

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Radicado N°	25000 – 23 – 26 – 000 – 2011 – 01469 - 00
Demandante:	CESAR JAVIER MAHECHA JARAMILLO Y OTROS
Demandado:	NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y SUPERINTEDENCIA FINANCIERA
Tema:	INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS SUPERINTENDENCIAS DEMANDADAS POR LA INCLUSIÓN DEL DEMANDANTE EN LA LISTA OFAC (LISTA CLINTON) – CUMPLIERON CON LAS OBLIGACIONES QUE LA LEY LES IMPONE – ASUNCIÓN DEL RIESGO DE LAS NEGOCIACIONES EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL – LISTA OFAC (LISTA CLINTON) REGISTRO EXCLUSIVO Y POTESTATIVO DEL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS – HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO
Sentencia N°:	SC3 – 07 – 20 – 2387
Sistema:	ESCRITURAL

Asunto: FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia dentro de la presente acción, conforme los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El 13 de diciembre de 2011, Cesar Javier Mahecha Jaramillo, Martha Lucia Álvarez Angulo, Juan Sebastián Mahecha Álvarez, Laura Marcela Mahecha Álvarez, Gladys Jaramillo de Mahecha, Salvador Mahecha Morales, Pedro Nel Álvarez Trujillo y Lucia Angulo, actuando a través de apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación - Presidencia de la República; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Ministerio de Comercio,

Industria y Turismo; la Superintendencia Financiera y Superintendencia de Sociedades¹, con el fin que se acceda a las siguientes:

1.1 Pretensiones²:

1.1.1. Declarar administrativa y solidariamente responsables a las demandadas de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la inclusión del señor Cesar Javier Mahecha Jaramillo en la “*Lista Clinton*” desde el 2003 hasta el 30 de octubre de 2009.

1.1.2. Como consecuencia de lo anterior, solicitaron condenar a las demandadas al pago de indemnización por los perjuicios:

- (i) Morales, en cuantía de 600 S.L.M.L.M.V., para cada uno de los demandantes.
- (ii) Derivados del quebrantamiento de los derechos fundamentales a la honra, dignidad, fama, buen nombre personal y profesional y de la presunción de inocencia, en cuantía de 600 S.M.L.M.V. para cada uno de los demandantes.
- (iii) Derivados del daño al honor, por valor de 300 S.M.L.M.V., para la víctima directa.
- (iv) Derivados del daño a la salud psíquica, por valor de 300 S.M.L.M.V., para la víctima directa.
- (v) Derivados del daño a la vida en relación y alteración de las condiciones de existencia, subdivididos en: - daño a la vida de relación social, en cuantía de 300 S.M.L.M.V. para cada uno de los demandantes; - daño a la vida de relación familiar, por valor de 300 S.M.L.M.V.; - daño por la pérdida de la oportunidad laboral, en cuantía de 300 S.M.L.M.V.
- (vi) Materiales a título de lucro cesante consolidado, estimado en la suma de \$2.326.945.775, y futuro, por valor de \$2.441.663.253
- (vii) Materiales a título de daño emergente, en cuantía de \$1.500.000.000.
- (viii) Por merma en la capacidad laboral sufrida por el señor Cesar Javier Mahecha, estimados en \$480.262.228.

1.2. Hechos³.

El señor César Javier Mahecha Jaramillo, economista, consultor financiero y especialista en mercado bursátil, inició actividades laborales en la Sociedad Obursátiles S.A. como auxiliar contable en el año 1991, luego como comisionista de bolsa y el 13 de septiembre de 1995 se posesionó como gerente de dicha Sociedad.

¹ Fl. 1 cuaderno No.1.

² Folios 14 a 28 del cuaderno No. 1.

³ Folios 28 a 37 del cuaderno No.1.

La Sociedad Obursátiles S.A. a fin de ampliar sus alternativas de crecimiento, suscribió diferentes contratos de arrendamientos -universales-, a efectos de obtener infraestructura que le permitiera operar en el mercado cambiario. De este modo, el 13 de agosto de 2001 firmó con la empresa Internacional de Divisas S.A. contrato de arrendamiento con opción de compra, a título universal, para el uso y goce de los establecimientos de comercio de dicha Sociedad, considerados como una unidad económica de explotación.

El 26 de noviembre de 2001, la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Obursátiles S.A. -comisionistas de bolsa- informó el interés de potenciales accionistas interesados en adquirir el 69% de las acciones en circulación, transacción que se definiría una vez la Superintendencia de Valores y la Bolsa de Valores de Colombia aprobara la vinculación de los nuevos accionistas.

Definidos los parámetros de negociación, Obursátiles S.A. solicitó a la Superintendencia de Valores y a la Bolsa de Valores de Colombia efectuar un estudio de viabilidad de inclusión de los nuevos accionistas, para una vez recibida la autorización, proceder a la venta de acciones y a la fusión con la Sociedad Internacional de Divisas.

En el 2002, la Superintendencia de Valores y la Bolsa de Valores de Colombia autorizaron la negociación de acciones entre Obursátiles S.A. y la Sociedad Internacional de Divisas S.A., por lo cual se procedió a la fusión.

Después de realizada la fusión, los socios de la empresa Internacional de Divisas S.A. fueron ingresados a la Lista de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos. En consecuencia, el representante legal de Obursátiles -Cesar Javier Mahecha Jaramillo- también fue incluido, lo que implicó que los activos de esta sociedad que equivalían a \$6.000.000.000 fueran congelados y no pudiera seguir desarrollando su objeto comercial.

Ante este panorama, el señor Cesar Javier Mahecha renunció a su cargo de representante legal de la sociedad Obursátiles S.A. a partir del 17 de febrero de 2003. El 17 de abril de 2011, la Sociedad fue cancelada.

Entre las consecuencias que produjo la inclusión del señor Cesar Mahecha Jaramillo en la lista de Clinton, se encuentran la imposibilidad de participar en el mercado financiero y bursátil y de acceder a créditos bancarios, lo que afectó su nivel de vida y el de su familia, pues no pudo satisfacer sus necesidades básicas.

Además, en el año 2003 los medios de comunicación publicaron que la sociedad Obursátiles SA fue incluida en la “Lista Clinton”, lo que afectó el buen nombre, la honra y el honor del señor Mahecha Jaramillo, pues le generó un estigma social que puso en duda sus calidades éticas y morales.

Frente a este contexto desfavorable, el señor Mahecha inició gestiones ante distintas entidades estatales, por intermedio de abogados, que fueron infructuosas; sólo con el asesoramiento de la Defensoría del Pueblo logró recabar las pruebas necesarias para acreditar que era una persona intachable y que siempre actuó dentro del marco de la legalidad.

De este modo, inició los trámites ante la OFAC y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos para poder ser excluido de la Lista Clinton. El 30 de octubre de 2009, la OFAC le comunicó al señor Mahecha que fue excluido de dicha lista.

1.3. De los argumentos de la parte demandante

La parte actora consideró que las demandadas vulneraron las siguientes disposiciones legales:

- Constitución Política: artículos 2, 29, 90 y 230.
- Decreto 173 de 1993.
- Ley 23 de 1991.
- Ley 446 de 1998.
- Decreto 1818 de 1998.
- Decreto 4327 de 2005
- Decreto 2739 de 1991.
- Decreto 663 de 1993.
- Decreto 1080 de 1996.
- Código Civil: artículos 1613 y ss.

Argumentó que es aplicable la jurisprudencia sobre limitación del derecho de dominio, esto es, ocupación permanente de inmuebles, porque la inclusión en la lista OFAC lesionó derechos económicos y fundamentales del demandante, como la libertad de empresa, buen nombre, honra y dignidad.

Explicó la diferencia entre omisiones en sentido laxo y estricto, para precisar que la responsabilidad en esos casos se configura cuando concurren los siguientes requisitos: (i) existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada, que de haber actuado hubiere evitado los perjuicios; (ii) la omisión de poner en funcionamiento los recursos a su disposición para el adecuado cumplimiento del deber legal; (iii) un daño antijurídico y (iv) la relación causal entre la omisión y el daño. Bajo esta tesis, resaltó que lo relevante es demostrar que de haberse realizado la conducta endilgada, el proceso se habría interrumpido, y con ello, la producción del daño.

Concluyó que los perjuicios reclamados tienen su origen en el incumplimiento de quienes tenían a su cargo el control y vigilancia sobre las transacciones de inversionistas para la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de cualquier entidad vigilada por la Superintendencia de Valores y la vigilancia de las sociedades mercantiles.

Señaló que los perjuicios padecidos por el señor Mahecha y su familia se originaron en el incumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control de las Superintendencias Financiera y de Sociedades, pues autorizaron la adquisición de acciones en circulación de la empresa Internacional de Divisas S.A. a la sociedad Obursátiles S.A. en un 69% y no vigilaron a la Sociedad Internacional de Divisas S.A., pese a que existían investigaciones sobre el manejo de dinero con origen ilícito.

1.4. Contestación de la demanda

1.4.1. Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República⁴

El apoderado de la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, respecto a los hechos manifestó que en su mayoría no le constaban y que algunos no tenían dicho carácter.

Formuló las siguientes excepciones:

- Inexistencia de responsabilidad

En cuanto no estaban probados los elementos de la responsabilidad del Estado, dado que la decisión del Gobierno de Estados Unidos de incluir a una persona en la Lista Clinton, es un hecho inoponible al Estado Colombiano

- Falta de legitimación material en la causa por pasiva e indebida representación de la Nación

Aseguró que la Nación no puede ser representada ni por el Presidente de la Republica ni por el Departamento Administrativo de la Presidencia, sino por las autoridades señaladas en el artículo 149 del C.P.A.C.A., por lo cual, el auto admisorio de la demanda se notificó a persona distinta a la demandada (numeral 12 del artículo 97 del CPC).

La Presidencia de la República no tiene legitimación material en la causa por pasiva, porque no tuvo responsabilidad alguna en la decisión de incluir al demandante en la lista OFAC.

1.4.2. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁵

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Afirmó que los hechos que se le atribuyen no tienen relación con sus funciones, dado que no tiene atribuciones legales en materia de inspección, vigilancia y control de fusiones comerciales, ni relacionadas con la conformación de la Lista Clinton.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.4.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁶

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Respecto a los hechos, expresó que no le constan.

⁴ Fls. 329 a 340, Cuaderno No.1.

⁵ Fls.127 a 132 Cuaderno No.1 – Fls. 1 a 14, cuaderno 5.

⁶ Fls. 251 a 258 Cuaderno No.1.

Expuso la naturaleza jurídica de la Superintendencia Financiera, a fin de aclarar que está adscrita a ese Ministerio y goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, sin que ello implique que el control de tutela que ejerce le reste la autonomía a dicha entidad.

Citó la sentencia T - 468 de 2003, en torno a: (i) Que la inclusión en la lista Clinton es una causal objetiva que autoriza a los bancos a no realizar operaciones financieras con las personas nacionales o jurídicas allí incluidas, que se deriva de lo que se denomina “*riesgo de operación*”, situación soportada en las graves consecuencias económicas que generaría estar vinculado con una persona que hace parte de dicha lista y (ii) Que la lista Clinton, contenida en la orden ejecutiva No. 12.978, no constituye una decisión judicial o administrativa, sino una decisión autónoma de un gobierno extranjero (USA), que sirve como elemento de valoración probatoria para las instituciones financiera al momento de evaluar el acceso a los particulares a la prestación de los servicios financieros.

Propuso las excepciones:

- Inexistencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad

En tanto que el daño antijurídico que alega el demandante no es imputable al Ministerio, porque nunca participó en la conformación de la lista Clinton, que proviene de una decisión de un gobierno extranjero, es decir, los hechos de la demanda no son imputables al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

- Inexistencia de un daño cierto

Debido a que el daño alegado no tiene relación directa con los perjuicios que alega el accionante.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva

Puesto que en el Decreto 4712 de 2008, mediante el cual se estableció la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no se consignó ninguna función relacionada con la inclusión de personas en la lista Clinton. En efecto, la Orden Ejecutiva No. 12978 fue proferida por el presidente de los Estados Unidos de América y a dicho Ministerio no le corresponde autorizar la negociación de acciones.

1.4.4. Superintendencia de Sociedades⁷

El apoderado de la Superintendencia de Sociedades se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo la consideración de que no estaba obligada a ejercer función alguna sobre la Sociedad Internacional de Divisas S.A., que pudiera evitar la inclusión del demandante en la Lista Clinton, lo cual era autónomo, potestativo y soberano de un gobierno extranjero.

Agregó que el demandante era el representante legal de OBURSÁTILES S.A., por lo cual debía actuar como un buen hombre de negocios e indagar sobre las personas que conformaban la Sociedad Internacional de Divisas S.A.

⁷ Fls. 265 a 291 Cuaderno No.1.

Propuso las excepciones de: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que no tiene injerencia sobre las actividades de las casas de cambio y las comisionistas de bolsas y (ii) culpa exclusiva y determinante de un tercero, puesto que la inclusión de un nombre en la lista Clinton es un asunto reservado al Gobierno de Estados Unidos y las entidades demandadas no inciden en su conformación.

1.4.5. Superintendencia Financiera de Colombia⁸.

En cuanto a los hechos de la demanda, resaltó que si bien la entonces Superintendencia de Valores autorizó la negociación de acciones en un porcentaje superior al 10% de cinco personas naturales individualmente consideradas, la misma no tuvo como objeto la fusión de las sociedades comerciales Internacional de Divisas y Obursátiles S.A. Asimismo, el examen realizado para que las personas naturales adquirieran más del 10% de las acciones de la citada sociedad, tenían relación con la idoneidad, la responsabilidad y la solvencia patrimonial como adquirentes en el momento específico de la solicitud de autorización y no con su situación posterior, más aun cuando no provenía de una autoridad colombiana, sino de un gobierno extranjero.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la “*Lista Clinton*” fue expedida por una autoridad extranjera y la Superintendencia Financiera no coadyuvó, conoció, ni participó en la expedición de la Orden Ejecutiva No. 12.978 del Presidente de los Estados Unidos de América

II. ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 1º de abril de 2014 se abrió el proceso a pruebas⁹, mediante auto de fecha de 23 de noviembre de 2018 se corrió traslado común a las partes para alegar de conclusión¹⁰ y, dentro del término del artículo 210 del C.C.A, las partes presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público rindió concepto.

2.1. Por la parte actora¹¹.

Destacó que la Superintendencia Financiera era el organismo que debía velar porque quienes participaban en el mercado de valores ajustaran sus operaciones a las normas que lo regulaban. En este sentido, debió adelantar las investigaciones que estimara necesarias, antes de dar la autorización que involucraba a la Sociedad Internacional de Divisas S.A. Así, el incumplimiento de las funciones atribuidas a la Superintendencia de Sociedades, relativas a la vigilancia y control de las sociedades comerciales, revela una negligencia que dio lugar a los perjuicios reclamados por los demandantes.

En consecuencia, afirmó que con las pruebas documentales aportadas al proceso, quedó demostrado la responsabilidad de las demandadas, así como las facultades con las que contaban respecto de las sociedades comerciales involucradas en los hechos que dieron lugar al daño cuya reparación se exige.

⁸ Fls. 1 a 8, Cuaderno No. 3.

⁹ Fl. 345 Cuaderno No. 1

¹⁰ Fl. 477 Cuaderno No. 1

¹¹ Fls. 582 a 637 del cuaderno principal

A su vez, acudió a los testimonios recibidos en el proceso, para sustentar las razones de la inclusión de la sociedad Obursátiles en la Lista Clinton y resaltar que los declarantes manifestaron que las Superintendencias demandadas debieron percatarse de las irregularidades en las actividades de la sociedad con la que se llevó a cabo la fusión y no avalar su idoneidad.

Agregó que la responsabilidad de las demandadas no se limita a la falla en el servicio por el suministro de información, sino que incluye la falta de acompañamiento de las autoridades colombianas en su defensa ante el gobierno extranjero.

2.2. Por el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio¹².

El apoderado del Ministerio de Comercio solicitó declarar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de su representada, y sostuvo que el recaudo probatorio corroboró lo expuesto en la contestación de la demanda, por lo cual reiteró los argumentos expuestos en dicha etapa procesal.

2.3. Por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República¹³

El apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República reafirmó los argumentos de la contestación de la demanda. Agregó que las pruebas recaudadas son claras respecto de la desvinculación de la demandada con los hechos que se presentan como causantes del daño, por ausencia de obligaciones jurídicas frente a las relaciones comerciales del demandante. De este modo, solicitó se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de dicho Departamento.

2.4. Por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁴.

El apoderado señaló que las pruebas obrantes en el proceso no son demostrativas de la acción u omisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a partir de la cual endilgar responsabilidad por la inclusión del demandante en la Lista Clinton, en tanto que la misma representa para Colombia el cumplimiento de un acto de cooperación y protección de las relaciones contractuales con la Banca Norteamericana.

Solicitó emitir sentencia desestimatoria de las pretensiones, porque considera que la inclusión errónea de una persona en una actuación propia de otro Estado, no podría generar responsabilidad a quienes se sujetan al cumplimiento de la actuación de dicho Estado, porque el no hacerlo pondría en riesgo el interés general de los ciudadanos.

2.5. Por la Superintendencia de Sociedades¹⁵.

En tesis de la Superintendencia de Sociedades, está demostrado que antes de la fusión entre las sociedades Internacional de Divisas y Obursátiles S.A., en sus

¹² Fl. 478, cuaderno 1.

¹³ Fls 482 a 485, cuaderno 1

¹⁴ Fls. 486 y 487, cuaderno 1.

¹⁵ Fls. 491 a 495, c. 1.

dependencias no se radicó comunicación por el señor Mahecha Jaramillo o alguna autoridad nacional o extranjera, conforme a la cual correspondiera impartir un trámite, más aún cuando el sector financiero tiene su propio esquema de supervisión integral. Las comunicaciones recibidas por la entidad son posteriores al cierre de dicha fusión, y no contaba con la facultad para investigar a la Sociedad Internacional de Divisas, con todo, no le era posible advertir el riesgo de la relación comercial por la presunción de buena fe y la extralimitación de funciones que esto representaría.

En todo caso, consideró que de estimarse demostrados los perjuicios, estos serían producto de un curso causal que si bien pudo ser injusto, no era susceptible de reparación, en la medida que obedeció a la decisión de un gobierno extranjero.

2.6. Por la Superintendencia Financiera de Colombia¹⁶

El apoderado de la Superintendencia Financiera de Colombia sostuvo que deben desestimarse las pretensiones de la demanda, debido a que no están probados los elementos de la responsabilidad del Estado y se advierte configurado el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, atribuible al Gobierno de los Estados Unidos de América.

Destacó que la Superintendencia Financiera de Colombia no emitió instructivo alguno a las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control, relacionado con la prohibición de negociar con las personas incluidas en la orden ejecutiva emitida por la autoridad norteamericana, debido a que esta no tiene efectos vinculantes en Colombia y cada entidad financiera evalúa el riesgo de la contratación de forma autónoma.

2.7. Ministerio Público

El Ministerio Público señaló que debe declararse prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, porque en el marco competencial que les asigna el ordenamiento jurídico no se advierte injerencia en los hechos de los cuales la parte actora pretende derivar la responsabilidad extracontractual del Estado.

Señaló que deben negarse las pretensiones de la demanda, porque la parte actora no demostró que la Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera) incurrió en falla en el servicio; por el contrario, estimó probado que esta entidad “*se plegó al marco funcional que le era exigible (...) no sólo verificó la información allegada por el interesado en el trámite de autorización de negociaciones de acciones, sino que consultó información previa que reposaba en la entidad para establecer la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirir las acciones de Obursátiles...*”. Precisó que aunque la información fuera resultado de un trámite adelantado “*...no hace más de un año*”, resultaba válida por disposición del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

A su vez, destacó la ausencia de medios de convicción a partir de los cuales se dedujera que la Superintendencia de Valores conoció o debía conocer los hechos

¹⁶ Fls. 517 a 521,

que determinaron la inclusión de la Sociedad Obursátiles S.A. y su representante legal en la “Lista Clinton”.

En cuanto a la Superintendencia de Sociedades, señaló que no está probado que conociera de las actividades ilícitas en que presuntamente incurrieron las personas adquirentes de las acciones de Obursátiles, que en todo caso no estaban sujetas a su inspección, control y vigilancia.

Adujo que no se demostró la fusión entre Obursátiles S.A. y la Sociedad Internacional de Divisas S.A., sino únicamente que la asamblea general de accionista de Obursátiles S.A. avaló la compra del 69% de sus acciones por las personas naturales, y que dicha operación fue autorizada por la Superintendencia de Valores de la época.

Destacó que en todo caso, los socios y representantes de Obursátiles S.A. eran los primeros llamados a verificar las calidades personales, económicas y profesionales de aquellos con quienes celebrarían las transacciones, en virtud de las cargas negociales de sagacidad, diligencia, buena fe y corrección y, por lo mismo, son ellos los llamados directamente a soportar los defectos en que hayan incurrido, por cuenta de una negociación adelantada sin el agotamiento riguroso de tales verificaciones.

Adicionalmente, argumentó que estaba probado el hecho de un tercero ajeno al Estado, porque la inclusión de una persona en el listado de la OFAC es un acto soberano de un gobierno extranjero que escapa del control de las autoridades colombianas.

III. PRESUPUESTOS PROCESALES

3.1. Jurisdicción y competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas como consecuencia de la actuación de las entidades públicas. Dado el criterio orgánico establecido en la norma citada, y en atención a la naturaleza jurídica de las demandadas, el litigio debe ventilarse ante esta Jurisdicción.

Así mismo, esta Corporación es la competente para conocer en primera instancia del proceso de la referencia, de acuerdo con lo dispuesto en artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de las acciones de reparación directa cuando la cuantía exceda de los 500 SMLMV.

3.2. De la caducidad de la acción

Los demandantes reclaman la reparación del daño sufrido con la inclusión en la “Lista Clinton” del señor César Javier Mahecha. De acuerdo con lo probado, dejó de figurar en dicho sistema de información el 30 de octubre de octubre de 2009, de

modo que inicialmente contaban hasta el 31 de octubre de 2011 para interponer la demanda dentro del término de dos años establecido en el artículo 136 del C.C.A¹⁷.

La solicitud de conciliación prejudicial, con efectos suspensivos del término de caducidad, según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1716 de 2009, se presentó el 28 de octubre de 2011, cuando faltaban 3 días para el vencimiento de dicho término, la constancia del trámite fallido se expidió el 12 de diciembre de 2011¹⁸, y la demanda se presentó al día siguiente¹⁹, por lo que se concluye que su interposición fue oportuna, en concordancia con el pronunciamiento que al respecto emitió el Consejo de Estado en auto de 19 de junio de 2013²⁰.

3.3. De la legitimación en la causa

3.3.1. Legitimación en la causa por activa

El señor César Javier Mahecha está legitimado en la causa por activa, en calidad de afectado directa, pues consta que fue incluido en Lista de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos -Lista Clinton.

De igual modo, los restantes demandantes, acreditaron su condición de víctimas indirectas, por su relación con el señor César Javier Mahecha, en la forma que sigue:

Demandante	Calidad	Prueba
Martha Lucia Álvarez Angulo	Esposa	Registro de matrimonio (Fl. 37, c. 8)
Juan Sebastián Mahecha Álvarez	Hijo	Registro Civil (Fl. 31, c. 8)
Laura Marcela Mahecha Álvarez	Hija	Registro Civil (Fl. 36, c. 8)
Gladys Jaramillo de Mahecha	Madre	Registro Civil (Fl. 31, c. 8)
Salvador Mahecha Morales	Padre	Registro Civil (Fl. 31, c. 8)
Pedro Nel Álvarez Trujillo	Suegro	Registro Civil (Fl. 34, c. 8) – Testimonios sobre la cercanía con la víctima directa y afectación por la situación que se presenta como causante del daño cuya reparación se exige.
Lucia Angulo	Suegra	Registro Civil (Fl. 34, c. 8) - Testimonios sobre la cercanía con la víctima directa y afectación por la situación que se presenta como causante del daño cuya reparación se exige.

¹⁷ Fl. 83, cuaderno 8.
¹⁸ Fl. 91 a 101, cuaderno 8.
¹⁹ Folio de presentación de la demanda
²⁰ Fl. 213, c. 4.

3.3.2. Legitimación en la causa por pasiva

Las entidades demandadas están legitimadas formalmente en la causa, porque las pretensiones se dirigen en su contra. No obstante, analizados los hechos que respaldan las pretensiones y las imputaciones del daño reclamado, la Sala advierte que no hay actuación u omisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de la que pueda predicarse una participación **real** en la inclusión del señor César Javier Mahecha Jaramillo en la Lista de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos.

La causa que motiva las pretensiones de reparación es el inadecuado cumplimiento de las funciones de vigilancia de las Superintendencias de Sociedades y la Superintendencia Financiera sobre la Sociedad Internacional de Divisas S.A., y la expedición de la autorización a sus Socios para adquirir el 69% de las acciones de Obursátiles S.A., de la cual era Gerente y Representante Legal el señor César Javier Mahecha Jaramillo, teniendo en cuenta que este último argumenta que la inclusión en la “Lista OFAC” de su nombre el de la Firma que representaba se produjo por la inclusión de los nuevos socios.

En este sentido, la imputación se dirigió en contra de las Superintendencias Financiera y de Sociedades, bajo el argumento de que les correspondía advertir el riesgo que implicaba la adquisición de las acciones por parte de los Socios de Internacional de Divisas S.A., en cumplimiento de sus funciones de vigilancia, pues de haberlo hecho habrían evitado la inclusión de la Sociedad Obursátiles S.A. y el demandante César Javier Mahecha Jaramillo en la Lista OFAC.

En efecto, la Superintendencia de Sociedades cumplía una función de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles que le permitía tener información comercial de personas naturales y jurídicas; mientras que la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera por la fusión con la Superintendencia Bancaria dispuesta mediante el Decreto 4327 de 2005, ejercía la vigilancia sobre las Sociedades del Sistema Financiero Colombiano, y cumplía funciones específicas para propender por la integridad y transparencia del mercado de valores.

De esto modo, se advierte que las Superintendencias Financieras y de Sociedades cuentan con personería jurídica y autonomía presupuestal para eventualmente responder por los daños reclamados, por lo que su adscripción o vinculación con los Ministerios no justificaría la vinculación de éstos al proceso.

Finalmente, sobre el argumento planteado en los alegatos de conclusión, conforme a los cuales la causa de la demanda también era la falta de acompañamiento de las autoridades colombianas en su defensa ante el gobierno extranjero, se destaca que la demanda no se planteó en esos términos, porque el daño se atribuyó específicamente a la inclusión del demandante en la Lista OFAC, debido al cumplimiento defectuoso de las funciones de vigilancia y control sobre la Sociedad Internacional de Divisas y sus Socios, de modo que en este contexto se limita el litigio y las demandadas ejercieron su derecho de defensa en las etapas anteriores.

En consecuencia, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de

Comercio, Industria y Turismo, y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si procede declarar la responsabilidad extracontractual de la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Sociedades por el daño causado a los demandantes por la inclusión del señor César Javier Mahecha Jaramillo en la Lista OFAC del Departamento del Tesoro de Estados Unidos -Lista Clinton-, que, en tesis de la parte demandante, se atribuye al incumplimiento en sus funciones de vigilancia y suministro de información de la Sociedad Internacional de Divisas y sus Socios, y a la autorización de la adquisición por parte de éstos últimos del 69% de la Sociedad Obursátiles S.A., de la cual el señor Mahecha Jaramillo era Gerente y Representante Legal.

En caso de que la respuesta al interrogante anterior sea afirmativa, ¿cuáles son los perjuicios indemnizables y en que monto deben reconocerse?

4.2. Tesis de la Sala

La Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Financiera no son responsables del daño sufrido por los demandantes con la inclusión del señor César Javier Mahecha Jaramillo en la Lista OFAC del Departamento del Tesoro de Estados Unidos -Lista Clinton-, puesto que no está demostrado que de haber estado únicamente motivada por la adquisición de las acciones de Obursátiles S.A., dichas Superintendencias tuvieran conocimiento del riesgo que representaba su vinculación como Socios de quienes integraban la Firma Internacional de Divisas S.A., por actividades de narcotráfico, lavado de activos o cualquier otra conducta que diera lugar a cuestionar la legalidad de sus actividades y su posterior vinculación al registro negativo del Gobierno de los Estados Unidos. Particularmente, la Superintendencia Financiera expidió la autorización de la adquisición de las acciones en cumplimiento de lo previsto en el artículo 88 del Estatuto Financiero y de la Circular Externa Circular Externa No. 14 de 1998.

Descartado que las Superintendencias hubiesen incumplido sus funciones con repercusión en la inclusión del demandante en la “Lista Clinton”, la afectación que pudo generarle dicha circunstancia se inserta en el ámbito propio de las negociaciones de la Sociedad Obursátiles a quien el demandante representaba, en ejercicio de la autonomía contractual y la libre disposición de la propiedad privada, con pleno conocimiento de la asunción del riesgo que ello implicaba. En estos términos, la decisión de incluir a la Sociedad Obursátiles S.A. y al señor César Javier Mahecha Jaramillo fue exclusiva del Gobierno de los Estados Unidos, sin intervención de las autoridades nacionales, de modo que, de no existir motivos fundados para tal proceder, el daño reclamado únicamente sería atribuible al Departamento del Tesoro de Estados Unidos.

4.3. Responsabilidad Extracontractual de las Superintendencias por incumplimiento de sus funciones de inspección y vigilancia.

La Ley 222 de 1995, en sus artículos 82 y s.s., señala que el Presidente de la República, a través de la Superintendencia de Sociedades, ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales y define estas funciones de la siguiente manera:

“ARTICULO 83. INSPECCION (sic).

La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.

ARTICULO 84. VIGILANCIA.

La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

(...)

ARTICULO 85. CONTROL.

El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

- 1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos...”*

Según lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1080 de 1996, **“Por el cual se reestructura la superintendencia de sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos”, la Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, 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.**

Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4327 de 2005, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene a su cargo las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, además, supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados

Sobre la responsabilidad extracontractual de las Superintendencias en el ejercicio de sus funciones, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“No alberga hesitación alguna la Sala en el sentido de que en casos como el sub lite resulta necesario situar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, pues “La función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector”³⁸; no puede perderse de vista que el contenido obligacional a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda —so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar— “[d]el cumplimiento de la ley más no el éxito económico de la inversión” Por consiguiente, “quien sufre pérdidas como consecuencia del juego del mercado dentro de los límites de la legalidad tiene el deber jurídico de soportar el daño”³⁹.

Ello si se tiene en cuenta, además, que cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado —el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión—, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general, frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser —se itera— la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales.

*Contrario sensu, **si la Superintendencia acredita haber desplegado de manera diligente, prudente, cuidadosa, objetiva y suficientemente justificada sus labores de inspección, vigilancia y control, demuestra haber hecho un ejercicio razonado, ponderado, sustentado en hechos concretos y debidamente motivado de los márgenes de apreciación que el ordenamiento jurídico le confiere frente a este tipo de situaciones, sencillamente no cabrá declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en consideración a que los daños sufridos por los clientes o usuarios de la sociedad vigilada no resultan jurídicamente imputables a la entidad pública accionada (...)***²¹

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 3 de octubre de 2012, Rad. No. 22984.

4.4. De las pruebas relevantes recaudas en el proceso y los hechos probados.

4.4.1. Documentos sobre la acreditación personal y profesional, la historia laboral y el nombre del señor César Javier Mahecha Jaramillo.

- Título universitario de Economista conferido al señor César Javier Mahecha Jaramillo²².
- Contrato individual de trabajo a término indefinido, entre Obursatiles y Cesar Javier Mahecha Jaramillo en el cargo de auxiliar contable, celebrado el 22 de diciembre de 1967²³.
- Certificaciones Laborales expedidas por Obursatiles el 17 de diciembre de 1996 y el 22 de mayo de 1997, en la que se señala que el señor Mahecha Jaramillo laboraba en dicha Sociedad desde el 4 de agosto de 1991 y desempeñaba el cargo de Representante Legal.²⁴
- Renuncia del señor César Javier Mahecha al cargo de Gerente Comercial – Representante Legal de Obursatiles, con fecha de 17 de febrero de 2003²⁵.
- Certificado de la Procuraduría de 24 de marzo de 2003, conforme al cual el demandante no registraba antecedentes disciplinarios²⁶.
- Certificado de la Fiscalía General de la Nación de 2 de abril de 2003, conforme al cual no se adelantaba proceso de extinción del dominio en contra del señor Mahecha²⁷.
- Certificados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de 3 de marzo de 2003 y 1 de junio de 2005, conforme a los cuales el demandante no registraba como infractor de normas aduaneras²⁸.
- Certificados de la Policía Judicial de marzo de 2003 y marzo de 2006, conforme a las cuales el demandante no registraba antecedentes penales, ni registro, anotación o pendiente judicial²⁹.
- Certificado de ausencia de registros a nombre del señor Mahecha en el Sistema General de Sociedades de la Superintendencia de Sociedades, de 21 de marzo de 2003³⁰.
- Certificado de la Contraloría Delegada de 10 de marzo de 2003, conforme al cual el demandante no estaba registrado en el boletín de responsabilidad Fiscal³¹.
- Constancias de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con las cuales no se había adelantado investigación en contra del demandante, de 27 de

²² Fl. 1, cuaderno 8.

²³ Fl. 2, cuaderno 8.

²⁴ Fls. 4 y 6, cuaderno 8

²⁵ Fl. 25, cuaderno 8.

²⁶ Fl. 41, cuaderno 8

²⁷ Fl. 42, cuaderno 8

²⁸ Fls. 43 y 55, cuaderno 8

²⁹ Fl. 44 y 54, cuaderno 8

³⁰ Fl. 45, cuaderno 8

³¹ Fl. 47, cuaderno 8

mayo de 2005, 13 y 14 de junio de 2005, 15 de marzo de 2006, 26 de abril de 2006³².

- Oficio de 24 de octubre de 2003, mediante el cual la Superintendencia de Valores manifestó que no tenía la facultad para emitir certificaciones en los términos solicitados por el señor Mahecha, en cuanto a su habilitación para seguir operando en el mercado financiero y bursátil, y señalando que en su base de datos registraba como representante legal de Obursatiles S.A.³³
- Noticia de prensa relacionada con las presuntas actividades delictivas de William Rodríguez Abadia, hijo de Miguel Rodríguez, publicada en el periódico El País, de la que se lee:

“Dos años después, las autoridades colombianas comenzaron a seguir la pista de sus inversiones, entre ellas, sus acciones en Alero S.A., una compañía fabricante de prendas en Cali, y seis empresas más: las compañías financieras colombianas de fachada A.G. Representaciones Ltda., Inversiones Capital Ltda., Representaciones Zarza Ltda. y Valores Corporativos S.A.

Estas empresas estaban asociadas con la casa de cambio Internacional de Divisas y los corredores de bolsa Obursatiles, incluidas en 2003 en la Lista Clinton por sus vínculos con la organización Rodríguez Orejuela”³⁴.

- Aparte de lo que parece ser una publicación de prensa, conforme a la cual se señala como un negocio caldense incluido en la Lista Clinton a la Sociedad Obursatiles S.A.³⁵
- Comunicación de 26 de marzo de 2003, de la Superintendencia de Valores a la Superintendencia de Sociedades, con el fin de que remitiera los antecedentes del señor César Javier Mahecha Jaramillo, para que obraran en un trámite de autorización de adquisición de acciones de una Sociedad Comisionista de Bolsa³⁶. Respuesta de la Superintendencia de Sociedades del 19 de marzo de 2003, en la que señala que no hay registros del señor Mahecha en el Sistema de Información General de Sociedades³⁷.
- Petición presentada el 9 de marzo de 2006 por el señor Mahecha Jaramillo a la Superintendencia de Sociedades, con el fin de que informara si se habían adelantado investigaciones en su contra, específicamente por lavado de activos³⁸.

³² Fls. 48 a 53, cuaderno 8.

³³ Fl. 40, cuaderno 8.

³⁴ Fls. 86 a 88, cuaderno 8.

³⁵ Fl. 89, cuaderno 8.

³⁶ Fl. 292, c. 2 principal.

³⁷ Fl. 293, c. 2 principal.

³⁸ Fl. 294, c. 2 principal.

- Respuesta de la Superintendencia de Sociedades de 16 de marzo de 2006, en la que indicaba que aparecía como socio de la Asociación Deportivo Cali, desde 1997 hasta el 30 de junio de 2005³⁹.

4.4.2. Del los negocios que involucraban a la Sociedad Internacional de Divisas S.A. y sus Socios y a Obursátiles S.A.

- En Acta No. 151 de 26 de julio de 2001, la Junta Directiva de Obursátiles autorizó al Gerente General y al Gerente Comercial (César Javier Mahecha Jaramillo) a celebrar contrato de arrendamiento, en los siguientes términos:

“El presidente de la Junta Directiva informa a los miembros presentes que con el fin de tener la infraestructura necesaria para operar en el mercado cambiario, es indispensable celebrar un contrato de arrendamiento universal con la entidad con la cual se cerrarán las negociaciones finales ya sea por vía de compra de activos o fusión, pues es indispensable contar con la estructura tanto tecnológica como de recurso humano inmediatamente.

La Junta Directiva considera lo expuesto por el presidente de la Junta y aprueba por unanimidad la celebración de un contrato de arrendamiento universal con la entidad con la cual se cerrarán las negociaciones finales y autoriza al Gerente General Dr. RODRIGO JOSÉ SARASTI GUERRERO a firmar y cerrar el contrato de arrendamiento. En el evento que el Dr. Sarasti por algún inconveniente no pudiese firmar el contrato mencionado, se autoriza por unanimidad al señor CÉSAR JAVIER MAHECHA JARAMILLO en calidad de Gerente Comercial para que lo presente como suplente en dicho acto”⁴⁰.

- El 13 de agosto de 2001, la Sociedad Internacional de Divisas S.A. Profesionales en la Compraventa de Divisas, en calidad de arrendadora, a través de su representante legal Ricardo Alberto Navia Díaz, y la Sociedad Obursátiles S.A., en calidad de arrendataria, como facultado por la Junta Directiva de dicha Sociedad, celebraron contrato de arrendamiento, con opción de compra.
- El objeto del contrato fue conceder “...a título de arrendamiento universal, el uso y goce de los establecimientos de comercio de su propiedad, actualmente en funcionamiento, cuyas características en cuanto a nombre o enseña comercial, lugar de ubicación y demás elementos que los integran aparecen relacionados en el Anexo No. 1. Así como todos los bienes y/o activos, haciendo explícito que como quiera que los establecimientos de comercio que le entrega en arrendamiento lo son en tanto universalidad se entienden incluidos en esa universalidad los recursos que integran el capital de trabajo de los mismos. En todo caso, la entrega de los establecimientos de comercio objeto de este contrato se efectúa en bloque o en su estado de unidad económica de explotación”⁴¹.
- En la Asamblea General de Socios de Obursátiles de 26 de noviembre de 2001, se acordó la venta de las acciones, en los siguientes términos:

³⁹ Fl. 295, c. 2 principal.

⁴⁰ Fl 9, cuaderno 8

⁴¹ Fls. 10 a 19, cuaderno 8

“El presidente de la Asamblea expone a los miembros presentes sobre la gestión que la Compañía ha estado realizando en la consecución de nuevos accionistas, por lo que presenta a los señores LUIS ALEJANDRO ARDILA HUYO, CLAUDIA PATRICIA SANCLEMENTE BEDOYA, RICARDO ALBERTO NAVIA DÍAZ, MARÍA CONSUELO IRAGORRIO TORRES, JORGE ARMANDO ARDILA HUYO Y LUIS ALEJANDRO ARDILA HUYO, como potenciales compradores del 69% de las acciones en circulación de la Sociedad, una vez aprobada por la Superintendencia de Valores del incremento del capital autorizado y la emisión del 1.027.000 acciones aprobadas en esta Asamblea.

Los potenciales compradores suministraron la información necesaria mediante la cual se consideró su solvencia económica teniendo en cuenta que estas personas habían sido aprobadas por la Superintendencia de Valores en su oportunidad mediante la adquisición de un puesto de bolsa.

La Asamblea en pleno aprobó la vinculación de los nuevos accionistas quienes adquieren un total de 4.282.830 acciones en circulación, pero sujetas a la aprobación por parte de la Superintendencia de Valores y la Bolsa de Valores, de la nueva emisión aprobada en esta Asamblea.

(...)

*Dicha vinculación se entiende aprobada sometida a la condición de que la Superintendencia de Valores y la Bolsa de Valores de Colombia apruebe la vinculación de los nuevos accionistas, en caso que el ente de vigilancia y control negare la autorización, la operación se entenderá resuelta en pleno derecho, convocándose en forma inmediata a una nueva reunión de esta asamblea*⁴²

4.4.3. De los documentos relacionados con la autorización solicitada para que los Socios de Internacional de Divisas adquirieran el 69% de las acciones de Obursatiles S.A.

- El 6 de diciembre de 2001, la Sociedad Obursátiles S.A. solicitó al Jefe División Bolsas de Valores, Intermediarios de Valores y demás Entidades Vigiladas de la Superintendencia de Valores, la aprobación del ingreso de Luis Alejandro Ardila Huyo, Jorge Armando Ardila Huyo, Ricardo Alberto Navia Díaz, Claudia Patricia Sanclemente Bedoya y María Consuelo Iragorri Torres a dicha Sociedad, con el 69% de sus acciones⁴³.
- Solicitud de adquisición de acciones de Obursatiles presentada el 6 de diciembre de 2001 por Luis Alejandro Ardila Huyo, Jorge Armando Ardila Huyo, Ricardo Alberto Navia Díaz, Claudia Patricia Sanclemente Bedoya y María Consuelo Iragorri Torres al Superintendente de Valores, en el que colocaron de presente lo siguiente:

“...cabe recordar que los suscritos peticionarios ya fuimos sometidos al escrutinio de esa Superintendencia a propósito del trámite de la solicitud para la adquisición del 100% de las acciones suscritas y en circulación de la sociedad BERMUDEZ Y VALENZUELA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, petición

⁴² Folios 21 y 22, cuaderno 8 – Fls. 40 a 42, cuaderno 3.

⁴³ Fl. 39, cuaderno 3.

*que fue despachada favorablemente en los términos de que da cuenta la comunicación radicada el 13 de marzo de 2001...*⁴⁴

- El 3 de enero de 2002, la Superintendencia de Valores comunicó al Representante Legal de Obursátiles S.A., como respuesta a su solicitud de autorización, en contexto de la adquisición de las acciones por los nuevos socios, que una vez estudiados los documentos allegados, en concordancia con los requisitos establecidos en la Circular Externa No. 14 de 1998, era viable autorizar la adquisición del monto accionario⁴⁵.
- La Bolsa de Valores de Colombia en Oficio de 2002, cuya fecha no es visible, manifestó al Director de Obursátiles S.A. que en relación con las operaciones que se han llevado a cabo desde el mes de agosto de 2001, y por virtud de las cuales los señores RICARDO ALBERTO NAVIA DÍAZ, CLAUDIA PATRICIA SANCLEMENTE BEDOYA, JORGE ARMANDO ARDILA HUYO, LUIS ALEJANDRO ARDILA HUYO Y MARÍA CONSUELO IRAGORRI TORRES solicitaron su ingreso como accionistas de la citada firma comisionista, el Consejo Directivo de la Bolsa de Valores de Colombia S.A., en sesión del 25 de septiembre de 2002 había aprobado su ingreso; siempre que las operaciones fueran reales y de buena fe, sin el propósito de vincular directa o indirectamente a personas cuya vinculación hubiese sido negada, como era el caso de **Efraín Sepúlveda Zapata**, quien era acreedor de los nuevos socios⁴⁶.
- Memorando Código 120 sin fecha, del Jefe de División de Bolsas de Valores, Intermediarios de Valores y demás Entidades Vigiladas, para el Superintendente de Valores, en el que se señaló lo siguiente:

“Al respecto, resulta pertinente recordar que de acuerdo con lo establecido por el artículo 1.3.5.0.1. del Decreto 1730 de 1991, adicionado por el artículo 26 de la Ley 35 de 1993, disposición que actualmente corresponde a los numeral 1, 2 y 3 del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma modificada parcialmente por el artículo 3 de la Ley 510 de 1999 y aplicable a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores, por virtud de la remisión consagrada en el artículo 64 de la Ley 510 de 1999, en concordancia con lo expuesto en la referida circular externa 014 de 1998, expedida por esta Superintendencia, toda persona que desee adquirir o incrementar su participación accionaria en el 10% o más de las acciones en circulación de una sociedad comisionista de bolsa como consecuencia de cualquier transacción, requiere de la aprobación de esta Superintendencia, a menos que los potenciales adquirentes, hayan obtenido dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la negociación, autorización para adquirir o para incrementar su participación en el capital accionario de una sociedad comisionista de bolsa en un porcentaje igual o por encima del diez por ciento (10%) de las acciones en circulación (...)

No fue necesario solicitar antecedentes de ninguno de los potenciales adquirentes, toda vez que respecto a los mismos, esta entidad no hace más de un año, había surtido el trámite de solicitud de antecedentes

⁴⁴ Fls 45 a 48, cuaderno 3.

⁴⁵ Folio 24, cuaderno 8 – Folio 34, cuaderno 3.

⁴⁶ Folio 23, cuaderno 8

de los mismos, en razón a que tales señores pretendieron adquirir el 100% de las acciones en circulación de las Sociedades Bermúdez y Valenzuela S.A. Comisionista de Bolsa.

Es de aclarar, que ninguno de los potenciales adquirentes, en esa ocasión, presentaron antecedentes de ninguna índole que permitiera dudar de sus antecedentes (...)

De acuerdo con lo expuesto, esta División, luego de evaluar la documentación allegada, estima viable aprobar la adquisición por parte de los señores Luis Alejandro Ardila Huyo, Jorge Armando Ardila Huyo, Ricardo Alberto Navia Díaz, Claudia Patricia Sanclemente Bedoya y María Consuelo Irigorri Torres del 69% de las acciones en circulación de la Sociedad Obursátiles S.A. (...)”⁴⁷.

- Respuesta de la Coordinadora del Grupo de lo Contencioso Administrativo de la Superintendencia Financiera de Colombia a interrogantes que le fueron formulados en el proceso, con fecha 30 de septiembre de 2014, de la cual se destacan las siguientes afirmaciones⁴⁸:

“De otra parte atendiendo lo expresado en el memorando de viabilidad de la autorización de la operación en comento, se tuvieron en cuenta los requerimientos efectuados por la anterior Superintendencia de Valores, con el fin de efectuar el análisis de idoneidad, carácter y responsabilidad de los anteriores potenciales accionistas, al momento de la solicitud de autorización elevada para adquirir acciones de la sociedad Bermúdez y Valenzuela S.A., operación que fue autorizada (...)”

4.4.4. Trámite anterior con fundamento en el cual se otorgó la aprobación para autorización para la adquisición de acciones de Obursátiles S.A.

- Comunicaciones de la Superintendencia de Valores dirigidas al Departamento Administrativo de Seguridad, a la Policía Nacional, a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación, a la Superintendencia de Sociedades, a la Secretaría General de Lavado de Activos, a la INTERPOL, a la Superintendencia Bancaria, a la Contraloría Delegada para Investigaciones Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de fecha 21 de noviembre de 2000, con el fin de que remitieran los antecedentes de Efraín Hernán Sepúlveda Zapata, Luis Alejandro Ardila Huyo, Claudia Patricia Sanclemente Bedoya, Jorge Armando Ardila Huyo, Ricardo Alberto Navia Díaz y María Consuelo Irigorri Torres, para que obraran en el trámite relacionado con la autorización de una negociación de acciones⁴⁹.
- Obran las siguientes respuestas a las solicitudes de la Superintendencia de Valores de 21 de noviembre de 2000:

Remitente	Fecha y contenido
Policía Judicial	30 de noviembre de 2000: Las personas no registran anotaciones, antecedentes y órdenes de captura vigentes.

⁴⁷ Fls. 35 a 38, cuaderno 3.
⁴⁸ Fls. 385 y 386, c. 2 principal.
⁴⁹ Fls. 19 a 28 y 51, cuaderno 3

Fiscalía General de la Nación	29 de noviembre de 2000: No se adelanta investigación penal, ni trámite de extinción del dominio en contra de las personas indicadas.
Superintendencia de Sociedades	19 de diciembre de 2000: No se encontró información respecto de las personas citadas
Departamento Administrativo de Seguridad	7 de diciembre de 2000: Certificado judicial y de Policía se expide directamente a los consultados.
Superintendencia de Sociedades	<p>7 de diciembre de 2000:</p> <p><i>“...el señor EFRAÍN HERNÁN SEPULVEDA (...) aparece registrado como miembro de Junta Directiva Principal 3 en 1996, Miembro de Junta Directiva Suplente 2. En 1997, 1998, respectivamente, en la sociedad AQUACULTURA DEL MAR S.A.</i></p> <p><i>De las personas que relaciono a continuación no se encontró información (...)</i></p> <p><i>De otra parte, le informo que consultado el programa de clubes deportivos arrojó información de:</i></p> <p><i>EFRAÍN H. SEPÚLVEDA ZAPATA figura con 1 aporte (Nro. título 4167) en el Período 1 y 2 en 1997, 1998, 1999, 2000 en CORPORACIÓN DEPORTIVA AMÉRICA (...)</i></p> <p><i>RICARDO ALBERTO NAVIA DÍAZ figura con 1 aporte (Nro. título 4785) en el período 1 en 1998, en el período 1 y 2 en 1999 y 2000 en ASOCIACIÓN DEPORTIVO CALI (...)</i>”</p>
Contraloría Delegada	6 de diciembre de 2000: Los nombres de las personas no registran en el boletín fiscal.
Procuraduría General de la Nación	11 de diciembre de 2000: Antecedentes disciplinarios de los consultados, de acuerdo con los cuales no registran antecedentes disciplinarios.
Superintendencia Bancaria	6 de diciembre de 2000: Remitió los formatos de información de los consultados, de los que se

	destaca que todos estaban vinculados con Internacional de Divisas, en general como miembros de la Junta Directiva, excepto frente a Ricardo Alberto Navia quien únicamente se le señalaba como suplente del Gerente, y Jorge Ardila a quien además se le registraba como Gerente. El único de los consultados que además se relacionaba con la representación legal de otras sociedades fue Efraín Hernán Sepúlveda Zapata. Respecto de ninguno de los consultados se registró sanción pecuniaria.
--	--

- Comunicación del Superintendente de Valores de 13 de marzo de 2001, al apoderado de Efraín Hernán Sepúlveda Zapata, Luis Alejandro Ardila Huyo, Claudia Sanclemente, Armando Ardila Huyo, Ricardo Alberto Navia Díaz, María Consuelo Iragori Torres, sobre la aprobación de la adquisición de las acciones en circulación de la Sociedad Bermúdez y Valenzuela S.A. Comisionista de Bolsa⁵⁰.

4.4.5. Del trámite adelantado por el demandante para la exclusión de la Lista Clinton.

- Comunicación de la Defensoría del Pueblo, dirigida al señor César Javier Mahecha, en la que se le indicó (i) Que ya había sido asesorado por dicha Entidad en cuanto al trámite que debía seguir para la exclusión de la “Lista Clinton”, el cual debía impulsar directamente ante el Departamento del Tesoro de Estados Unidos; (ii) Que había solicitado al Ministerio de Relaciones Exteriores coadyuvar su petición, quien había contestado que el procedimiento debía realizarse por el interesado, con remisión de las comunicaciones a la Embajada de Colombia en Washington para el seguimiento institucional y (iii) Que había realizado gestiones ante la Oficina de Control de Activos Internacionales OFAC del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. A su vez, le reiteró el trámite que debía seguir⁵¹
- Comunicaciones dirigidas por el demandante al Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, en atención del trámite establecido para la exclusión de la “Lista Clinton”, de fechas 5 de junio de 2006 (solicitud) y 28 de febrero de 2007 (respuesta a los interrogantes que le fueron planteados)⁵². En éstas, el demandante colocó de presente **que para el momento de la vinculación de los nuevos socios a la Sociedad OBURSATILES S.A., éstos no se encontraban en la Lista OFAC**; el conocimiento y relación con algunas personas que se le señalaron, entre estas, dichos **Socios RICARDO ALBERTO NAVIA DÍAZ, CLAUDIA PATRICIA SANCLEMENTE BEDOYA, JORGE ARMANDO ARDILA HUYO, LUIS ALEJANDRO ARDILA HUYO Y**

⁵⁰ Fls. 49 y 50. Cuaderno 3.

⁵¹ Fls. 63 a 66, cuaderno 8

⁵² Fls. 67 a 82, cuaderno 8.

MARÍA CONSUELO IRAGORRI TORRES, y el señor **EFRAÍN HERNÁN SEPÚLVEDA ZAPATA**, de quien señaló lo siguiente:

“Lo conocí en la Empresa Obursatiles antes de la venta de las acciones, sin que se llevara a cabo la negociación con él, en tanto que su admisión como accionista fue negada por la Bolsa de Valores de Colombia”⁵³.

- Comunicación del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de 30 de octubre de 2009, en la que se informa que el señor César Javier Mahecha Jaramillo había sido excluido de la “SDN List”⁵⁴.

4.4.6 De la existencia y representación legal de las Sociedades a las que aluden las partes del proceso.

- Escritura Pública No. 1.511 de 21 de abril de 2003, en la que consta la disolución de la Sociedad Operaciones Bursatiles S.A. – Obursatiles⁵⁵
- Certificado de la Cámara de Comercio de Cali de 27 de octubre de 2011, conforme al cual la Sociedad Operaciones Bursatiles S.A. – Obursatiles se encontraba disuelta y en estado de liquidación⁵⁶.
- Certificado de existencia y representación legal de Obursatiles S.A., expedido el 27 de octubre de 2011, según el cual el 25 de abril de 2003 se había inscrito como liquidador suplente a Cesar Javier Mahecha Jaramillo, y la Sociedad había sido liquidada⁵⁷.
- Resolución No. 828 de 1999, mediante la cual la Superintendencia Bancaria autorizó la constitución de la Sociedad Internacional de Divisas⁵⁸.
- Resolución No. 0394 de 2004, mediante la cual la Superintendencia canceló la inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de la Sociedad Obursátiles S.A. Comisionista de Bolsa, debido a que se encontraba en estado de liquidación⁵⁹.
- Certificado de existencia y representación legal de la Sociedad Valores e Inversiones Financieras de Colombia S.A. en liquidación, expedido el 1 de octubre de 2014, de acuerdo con el cual dicha Sociedad fue constituida el 10 de noviembre de 2003 y declarada disuelta y en estado de liquidación conforme a la inscripción del 8 de septiembre de 2009. Aparecen registrados como liquidadores los señores Salvador Mahecha Morales y Diana Milena Mahecha Jaramillo⁶⁰.
- Certificado de existencia y representación legal de la Sociedad San José S.C.A., expedido el 1 de octubre de 2014, de acuerdo con el cual dicha Sociedad fue constituida el 2 de julio de 2003 y declarada disuelta y en estado de liquidación conforme a la inscripción del 8 de septiembre de 2009. Aparecen registrados como socias gestoras las señoras Martha Lucía

⁵³ Fl. 80, cuaderno 8

⁵⁴ Fl. 83, cuaderno 8.

⁵⁵ Fls. 26 a 28, cuaderno 8.

⁵⁶ Fl. 29, cuaderno 8.

⁵⁷ Fl. 90, cuaderno 8.

⁵⁸ Fl. 374, c. 2 principal.

⁵⁹ Fl. 377, c. 2 principal

⁶⁰ Fls. 388 y 389, c. 2 principal.

Álvarez Ángulo y Diana Milena Mahecha Jaramillo. De igual modo, sobre la administración de la Sociedad en caso de falta de aquellas, se consignó que sería ejercida mancomunadamente por César Javier Mahecha Jaramillo y José Yesid Montealegre, hasta que los socios comanditarios Juan Sebastián o Laura Marcela Mahecha Álvarez cumplieran la mayoría de edad. Con última renovación de matrícula mercantil de 12 de septiembre de 2014⁶¹.

- Certificado de la Cámara de Comercio de Cali emitido el 1 de octubre de 2014, en el que consta la cancelación de la matrícula mercantil de la Sociedad Obursátiles S.A.⁶²
- Certificado de la Cámara de Comercio de Cali emitido el 1 de octubre de 2014, en el que consta la cancelación de la matrícula mercantil de la Sociedad Internacional de Divisas S.A.⁶³

4.4.7. Testimonios

- Declaración rendida por **Antonio Espinosa Palacios**, quien manifestó desempeñarse como comisionista de bolsa y señaló:

(i) Que conoció al demandante en la Sociedad Obursátiles;

(ii) Que en cumplimiento de los topes impuestos por la Superintendencia Financiera para la capitalización de las comisionistas, la firma Obursátiles se asoció con una empresa implicada en la “Lista Clinton”, lo cual fue un “revuelo”, debido a que las empresas que se asocian deben estar muy vigiladas.

(iii) Que la inclusión de una persona natural o jurídica en dicha lista era perjudicial para las finanzas y la vida laboral, pues impedía abrir una cuenta bancaria y conseguir empleo.

(iv) Que conocía a los restantes demandantes y su vínculo con el señor César Javier Mahecha Jaramillo;

(v) Que luego de la inclusión, al señor Mahecha Jaramillo en la “Lista Clinton” se le cerraron todas las puertas en el sistema financiero, sufrió una afectación económica y perdió toda posibilidad de empleo;

(vi) Que entre los clientes el tema del señor Mahecha Jaramillo fue polémico⁶⁴.

- Declaración de **Jorge Iván Delgado Mora**, quien declaró que fue comisionista de bolsa y agregó:

(i) Que el demandante sufrió perjuicios económicos, morales y en su integridad física por la inclusión en la Lista Clinton, debido a que padeció tumores por cáncer;

(ii) Que conoció al demandante siendo colegas de trabajo;

⁶¹ Fls. 390 a 393, c. 2 principal.

⁶² Fl. 395, c. 2 principal.

⁶³ Fl. 396, c. 2 principal.

⁶⁴ Fls. 65 a 68, cuaderno de despacho comisorio.

(iii) Que conocía a los restantes demandantes y su parentesco con el señor Mahecha y, particularmente, declaró la cercanía de éste con quienes se presentaron como sus suegros, quienes actualmente le prestaron un sitio para ejercer sus actividades laborales;

(iv) Que la Sociedad Internacional de Divisas había sido estudiada y avalada por más de dos años por la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera y Bolsa de Valores de Colombia, para lo cual se exigía que cumpliera con los requisitos de idoneidad y transparencia;

(v) Que conoció de la inclusión de la Sociedad Obursatiles en la Lista Clinton, por información eventual o boletín diario de la Bolsa de Valores, comunicaciones en las que se aclaraba que era prioritario el conocimiento por parte de las sociedades comisionistas de bolsa y que debían revisar dicha Lista, con el fin de prevenir el lavado de activos, enviadas por decreto del Ministerio de Hacienda contra el lavado de activos, "...hoy SARLAFT";

(vi) Que el demandante sufrió una crisis económica, financieramente se le cerraron las puertas, entre otras, en la forma en la que él laboraba;

(vii) Que los padres, hijos y esposa dependían económicamente del demandante;

(viii) Que la inclusión de la firma Obursatiles se incluyó en periódicos de circulación nacional;

(ix) Que el grupo familiar del demandante se vio afectado por la inclusión de aquél en la Lista Clinton, por el cambio en su modo de vivir;

(x) Que el demandante debió disminuir gastos, incluso dejó de pagar su medicina prepagada;

(xi) Que el demandante fue diagnosticado en el 2005 con un tumor en la cabeza y hacia el 2009 o 2010 con cáncer de tiroides⁶⁵.

- Declaración de **Luis Alfredo López Cárdenas**, quien manifestó desempeñarse como especulador de mercado financiero y conocer al demandante desde 1982, al ser compañeros de Universidad, agregó:

(i) Que conoce a los demandantes y su relación con el demandante, que la dependencia económica de sus hijos y esposa era total y que desconocía el porcentaje frente a sus padres y suegros,

(ii) Que los suegros dependían económicamente del demandante, porque su esposa no trabajaba y él les colaboraba;

(iii) Que la inclusión en la Lista Clinton ocasionó para el demandante problemas financieros, sociales, laborales y de salud;

(iv) Que al momento de la inclusión en dicha lista, el demandante recibía entre 4 y 5 millones de ingreso, más el 30% o 40% de comisión por el producido;

⁶⁵ Fls. 70 a 75, cuaderno de despacho comisorio.

(v) Que la noticia de que el demandante fue incluido en la Lista Clinton fue publicada en prensa virtual especializada en temas financieros;

(vi) Que en su círculo social se reprochó la situación del demandante por la inclusión en dicha Lista y que incluso para el tiempo de la declaración se le censuraba su amistad con el demandante, a quien se señalaba de estar involucrado con “los Rodríguez Orejuela”;

(vii) Que el demandante sufrió problemas económicos y señalamientos de orden social, a su vez, sus familiares padecieron dichas dificultades, concretamente señaló la cancelación de la medicina prepagada, la imposibilidad de enviar a sus hijos a estudiar en el exterior o en un mejor colegio y que el demandante se vio forzado a trabajar en el mercado informal, con los riesgos que eso implicaba;

(viii) Que el demandante se afectó anímicamente, no volvió a cócteles y reuniones y tuvo un marcado deterioro de la salud;

(ix) Que el demandante solicitó los servicios de un abogado en el exterior, pero desconoce el valor de los honorarios;

(x) Que ha ayudado al demandante económicamente con la educación de sus hijos y el tratamiento para su cáncer⁶⁶.

- Declaración de **Andrés Felipe Escobar Martínez**, quien manifestó desempeñarse como comisionista de bolsa y conocer al demandante desde 1997 o 1998 en una reunión de amigos. Agregó que:
 - i. Que conocía a los restantes demandantes y su relación con el señor César Javier Mahecha.
 - ii. Que el demandante ganaba entre el 20, 30 o 40% de comisiones y que había llegado a ser accionista en 25% de la empresa.
 - iii. Que el demandante se vio afectado en su vida laboral y profesional, le cancelaron su cuenta bancaria y la póliza de la medicina prepagada.
 - iv. Que los hijos y la esposa dependían económicamente del señor Mahecha Jaramillo, además, él ayudaba económicamente a sus padres y sus suegros.
 - v. Que antes de ser incluido en la Lista Clinton era un comisionista de bolsa exitoso, con una excelente posición económica; pero luego de este evento sufrió una profunda depresión y sus amigos debieron ayudarlo con la educación de sus hijos y el mercado.
 - vi. Que la noticia de la inclusión del demandante se extendió por múltiples medios y que en su círculo fue censurado socialmente.
 - vii. Que a causa de la situación, el señor Mahecha sufrió cáncer en la cara y de tiroides, y su esposa episodios de estrés y angustia;
 - viii. Que el señor Cesar Javier Mahecha tuvo gastos por honorarios pagados a abogados en Estados Unidos, por valor de 15.000 dólares, y que

⁶⁶ Fls. 76 a 81, cuaderno de despacho comisario.

desconoce el valor de los honorarios pagados a un abogado que tuvo en Colombia⁶⁷.

4.4.8. Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores a requerimiento en el proceso.

- Oficio de la Directora de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29 de octubre de 2014, quien da respuesta a los requerimientos que le fueron enviados en este proceso, señalando lo siguiente:

“...el Estado Colombiano suscribió los siguientes instrumentos internacionales con los Estados Unidos de América, sobre la materia en cuestión:

- *Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre Cooperación en materia de Investigaciones y Procesos que involucren o estén relacionados con la incautación y decomiso de bienes y utilidades provenientes del tráfico ilícito de drogas narcóticas o sustancias psicotrópicas o cualquiera actividad delictiva conexas con este” suscrito el 24 de julio de 1990 y vigente desde la misma fecha.*
- *Memorando complementario para establecer mecanismos con el fin de ejecutar el memorando de entendimiento de 24 de julio de 1990, entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, relacionado con la transferencia de bienes decomisados, suscrito en Washington el 28 de octubre de 1998.*

Por otro lado, es oportuno advertir que el Estado Colombiano hace parte de los siguientes instrumentos internacionales de tipo multilateral, de los cuales hacen parte los Estados Unidos de América (...)

- *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (...).*
- *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (...)*
- *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (...)*⁶⁸

4.5. Análisis del caso concreto

4.5.1. A partir de los elementos probatorios se demuestra que los demandantes sufrieron afectaciones por la inclusión del señor César Javier Mahecha Jaramillo.

⁶⁷ Fls. 82 a 86, cuaderno despacho comisorio.

⁶⁸ Fls. 398 y 399, cuaderno 2 principal.

Teniendo en cuenta que el daño es el presupuesto principal del que parte el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de las pruebas aportadas se verificó que el señor César Javier Mahecha Jaramillo fue incluido en la Lista de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos.

De acuerdo con los testimonios rendidos en el proceso, lo anterior le produjo afectación del orden moral, económica y social tanto a él como a los restantes demandantes, quienes se presentan como su grupo familiar, y específicamente a él una vulneración a su buen nombre, por la publicación de la inclusión en la Lista OFAC de la Sociedad Obursatiles S.A.

Demostrada la afectación sufrida por los demandantes, procede continuar con el juicio de imputación, a partir del desarrollo de las siguientes premisas:

4.5.2. La inclusión del señor César Javier Mahecha no es atribuible a las Superintendencias Financiera y de Sociedades, porque cumplieron sus funciones de acuerdo con lo exigido en la ley y no se demostró que contaran con información adicional a la suministrada.

En primer término, frente a la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera, la Sala advierte que cumplió con el deber de entregar la autorización para la adquisición de las acciones de Obursátiles S.A. por parte de los Socios del Internacional de Divisas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 88 del Estatuto Financiero, que disponía:

*“1. **Negociación de acciones.** Toda transacción de inversionistas nacionales o extranjeros que tenga por objeto la adquisición del diez por ciento (10%) o más de las acciones suscritas de cualquier entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, ya se realice mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas o aquellas por medio de las cuales se incremente dicho porcentaje, requerirá so pena de ineficacia, la aprobación del Superintendente Bancario, quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente, además, se cerciorará que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones.*

Para efectos de impartir su autorización, el Superintendente Bancario deberá verificar que la persona interesada en adquirir las acciones no se encuentra en alguna de las situaciones mencionadas en los incisos 3o. y 4o. del numeral 5 del artículo 53 del presente estatuto y, adicionalmente, que la inversión que desea realizar cumple con las relaciones previstas en el inciso 5o. del citado numeral 5.

2. Efectos de la negociación sin autorización de la Superintendencia Bancaria. Toda enajenación de acciones que se efectúe sin la autorización de la Superintendencia Bancaria, contrariando lo dispuesto en el presente artículo, será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

*3. Excepciones a la obligación de obtener autorización previa. **La aprobación de la Superintendencia Bancaria a que se refiere el numeral 1 de este artículo no será necesaria cuando las personas interesadas en comprar acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones de la misma institución hayan obtenido dicha aprobación dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de la correspondiente transacción, siempre que en el interregno no hayan sido objeto de sanción alguna por parte de las Superintendencias Bancaria, de Valores, de Cambios o de Sociedades, ni***

se les haya dictado medida de aseguramiento o condena dentro de un proceso penal e informen previamente sobre la operación proyectada.

En todo caso, será necesario que se acredite al Superintendente Bancario previamente a la adquisición, so pena de ineficacia, que la inversión que desea hacer el interesado cumple con las relaciones previstas por el artículo 53, numeral 5, inciso 5o., de este Estatuto.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a todos los casos en que la transacción tenga por objeto la adquisición del diez por ciento del capital o del patrimonio de una entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, aun cuando el mismo no esté representado en acciones”.

La exigencia de la autorización para la negociación de acciones era exigible para los comisionistas de bolsa, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2016 de 1992, que expresamente señalaba que se extendía a éstos lo señalado en artículo 1.3.5.0.1 del Decreto 1730 de 1991, anterior Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁶⁹. Los requisitos que debía cumplir la solicitud de autorización de la adquisición de acciones en un porcentaje superior al 10% se establecían en la Circular Externa No. 014 de 5 de noviembre de 1998.

Ahora bien, de acuerdo con los hechos probados, en enero de 2002 la Superintendencia de Valores autorizó la adquisición del 69% de las acciones de Obursátiles por parte de la los Socios de Internacional de Divisas S.A., con fundamento en la autorización que había sido conferida a estas personas el 13 de marzo de 2001, para la adquisición de acciones de la Sociedad Bermúdez y Valenzuela S.A. Comisionista de Bolsa, a partir de indagaciones efectuadas en noviembre del año 2000, lo cual estaba autorizado legalmente por lo dispuesto en el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, respecto a que la autorización no era necesaria cuando las personas interesadas en comprar acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones de la misma institución hubiesen obtenido dicha aprobación dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de la correspondiente transacción.

A su vez, no está probado que los Socios de Internacional de Divisas S.A. que adquirieron el 69% de las acciones de Obursátiles S.A., luego de haber recibido la aprobación del 13 de marzo de 2001, para la compra de acciones en un porcentaje superior al 30%, hubiesen sido sancionados por las Superintendencias Bancaria, de Valores, de Cambios o de Sociedades, ni se les haya dictado medida de aseguramiento, supuestos en los que no procedía la autorización de negociación de acciones según lo dispuesto en el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Incluso, no obra prueba a partir de la cual se determine exactamente cuál fue la circunstancia que conllevó a incluir a los Socios de Internacional de Divisas S.A. a la Lista de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos -Lista Clinton- y si era constatable a partir de la información que

⁶⁹ **NEGOCIACIÓN DE ACCIONES.** Toda transacción de inversionistas nacionales o extranjeros que tenga por objeto la adquisición del diez por ciento (10%) o más de sus acciones suscritas de cualquier entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, ya se realice mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas o aquéllas por medio de las cuales se incremente dicho porcentaje, requerirá so pena de ineficacia, la aprobación del Superintendente Bancario, quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente, además, se cerciorará que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones.

debía verificarse para la autorización de la negociación de acciones que debía expedir la Superintendencia de Valores.

En lo que tiene que ver con la Superintendencia de Sociedades, ésta no reportó información sobre el riesgo de inclusión en la Lista OFAC a partir de la consulta efectuada por la Superintendencia de Valores sobre los Socios de Internacional de Divisas S.A., pero no está probado que contara con datos distintos a los que suministró, tampoco que hubiese impuesto sanciones a estas personas luego de la autorización emitida por la Superintendencia de Valores el 13 de marzo de 2001.

Finalmente, el mismo argumento que utilizó el señor César Javier Mahecha Jaramillo para ser excluido de la Lista OFAC en comunicación enviada al Departamento del Tesoro de Estados Unidos, atinente a que para el tiempo en la que los Socios de Internacional de Divisas adquirieron las acciones Obursátiles S.A., éstos no se encontraban incluidos, aplicaría para descartar la responsabilidad de la Superintendencia de Valores que autorizó dicha adquisición con la información obtenida antes de que ésta se efectuara.

Además, siendo la Lista OFAC es un instrumento que maneja exclusivamente el Gobierno de Estados Unidos, incluyendo a las personas de acuerdo con sus propias consideraciones, las Superintendencias no debían conocer las indagaciones o conclusiones realizadas frente a los Socios de Internacional de Divisas S.A. previas a su inclusión.

4.5.3. Asunción del riesgo de las negociaciones contractuales de la Sociedad Obursátiles S.A., de la cual el señor Mahecha Jaramillo era Gerente y Representante Legal.

Si bien no es posible establecer si existieron razones distintas a la adquisición de acciones de Obursátiles por parte de los Socios de Internacional de Divisas S.A. para incluir al señor César Javier Mahecha Jaramillo en la “Lista Clinton”, en principio y con fundamento en las pruebas testimoniales aportadas, así como los cuestionamientos que contestó el demandante al Departamento del Tesoro de Estados Unidos para lograr ser excluido del registro, está probado que dicha adquisición fue una o tal vez la única razón para su inclusión.

Descartado que las actuaciones u omisiones de las Superintendencias vinculadas fueron constitutivas de falla en el servicio a la cual le sea atribuible la inclusión del señor César Javier Mahecha Jaramillo a la Lista de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos, el debate se inserta en el ámbito del ejercicio de la autonomía privada de la voluntad en el negocio que permitió la adquisición de las acciones por parte de los Socios de Internacional de Divisas S.A.

En atención a que sobre la Sociedad Obursátiles S.A, recaía la obligación de analizar la negociación que realizaba, mínimamente, debía establecer la reputación de los Socios que vinculaba. En este caso, no puede afirmarse tajantemente que pudiera advertirse el riesgo de inclusión en la Lista OFAC que representaba la adquisición de las acciones por parte de los Socios de Internacional de Divisas S.A., por lo cual no puede atribuirse el daño a la falta de cuidado y diligencia del demandante como su gerente y representante legal.

Sin embargo, no es aceptable que la demandante pretenda atribuir al Estado la consecuencia de un acuerdo de voluntades entre particulares, so pretexto de las funciones de inspección, control y vigilancia que este debe ejercer sobre las sociedades mercantiles, toda vez que estas funciones no implican que deba reemplazarse la voluntad de los particulares, impidiendo que celebren negocios a su libre albedrío; estas funciones garantizan la sujeción a la ley y la Constitución Política de las sociedades mercantiles, en la medida en que sus facultades se lo permitan y sin afectar los derechos de los particulares a la libertad personal y contractual, y a la disposición de la propiedad privada.

Se recalca que en un primer momento el demandante tenía el deber de establecer la idoneidad de los nuevos Socios, pues este aspecto no se presume y la autorización que emitiera la Sociedad de Valores no les impedía realizar mayores indagaciones.

El hecho de que el Estado, a través de sus autoridades, tenga la competencia de inspección, vigilancia y control de ciertas actividades consideradas como estratégicas para la Nación, el mercado y la comunidad, no exime de responsabilidad a las personas naturales y jurídicas de velar por su propio cuidado y de obrar con la prudencia y la responsabilidad mínimos requeridos para el manejo de sus negocios.

Esta Sala de Decisión, encuentra que la Sociedad Obursátiles S.A. asumió el riesgo del negocio y, a su vez, el señor César Javier Mahecha Jaramillo como Gerente y Representante Legal, con años de experiencia como comisionista de bolsa y cualificado en el área de economía, decidió llevar adelante la negociación.

Sobre la asunción del riesgo, el H. Consejo de Estado ha señalado:

“Siendo la propiedad un derecho y una función social que implica obligaciones (art. 58 C.P.), corresponde al Estado garantizar el derecho en los términos atrás expuestos y a sus titulares velar por su seguridad e integridad, en principio, de acuerdo con las circunstancias y por ello la exposición o la asunción de riesgos fueron tenidos por la doctrina como excluyentes de la antijuridicidad del daño.

La Sala advierte cómo la doctrina española reconoce la asunción de riesgos dentro de las causas de exclusión de la antijuridicidad del daño. Según enseña José Manuel Busto en su obra “la antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad extracontractual”, recientemente publicada, tal fenómeno de exclusión se encuentra “caracterizado por referirse a supuestos en los que no hay aceptación de un daño actual, sino aceptación de exponerse a un daño eventual, con un ámbito de aplicación constreñido a sectores de actividad potencialmente generadores de resultados dañosos” (pag. 36)”⁷⁰

Al respecto se coloca de presente que según lo probado, en una ocasión la Bolsa de Valores negó a la Sociedad Obursátiles S.A. la inclusión del señor Efraín Sepúlveda Zapata como accionista, tal y como se advierte del Oficio que recibió en el año 2002, en el que se aprobó el ingreso de los otros Socios de Internacional de Divisas S.A., Ricardo Alberto Navia Díaz, Claudia Patricia Sanclemente Bedoya, Jorge Armando Ardila Huyo, Luis Alejandro Ardila Huyo y María Consuelo Iragorri Torres, siempre que esto no representara vincular directa o indirectamente a **Efraín Sepúlveda Zapata**, quien era acreedor de los nuevos socios⁷¹.

⁷⁰ Consejo de Estado, sentencia de 27 de enero de 2000, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Rad. No. 8490.

⁷¹ Folio 23, cuaderno 8

Aunque no es posible establecer si la relación de los nuevos socios con Efraín Sepúlveda Zapata motivó la vinculación de aquellos a la Lista OFAC, sí está demostrado que esta persona estaba relacionada con el contexto fáctico que dio lugar a la inclusión del señor César Javier Mahecha Jaramillo en dicha Lista, puesto que para lograr su exclusión debió rendir un informe no solo de la relación que tenía con los nuevos socios de Obursátiles S.A., sino con el señor Efraín Sepúlveda, en los siguientes términos:

“Lo conocí en la Empresa Obursátiles antes de la venta de las acciones, sin que se llevara a cabo la negociación con él, en tanto que su admisión como accionista fue negada por la Bolsa de Valores de Colombia”⁷².

De igual modo, está probado que el señor Efraín Sepúlveda Zapata era miembro de la Junta Directiva de Internacional de Divisas S.A, porque en el trámite surtido para la expedición de la autorización de la adquisición de acciones de la Sociedad Bermúdez y Valenzuela S.A. Comisionista de Bolsa, que habían presentado los nuevos Socios de Obursátiles junto al señor Sepúlveda, se acreditó el vínculo existente entre éste y los restantes socios, pese a lo cual, no se consideró que tal circunstancia fuera óbice para realizar la negociación de sus acciones por parte de Obursátiles.

Ahora bien, por desconocer las razones precisas que conllevaron a la Bolsa de Valores de Colombia a no aprobar al señor Sepúlveda como nuevo accionista y las que conllevaron al Gobierno de Estados Unidos a cuestionar al señor Mahecha sobre su relación con aquél, no es posible afirmar con grado de certeza que esto permitiera establecer el elevado riesgo que entrañaba la negociación, más aun cuando no representaba la imposibilidad de la vinculación de los restantes socios de Internacional de Divisas S.A. que adquirieron el 69% de las acciones de Obursátiles S.A.; no obstante, tal circunstancia colocaba de presente la posibilidad y conveniencia de realizar un indagación mayor de tal negativa, por la marcada relación del señor Sepúlveda con quienes ingresaban como Socios.

4.5.4. Configuraría del hecho exclusivo y determinante de un tercero, porque la Lista OFAC es un instrumento sobre el cual únicamente ejerce potestad el Gobierno de los Estados Unidos.

En materia de hecho exclusivo de un tercero, es pertinente recordar lo expuesto por el Consejo de Estado:

“(i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subroga en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención.

(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese

⁷² Fl. 80, cuaderno 8

tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado.

(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, “sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor”⁷³

La Superintendencia Financiera en uno de sus conceptos ha definido la “Lista Clinton” como “[La] lista negra de empresas y personas vinculadas de tener relaciones con dineros provenientes del narcotráfico en el mundo, la lista es emitida por la Oficina de Control de Bienes Extranjeros (Office of Foreign Assets Control (OFAC)) del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y fue creada en octubre del año 1995 por la Orden Ejecutiva 12978, emitida por el Presidente Bill Clinton como parte de una serie de normas para tomar medidas en la guerra contra las drogas y el lavado de activos”⁷⁴.

La Lista OFAC se integra por las decisiones autónomas y unilaterales del Gobierno de Estados Unidos en las que las autoridades colombianas no tienen injerencia. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, al definir la inclusión de una persona en la Lista Clinton como el acto soberano de un gobierno extranjero, entre otras, en la Sentencia T – 468 de 2003, de la que se destaca el siguiente aparte:

“10. Partiendo de estas consideraciones y en acatamiento de los principios de libre autodeterminación de los pueblos y de soberanía preferente o reservada, es claro que esta Corporación carece de competencia para ejercer control jurídico sobre la Orden Ejecutiva No. 12.978 proferida por el Presidente de los Estados Unidos de América y, por lo tanto, su intervención sólo está llamada a prosperar en relación con las consecuencias internas derivadas de su aplicación.

*En efecto, **la inclusión en dicha lista de una persona natural o jurídica, constituye un “acto soberano” de un gobierno extranjero, cuestionable ante las autoridades judiciales o administrativas de dicho país, por la persona que resulta afectada o amenazada en uno de sus derechos constitucionales o legales.** De suerte que, la actuación del Estado Colombiano se limita al acompañamiento diplomático y a la orientación e instrucción en el ejercicio y defensa de sus derechos, ante las autoridades competentes en el exterior (C.P. artículo 282)”.*

En estos términos, el daño que pudo causar la inclusión del señor Cesar Javier Mahecha Jaramillo es imputable al Gobierno de Estados Unidos, en cabeza de quien está reservada la potestad de incluir o excluir a personas de la Lista OFAC,

⁷³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 28 de enero de 2015, Rad. No. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912).

⁷⁴https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/31305.pdf. Definición que fue tomada de https://es.wikipedia.org/wiki/Lista_Clinton.

puesto que el Estado Colombiano no podía evitar dicha decisión, por ser totalmente ajena al ejercicio de su soberanía.

4.5.5. Conclusión

La Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Financiera no son responsables del daño sufrido por los demandantes con la inclusión del señor César Javier Mahecha Jaramillo en la Lista OFAC del Departamento del Tesoro de Estados Unidos -Lista Clinton-, puesto que no está demostrado que de haber estado únicamente motivada por la adquisición de las acciones de Obursátiles S.A. por parte de los Socios de la Firma Internacional de Divisas S.A., dichas Superintendencias tuvieran conocimiento del riesgo de su vinculación con narcotráfico, lavado de activos o cualquier otra conducta que diera lugar a cuestionar sus actividades financieras y vincular al registro negativo del Gobierno de los Estados Unidos.

Particularmente, la Superintendencia Financiera expidió la autorización de la adquisición de las acciones en cumplimiento de lo previsto en el artículo 88 del Estatuto Financiero y de la Circular Externa Circular Externa No. 14 de 1998, al tener en cuenta como soporte de la aprobación el trámite que habían adelantado previamente los socios adquirentes respecto de las acciones de otra Sociedad, dentro de los tres años anteriores al negocio celebrado con Obursátiles S.A.

Descartado que las Superintendencias hubiesen incumplido sus funciones con repercusión en la inclusión del demandante en la “Lista Clinton”, la afectación que pudo generarle dicha circunstancia se inserta en el ámbito propio de las negociaciones de la Sociedad Obursátiles a quien éste representaba, en ejercicio de la autonomía contractual y la libre disposición de la propiedad privada, con pleno conocimiento de la asunción del riesgo que ello implica. En estos términos, la decisión de incluir a la Sociedad Obursátiles S.A. y al señor César Javier Mahecha Jaramillo fue exclusiva del Gobierno de los Estados Unidos, sin intervención de las autoridades nacionales, de modo que de no existir motivos fundados para tal proceder, el daño reclamado únicamente sería atribuible al Departamento del Tesoro de Estados Unidos.

4.5.6. No hay lugar a condenar en costas

No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de hecho exclusivo y determinante de un tercero en cabeza del Gobierno de los Estados Unidos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones expuestas.

CUARTO: Sin condena en costas para todas las partes.

QUINTO: DAR CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en la sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia, **DEVOLVER** los remanentes del proceso y **ARCHIVAR** el expediente, previas anotaciones secretariales de rigor.

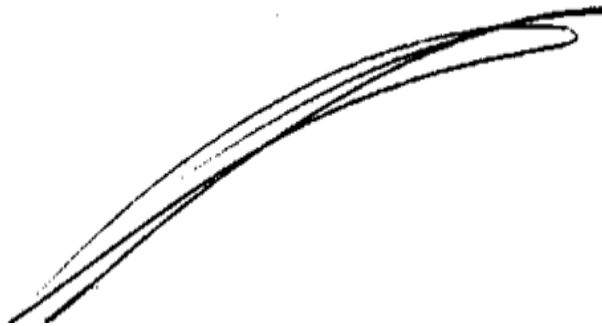
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 80).



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada