pacto este, inexistente en el caso concreto.**

Además, el texto del art.2177 C.C. no contiene grietas, el Mandato sin representación, simplemente es eso, un mandato en el que el Mandatario carece de representación para actuar como tal, por cuenta del Mandante.

Los dos pilares anteriores, determinan que a los 14 inversionistas independientes que la SUPERFINANCIERA encontró en MINERGÉTICOS, se tendrían que sumar a la Sociedad (1) CAPITAL FÁCTOR para constituir un grupo de sólo 15 inversionistas. Número éste, *prima facie*, alejado aún del límite de ilicitud de 20 personas, del ordinal 1 del tipo penal de captación masiva y habitual.

Frente a estas murallas infranqueables, el objetivo de sumar los 14 de MINERGÉTICOS, más los 26 inversionistas que la SUPERFINANCIERA dijo determinar para CAPITAL FACTOR, sólo se podría lograr mediante la disección del segmento jurisprudencial útil.

Se aprecia que el párrafo diseccionado (Ver Cuadro No.2) incluye las “comas” iniciales y finales. Luego el operador no tuvo interés en borrar las huellas de su maniobra. Como quien actúa bajo la confianza de que su conducta no sería advertida, o en caso de que lo fuera, su maniobra no le representaría riesgos.

Pudiera, en gracia de discusión asumirse que la modificación de la condición de precedencia y de la consecuencia, originales de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, provienen de alguna suerte de error de interpretación semántica por parte de la SUPERFINANCIERA. Pero esto conduce a escenarios de distintos mundos posibles, por supuesto, violatorios de las garantías constitucionales de MINERGÉTICOS.

A juicio de la Corte Constitucional, el uso incorrecto **del lenguaje, ha de considerarse en principio, sospechosa y deberá ser justificada constitucionalmente, pues se torna en instrumento de discriminación, y por supuesto de afectación, pues como en el presente caso, construye realidades y mundos posibles:**<sup>53</sup>

“3.9. Existen límites parciales y excepcionales a ciertos usos del lenguaje. Hacer ciertas cosas con las palabras (como ofender, insultar, discriminar, marginar, excluir), en especial, en el contexto de las reglas o normas de las cuales dependen

<sup>52</sup> Señala el artículo 1602 del C. C “*Todo contrato legalmente celebrada es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

<sup>53</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-605/12.

el goce efectivo de los derechos fundamentales, ha sido objeto de debates en la jurisprudencia constitucional. El derecho a usar el lenguaje de forma libre y amplia, en especial, el derecho a usar cierto tipo de expresiones o cierto tipo de juegos de lenguaje, en situaciones y contextos específicos, son manifestaciones del derecho a libre expresión. Para la Corte la libertad de expresión es amplia. A tal grado, que una restricción del lenguaje por el uso incorrecto del mismo, ha de considerarse en principio, sospechosa y deberá ser justificada constitucionalmente.

3.10. En el ámbito jurídico, el legislador tiene la libertad de establecer ciertos usos del lenguaje, no obstante, en la medida en que tales actos de habla construyen realidades y mundos posibles, se trata de facultades que son objeto de control en una democracia para evitar, entre otras, toda forma de discriminación.

En el caso concreto, el error **construyó un mundo de 40 inversionistas para MINERGÉTICOS**, cuando en efecto, la Contabilidad revelaba 15, incluyendo en éstos a la sociedad CAPITAL FACTOR.

Surge de bulto que en sede de absolución del recurso de reposición la SUPERFINANCIERA no quiso dar su brazo a torcer frente a la argumentación de MINERGÉTICOS, sin detenerse en miramientos frente al art.2177 C.C. y su interpretación consolidada por parte del máximo Tribunal de lo Civil. Pero, el paso de la SUPERFINANCIERA a través de estos escollos legales fue ciertamente tormentoso.

La actuación de la SUPERFINANCIERA faltó a su encargo legal de garantizar el debido proceso, y demás garantías constitucionales, y se yergue en **mera arbitrariedad**, incluso, *ad portas* de la antijuridicidad y del error de prohibición<sup>54</sup>, pues la SUPERINTENDENCIA actuó bajo pleno conocimiento del riesgo asociado a su conducta.

## 5. LAS PRETENSIONES QUE FORMULA EL CONVOCANTE

Los terribles desaciertos de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, en sus resoluciones 2016-01-352820 y 2016-01-454299, han ocasionado daños irreparables en la Sociedad MINERGÉTICOS, cuya reparación integral también se desea conciliar, según el petitorio siguiente:

## 6. ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA QUE SE EJERCERÍA

Se pretende lograr la reparación de los perjuicios de conformidad con la acción determinada en el art.145 CPACA, cuyo texto reza:

“REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO. Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia.

Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del

<sup>54</sup> “3.2. El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que por lo tanto lo excluye de responsabilidad penal.-En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora.

Luego en el error de prohibición la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Segunda Instancia No. 40336. Aprobado Acta No. 021. Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio” (Subrayas extratexto).

## 6.1. CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACCIÓN CONTENCIOSA PROPUESTA

Respecto de la constitucionalidad de esta disposición, mediante sentencia c-302/12 la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“La sala estima que le asiste razón al consejo de estado en que los cargos que formula el demandante parten de una interpretación errada del inciso segundo del artículo 145 de la ley 1437, pues éste no restringe la posibilidad de que en el marco de la acción de grupo se declare la nulidad de actos administrativos de carácter general cuando son el origen del daño causado a un número plural de personas”

## 6.2. ALTA PROBABILIDAD DE QUE SE EMITA UN FALLO EN CONTRA DE LA NACIÓN

De conformidad con la Directiva Presidencial 05 de mayo 22 de 2009, que imparte instrucciones para el adecuado ejercicio de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, los Comités de Conciliación deberán analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista alta probabilidad de condena, con fundamento en:

- a) La contundencia y univocidad interpretativa de los hechos demostrados en el expediente.
- ii) Existencia de una jurisprudencia reiterada y decantada de las altas Cortes, especialmente en asuntos y eventos de responsabilidad objetiva, con identidad de los supuestos de hecho del caso *sub lite*.

El texto normativo es el siguiente<sup>55</sup>:

“1. Los Comités de Conciliación deben aplicar de manera rigurosa los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política y, en ese sentido, están obligados a tramitar las solicitudes de conciliación con eficacia, economía, celeridad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

2. La solicitud de conciliación deberá ser estudiada por el Comité de Conciliación de manera oportuna, la decisión acerca de su viabilidad debe tomarse en el menor tiempo posible y con la debida antelación a la citación a audiencia. Para cumplir con lo anterior, el Secretario Técnico asignará un número consecutivo a las peticiones y el Comité las estudiará en el mismo orden de ingreso salvo que exista justificación para alterar el correspondiente orden.

(...)

6. En los asuntos en los cuales exista alta probabilidad de condena, con fundamento en el acervo probatorio allegado al expediente y en la jurisprudencia reiterada y decantada de las altas Cortes, especialmente en asuntos relacionados con reconocimientos pensionales y eventos de responsabilidad objetiva, los miembros de los Comités de Conciliación deberán analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

(...)

Finalmente, se insiste en la necesidad de tomar todas las medidas necesarias para cumplir de manera seria, eficiente y oportuna con lo ordenado en la reforma a la

<sup>55</sup> Directiva Presidencial 05 de mayo 22 de 2009. Instrucciones para para el adecuado ejercicio de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo.

Lev Estatutaria de Administración de Justicia, de manera que la consagración de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, incida en forma directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, a la protección de derechos de los ciudadanos y a la defensa del patrimonio público.<sup>56</sup>  
(Subrayas extratexto).

En el caso concreto, para el Convocante se dan los supuestos del numeral 6 de la disposición presidencial<sup>56</sup> *ut supra*, en razón de lo cual se espera razonablemente que la SUPERSOCIEDADES concilie el presente caso, dando así cumplimiento a la Directiva presidencial de “*manera seria, eficiente y oportuna con lo ordenado en la reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, de manera que la consagración de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, incida en forma directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, a la protección de derechos de los ciudadanos y a la defensa del patrimonio público*”<sup>57</sup>.

## 7. LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

En el acápite de pruebas y en el CD anexo, se incluyen los actos administrativos cuya ilegalidad se pretende, los actos administrativos en que se sustenta, el Auto de Intervención proferido por la Superintendencia de Sociedades, todos los documentos producidos hasta esta fecha por el proceso de intervención, iniciando por el 001 del Interventor, citaciones a audiencias de imputación con solicitud de medidas de aseguramiento por el presunto delito de ‘captación masiva y habitual’<sup>58</sup>, con lo cual se demuestra la implacable persecución a los patrimonios de las personas naturales y jurídicas que han ocupado, actualmente o en el pasado, la condición de accionistas, administradores, revisores fiscales y directivos, entre otros, que actualmente sufren los enormes perjuicios derivados de la intervención ordenadas por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Este cadena de perjuicios se origina en una combinación de Actos Administrativos de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA (resoluciones 1173/15 y 0171/16), y en la muy grave omisión de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, consistente en INTERVENIR con presunta competencia del decreto 4334/08, sin haber siquiera intentar dar satisfacción a los muy estrictos postulados que fija la Ley 137/94 Estatutaria de los Estados de Excepción, y la Sentencia C-145/09 de la Corte Constitucional.

Los actos administrativos arriba citados de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, determinaron la existencia de operaciones de ‘captación masiva y habitual, bajo plena prueba’, posiblemente involucren varios delitos, entre ellos el de falsedad material e ideológica de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el ‘mandato sin representación’, bajo condiciones de error de prohibición.

<sup>56</sup> “6. En los asuntos en los cuales exista alta probabilidad de condena con fundamento en el acervo probatorio allegado al expediente y en la jurisprudencia reiterada y decantada de las altas Cortes”

<sup>57</sup> Texto de la Directiva Presidencial *ut supra*.

<sup>58</sup> Ley 599/00. “Artículo 316. *Captación masiva y habitual de dineros*. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, induzca, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte. (Subrayas extratexto).

Los documentos aquí señalados, demuestran de manera inequívoca la existencia de los daños cuyo resarcimiento persigue esta Acción de **Reparación de los Perjuicios ocasionados a un grupo**.

El valor total estimado de las pretensiones de esta demanda excede la suma de **SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$71,299,400,000.00)**, más costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar el fallo definitivo que ponga fin al presente proceso, más indexación e intereses de mora, contados a partir de la presentación de la demanda y hasta la fecha efectiva de pago de las condenas por parte de la Demandada, más los daños morales (Según disposiciones administrativas hasta un monto máximo de 100 SMLMV por afectado, o según disposiciones penales hasta un monto incluso superior a 1000 SMLMV por cada afectado).

El monto estimado para cada una de las pretensiones de la presente demanda se presenta en las subsecciones siguientes.

#### **7.1. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD ECONÓMICA**

Con la intervención de MINERGÉTICOS en las resoluciones 1173/15 y 0171/16, la empresa ha quedado calificada en una lista negra de pirámides, o empresas de captación masiva, del tipo de la Sociedad D.M.G. o de la Sociedad D.F.R.E., razón por la cual, nadie en sano juicio, haría negocios con MINERGÉTICOS.

De hecho, la Sociedad Termotasajero<sup>59</sup> se echó atrás en un negocio de inversión conjunta con MINERGÉTICOS, tan pronto conoció de la intervención de la SUPERFINANCIERA. El deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, hace que todos los actores económicos, deseen mantener distancias respecto de empresas en lista negra por estar sindicadas de conductas de un alto nivel de ilicitud.

En plan de negocios complementario que la sociedad MINERGÉTICOS presentó a la SUPERSOCIEDADES, se incluye la siguiente valoración de la empresa<sup>60</sup>:

#### **“VALORACION DE LA COMPAÑÍA CONSIDERANDO ESTUDIOS CONTRATADOS (ANEXO-1)**

Del Informe realizado por la firma CONSULTORIA ECONOMICA Y GERENCIAL – CEG- en Junio de 2009, con certificación de valoración de evaluador debidamente matriculado en la Asociación de evaluadores profesionales de Colombia, solo considerado proyectos Mongua, Ventaquemada y Umbita y citan demás proyectos, valoración estimada y calculada en **\$197.475.800.000** Básico suponiendo mecanización de minería en los proyectos y **\$ 71.299.400.000** sin mecanización de minería, es decir minería convencional valores traídos a valor presente.”

El daño ocasionado a una Sociedad industrial MINERGÉTICOS, representa el costo de su valoración como proyecto industrial, debido a que la intervención, que la catalogó como empresa dedicada a captar de forma masiva y habitual recursos del público, impide razonablemente que su objeto social pueda llevarse a cabo.

Se puede a partir de esta medida determinar un quantum razonable de la afectación, para dos escenarios perfectamente viables:

<sup>59</sup> Ver en el Acta No.19 de Junta de Socios del 29 de agosto de 2015, que se adelantaban conversaciones para emprender actividades comerciales con la sociedad Termotasajero.

<sup>60</sup> Plan de Negocios Complementario MINERGÉTICOS S.A.



William Roy Villanueva Meléndez

Abogado

Especialista en Derecho Minero Energético

Magister en Derecho público

**Escenario A. Continuidad de la operación:** Bajo este escenario, se le permite a la sociedad MINERGÉTICOS recuperar su condición operativa, con lo cual, el nivel de afectación en cuanto a la pérdida de oportunidad comercial, se reduce sólo en cuanto al quantum de resistencia social y económica que la sociedad enfrentará por cuenta de haber sido señalada como actora de la conducta ilícita de captación masiva y habitual. Este efecto económico espejo de la intervención de la SUPERFINANCIERA ya es imborrable, y su quantum puede razonablemente fijarse en un 50% del monto máximo de la afectación.

Por tanto, se estima razonablemente esta pérdida de oportunidad comercial en la suma de: **\$35,649,400,000.00**. El quantum del 50%, ha sido interpretado también por el Consejo de Estado, en términos de una teóricamente igual probabilidad de que ocurra o no, el valor máximo esperado de la afectación, según su esencia eminentemente aleatoria.

**Escenario B. Liquidación obligatoria:** Este escenario determina la caducidad<sup>61</sup> de los títulos mineros de MINERGÉTICOS, y con ello, la desaparición de sus derechos de explotación, que constituyen ciertamente sus activos. En este escenario, el costo inobjetable de la pérdida de capacidad económica, corresponde al monto señalado de **SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$71,299,400,000.00)**, a precios de 2009.

Los elementos que configuran la estructura del daño denominado la “pérdida de oportunidad comercial”, son los siguientes:

(i) ***Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio:***

La intervención catalogó a MINERGÉTICOS, sus directivos y accionistas como una entidad empresarial dedicada a la captación masiva y habitual.

Hacia adelante, y en el **Escenario A** de Continuidad de la Operación, la afectación se reduce sólo en cuanto al quantum de resistencia social y económica que la sociedad enfrentará por cuenta de haber sido señalada como actora de la conducta ilícita de captación masiva y habitual. Efecto económico de naturaleza aleatoria pero efectivo, e imborrable.

En el **Escenario B** de Liquidación obligatoria, la afectación de la sociedad MINERGÉTICOS corresponde a la desaparición de sus derechos de explotación, que constituyen ciertamente sus activos. En este escenario, el costo inobjetable de la pérdida de capacidad económica, corresponde al monto señalado de **SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$71,299,400,000.00)**, a precios de 2009.

(ii) ***Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento:***

En ambos escenarios explorados, no hay espacio para dudas respecto de la afectación, en términos de la existencia de una oportunidad que se pierde.

<sup>61</sup> Ley 685 de 2001. “ARTÍCULO 112. CADUCIDAD. El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas:

(...)

b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si al concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley;”

El deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios<sup>62</sup>, hace que todos los agentes económicos se alejen de toda empresa, sus directivos y accionistas, que hayan sido registrados en una especie de lista negra, por haber sido sindicada como eje de conductas de un alto nivel de ilicitud.

**(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado:**

MINERGÉTICOS dispone de títulos mineros adecuados para la ejecución de su objeto social.

Sobre este tipo de daño, los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado han señalado lo siguiente<sup>63</sup>:

**5.3. De la pérdida de oportunidad.** Esta Corporación, en sentencia del 11 de agosto de 2010<sup>64</sup>, señaló los siguientes requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto:

(i) *Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio*, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de *“una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”*<sup>65</sup> de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes<sup>66</sup>;

<sup>62</sup> “en relación con los administradores, dada la importante labor que desempeñan, por los inmensos poderes que hoy en día detentan, consideró necesario el legislador someterlos a un estricto código de conducta, para lo cual se precisó el marco general de sus actividades, sus funciones y responsabilidad, estableciendo además, normas que agilizaran y facilitaran las consecuentes acciones para el establecimiento de dicha responsabilidad. Así lo recordó el legislador durante el trámite legislativo de la Ley 222 de 1995, cuando señaló en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes que:

“La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capítulo de estados financieros.”. Corte Constitucional. Sentencia C-123/06. Citada en Concepto de la Supersociedades, según Oficio 220-015163 Del 11 de Febrero de 2013. Descargable en la dirección electrónica: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/32968.pdf>

<sup>63</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION TERCERA - SUBSECCION A  
Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ  
Bogotá D.C., mayo nueve (09) de dos mil doce (2012).  
Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968)  
Actor: LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA  
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL  
Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

<sup>65</sup> *Idem*, pp. 38-39

<sup>66</sup> A este respecto se ha sostenido que “... *la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino*

(ii) *Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento*, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida<sup>67</sup>; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás. Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras la primera constituye una pérdida de *ganancia probable* —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de *ganancia cierta* —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían<sup>68</sup>—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una *situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado*, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañoso, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”<sup>69</sup>.

## 7.2. DAÑOS MORALES

La jurisprudencia de unificación<sup>70</sup> del Consejo de Estado ha determinado un límite superior por estos perjuicios, para cada uno de los afectados. En el caso concreto, las afectaciones de los directivos, accionistas y sus respectivos núcleos familiares pueden valorarse en 80 SMLMV por cada persona.

*otra muy distinta”* (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la *chance* aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

*La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”* (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

<sup>67</sup> HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

<sup>68</sup> Al respecto la doctrina afirma que “... ‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio””. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

<sup>69</sup> ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172.

Este monto sin embargo, podría aumentarse si como resultado de las acciones legales adelantadas, **se demuestra la comisión de delitos por cuenta de la administración**, en cuyo caso el valor de las indemnizaciones por estos perjuicios **podría incrementarse hasta niveles de 1000 SMLMV según los límites del Código Penal**<sup>71</sup>.

### **7.3. CORRECCIÓN MONETARIA (INDEXACIÓN) E INTERESES**

Se sustentan las peticiones de indexación y mora en la jurisprudencia de La Corte suprema de Justicia que aclara la distinción entre la mora y la indemnización, sostuvo<sup>72</sup>:

“(...)

2. En verdad, uno y otro concepto —indexación y mora— obedecen a causas jurídicas diferentes, que hacen que su naturaleza no resulte asimilable.

2.1. En efecto, la mora es la situación en que se coloca el deudor tras su incumplimiento y siempre que, además, se dé alguno de los supuestos del artículo 1608 del Código Civil, evento a partir del cual se autoriza al acreedor para reclamar el pago de los perjuicios que haya podido sufrir (arts. 1610 y 1615 ibidem). Desde luego que la mora supone la existencia de una obligación preexistente que en su momento no se satisface por el deudor, o dicho de otro modo, “la mora del deudor... consiste en “el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel” (Casación, jul. 19/36, G.J. T. XLIV, pág. 65)...” y “... supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida. De tal suerte que, solo a partir de surtida la interpelación puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento este a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del Código Civil, o reclamarse el pago de la cláusula penal, que entonces se torna exigible de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil” (Sent. Cas. Civ., jul. 10/95, Exp. 4540).

2.2. Mientras tanto, **la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial**, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

2.3. Pero además de lo anterior, ha de destacarse<sup>73</sup> que la mora surte sus efectos desde que hay reconvencción judicial —salvo que la ley disponga otra cosa— con arreglo a las previsiones del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, mientras que la indexación se remonta, según cada caso, al tiempo desde el cual se debe medir un valor determinado que, por efectos de justicia y equidad, ha de permanecer constante a pesar del irresistible paso del tiempo.

(...)” (Subrayas extratexto).

### **7.4. HONORARIOS LEGALES Y COSTAS**

Corresponde a las estipulaciones que ordene el Despacho, de acuerdo con los criterios normativos.

### **8. LAS PRUEBAS QUE SE PRETENDE HACER VALER**

<sup>71</sup> Ley 599/00. “Artículo 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso.”

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 00161 de mayo 13 de 2010. MP. Edgardo Villamil Portilla.



22

*William Roy Villanueva Meléndez*  
Abogado  
Especialista en Derecho Minero Energético  
Magister en Derecho público

**ANEXO 1**

Solicito se sirva decretar, incorporar, apreciar y valorar como medios de convicción, en la respectiva oportunidad, los documentos que se relacionan a continuación, aportados con la respuesta al pliego, como anexos (CD):

- 1) Resoluciones 1173 de 2015 y 0171 de 2016, expedidas por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.
- 2) Recurso de reposición contra la Resolución 1173 de 2015.
- 3) Resolución 2016-01-352820, y Resolución 2016-01-454299 proferidas por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.
- 4) Plan de Negocios de la sociedad MINERGÉTICOS
- 5) Autos de intervención de la Superintendencia de Sociedades
- 6) Recursos presentados por la sociedad MINERGÉTICOS y por los intervenidos.
- 7) Documentos originados por el proceso de intervención, entre ellos orden de embargos a bienes muebles, cuentas bancarias, citaciones a audiencias de imputación por el presunto delito de captación masiva y habitual con medida de aseguramiento.
- 8) Acta de la diligencia de Conciliación
- 9) Certificación de Conciliación Fallida expedida por la Procuraduría Delegada No. 146 para la Conciliación Administrativa.



*William Roy Villanueva Meléndez*  
Abogado  
Especialista en Derecho Minero Energético  
Magister en Derecho público

Solicito se sirva decretar, incorporar, apreciar y valorar como medios de convicción, en la respectiva oportunidad, los documentos que se relacionan en el Anexo 1 y que se aportan en un CD).

**9. JURAMENTO DE NO HABER PRESENTADO OTRAS ACCIONES SOBRE LOS MISMOS HECHOS**

Bajo la gravedad del juramento, declaro no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación para una ACCIÓN DE GRUPO o de RECLAMACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A UN GRUPO, con base en los mismos hechos.

**10. LUGAR PARA NOTIFICACIONES**

El suscrito apoderado recibe notificaciones personales en la oficina ubicada en la Calle 69A No. 4 – 45 de esta ciudad y correo electrónico: [VILLANUEVA.WILLIAM@GMAIL.COM](mailto:VILLANUEVA.WILLIAM@GMAIL.COM); [wvillanueva@certezza-legal.com](mailto:wvillanueva@certezza-legal.com)

**El DEMANDANTE**, en la Calle 67 No. 4A – 41 de esta ciudad.

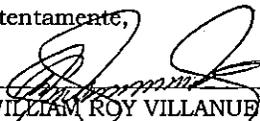
**LOS DEMANDADOS:**

Superintendencia de Sociedades  
Dirección: Avenida El Dorado No. 51 – 80  
Correo electrónico: [notificacionesjudiciales@supersociedades.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@supersociedades.gov.co)  
Bogotá, Distrito Capital

Dra. María Claudia Lacouture,  
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo  
Edificio Centro de Comercio Internacional  
Calle 28 No. 13 A 15  
Edificio Palma Real  
Carrera 13 No. 28-01  
NIT: 830.115.297-6  
Buzón Notificaciones Judiciales: [notificacionesjudiciales@mincit.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@mincit.gov.co)

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado  
Dirección: Carrera 7 No.75-66 Piso 2 y 3.  
Correo electrónico: [buzonjudicial@defensajuridica.gov.co](mailto:buzonjudicial@defensajuridica.gov.co)  
Bogotá, Distrito Capital.

Atentamente,

  
WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ  
C.C. No. 8.704.845 de Barranquilla  
T. P No. 185.430 del C.S.J.