

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION TERCERA
SUBSECCION B**

Bogotá, veinticuatro (24) de septiembre de 2021

MAGISTRADO PONENTE: FRANKLIN PEREZ CAMARGO

Radicación: 25-000-23-36-000-2011-00050-00
Demandante: Comercializadora C.M Gama S.A
Demandado: Superintendencia financiera de Colombia,
Fiscalía General de la Nación, Ministerio de
Hacienda y crédito público, Superintendencia
de Sociedades, Dirección de Impuestos y
Aduanas Nacionales, Departamento
Administrativo Presidencia de la República y
Policía Nacional
Medio de control: Reparación directa

Asunto: **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA-ESCRITURAL**

Procede la Sala a resolver las pretensiones formuladas en la demanda de conformidad con lo ordenado por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá mediante Acuerdo CSJBTA21-59 de 4 de agosto de 2021. El expediente fue recibido de la Subsección C el 27 de agosto del presente año.

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso ordinario iniciado por Comercializadora Gama S.A en ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 86 del Código contra la Nación- Superintendencia financiera de Colombia, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Hacienda y crédito público, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Departamento Administrativo Presidencia de la República y Policía Nacional

I ANTECEDENTES

1. DECLARACIONES Y CONDENAS:

Que la Nación - Superintendencia financiera de Colombia, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Hacienda y crédito público, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Departamento Administrativo Presidencia de la República y Policía Nacional son administrativamente responsable de forma solidaria de los daños y perjuicios de todo orden, causados y futuros ocasionados al proveedor COMERCIALIZADORA CM GAMA S.A hoy S.A.S producto de la omisión en el cumplimiento de sus funciones y competencias de inspección, vigilancia, control, fiscalización e investigación asignadas por la constitución y la ley que llevaron al gobierno de turno a expedir los decretos 4333 y 4334 del 17 de noviembre del año 2008 y demás normas reglamentarias con dicho fines, a través de los cuales ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las sociedades comerciales GRUPO DMG S.A Y DMG GRUPO HOLDING S.A proceso en el cual éste proveedor de buena fe perdió sus acreencias con dicha compañía la suma de \$1.138.992.450 (mil ciento treinta y ocho millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientos cincuenta pesos moneda corriente) capital contenido y representado en las ordenes de compra, boucher y facturas de venta recibidas y aceptadas por las mencionadas comercializadora y posteriormente certificadas por el agente interventor designado.

Consecuencia de dicha declaración en contra las entidades mencionadas; ordénese a pagar la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a la parte demandante por los siguientes conceptos:

3.1 DAÑO MORAL

La suma equivalente a QUINIENTOS (500) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para la representante legal de la COMERCIALIZADORA CM GAMA S.A HOY SAS persona jurídica identificada para asuntos legales tributarios

3.2 DAÑO MATERIAL

3.2.1 La suma de 1.138.992.450 (mil ciento treinta y ocho millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientos cincuenta pesos moneda corriente) capital contenido y representado en las ordenes de compra boucher facturas de ventas recibidas y aceptadas por las mencionadas comercializadoras posteriormente certificadas por el agente interventor designado por el gobierno de turno

3.2.2 por la suma equivalente a los INTERESES CORRIENTES Y/O DE PLAZO sobre el capital descrito en el numeral 3.2.1 que resulte de aplicar las tasas de intereses certificados por la superintendencia financiera de Colombia SFC entre el 17 de noviembre del año 2008 al 10 de febrero del año 2009 hasta la fecha de la sentencia y/o acuerdo conciliatorio que haga transito a cosa juzgado”

Fundamenta su demanda en los siguientes

2. HECHOS SEGÚN LA DEMANDA

1. La comercializadora desde el inicio de su actividad empresarial se dedicó a la compraventa y asesoría en equipos y materiales para telecomunicaciones, especialmente a la comercialización de equipos de telefonía celular, venta y recarga de minutos derivados de la oferta comercial para distribución de productos prepagados No.c-0868-07 y el contrato de agencia comercial No. c-0867-07 suscritos con la

- multinacional MOVISTAR el 29 de junio y 17 de julio del año 2007 respectivamente
2. Dentro del giro de sus negocios desde finales del año 2007 la compañía le vendió y le suministró sus productos a la compañía GRUPO DMG S.A en sus establecimientos de comercio abiertos al público; relaciones y transacciones comerciales que se mantuvieron entre estas de manera permanente, normal, publica y habitual en el local denominado FERIA COLERCIAL DMG ubicado al norte de bogotá hasta el 17 de noviembre del año 2008
 3. Afirman que la compañía cumplió con las obligaciones contables y tributarias a nivel local, distrital, y nacional pagando IVA, RETEFUENTE, ICA. Además, destacan que su constitución legal y jurídica cumplió con todos la normatividad. Teniendo al día su escritura como sociedad comercial. Su registro único tributario y número de identificación NIT
 4. Durante los meses de marzo, abril, julio y octubre del año 2006 varias personas naturales y jurídicas solicitaron de manera verbal y escrita ante la Superintendencia Financiera de Colombia SFC información sobre el GRUPO DMG bajo el entendido que posiblemente estaba captando dinero del público con el pago de altos intereses.
 5. Producto de las investigaciones adelantadas por la Superintendencia Financiera de Colombia profirió resolución No. 1634 el 12 de septiembre del año 2007 ordenando al grupo DMG S.A la suspensión inmediata de las operaciones y devolución de la totalidad de los dineros captados a través de la venta de las tarjetas prepago. Decisión confirmada mediante resolución No. 1806 del 8 de octubre del mismo año
 6. Entre finales del año 2007 y el 2008 la compañía demandante producto de la explotación del contrato de agencia comercial y la distribución de productos propagados suscritos con la multinacional MOVISTAR le vendió equipos de tecnología y le facturo por dichos conceptos al GRUPO DMG S.A una suma aproximada de \$6.000.000.000 (seis mil millones de pesos) monto sobre el cual el cliente le cancelo únicamente \$4.860.0000.oo producto del proceso de intervención ordenado por el gobierno de turno; quedando un saldo por cancelar de \$1.138.992.450 oo capital contenido y representado en las ordenes de compra, boucher y facturas de venta recibidas y aceptadas por la comercializadora y posteriormente certificadas por el agente interventor designado por el gobierno de turno
 7. Estas ultimas transacciones se encuentran respaldadas con los originales de la treinta y ocho (38) facturas de venta No. 1086-1100-1338-1452-1639-1755-1576-1757-1758-1759-1761-1762-1765-1766-1767-1768-1769-1770-1771-1772-1773-1776-1777-1780-1781-1782-1783-1785-1788-1790-1793-1794-1797-1798-1800 y1801 algunas de las cuales no se alcanzaron a radicar, otra recibidas y aceptadas con sus respectivas ordenes de compra y los boucher de entrega de los productos denominado: COMERCILIZADORA VIRTUAL DMG - comprobante de venta de productos o servicios con tarjeta prepago, sumas certificas por el agente interventor designado pro el gobierno de turno

- 8.** Señalan que todas las entidades demandadas durante mas de dos años y medio se abstuvieron de adoptar e imponer medidas cautelares oportunas, idóneas y eficaces sobre los bienes, haberes y negocios de las compañías GRUPO DMG Y DMG GRUPO HOLDING S.A para evitar que se continuara con el ilícito de captación masiva. Debido a esto el gobierno nacional expidió el decreto 4333 del 17 de noviembre del 2008 y el 4334 del 2008
- 9.** Con ocasión al proceso de intervención sobre la sociedad captadora a la parte demandante le dejaron de pagar la suma \$1.138.992.450. el 10 de febrero del 2009 y realizado el proceso de reclamación ante el agente interventor del GRUPO DMG S.A con fundamento en el artículo 2 del Decreto 045 del 14 de enero del 2009 expidió la certificación al proveedor Comercializadora Gama. Aunque se resalta que no se encontró evidencia física ni electrónica de la información y soporte contable que corroborar la versión del proveedor, se certifica presumiendo la buena fe. En la certificación se precisó que la comercializadora era proveedor de la sociedad GRUPO DMG. También, se relacionó las facturas y el valor dejado de pagar
- 10.** Esa situación le produjo graves perjuicios morales y materiales a la Comercializadora Gama pues el procedimiento de interventoría al grupo DMG ocasionó la perdida de gran parte del capital de trabajo conseguido lícitamente. Acciones de cobro coactivo por parte de la DIAN por el incumplimiento de sus obligaciones tributarias derivadas de la comercialización de equipos de comunicación y tecnología con destino a los diferentes establecimientos de comercio que el GRUPO DMG Y DMG GRUPO HOLDING tenía abierto al público en las diferentes ciudades. La perdida de bienes propios que tuvo que vender y en algunos casos entregar en dación de pago para satisfacer las obligaciones con sus proveedores y terceras personas que suministraban la mercancía
- 11.** Aclaran que el incumplimiento de las obligaciones comerciales, financieras y tributarias derivaron en acciones de jurisdicción coactiva en su contra por parte de terceros y de la DIAN por sumas superiores a los (\$600.000.000) la práctica de medidas cautelares de embargo sobre sus bienes inmuebles y sus productos financieros depositados en los bancos

III TRÁMITE PROCESAL

- a)** El 23 de febrero de 2011 se inadmitió la demanda (folio 93 cuaderno principal)
- b)** Mediante auto de fecha 4 de mayo del 2011 se declaró la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folio 99-103 cuaderno principal)
- c)** El apoderado de la parte actora presentó recurso de reposición (folio 108-109 cuaderno principal)
- d)** A través de providencia del 8 de junio del 2011 se confirmó la decisión del 4 de mayo del 2011 y se declaró improcedente el recurso de súplica (folio 131-133 cuaderno principal)
- e)** El Juzgado (35) Administrativo del circuito judicial de Bogotá resolvió devolver el expediente ante el superior por considerar que no es

- procedente la acumulación a la acción de grupo 2009-0066 (folio 135-138 cuaderno principal)
- f)** El 24 de agosto del 2011 se admitió la demanda (folio 141 cdno ppal)
 - g)** El ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda el 30 de septiembre del 2011 (folio 150-156 cuaderno principal)
 - h)** El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República contestó la demanda el 6 de octubre del 2011 (folio 165-172 cuaderno principal)
 - i)** La Superintendencia Financiera de Colombia interpuso recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda (folio 177-182 cuaderno principal)
 - j)** El Ministerio de Defensa-Policía Nacional contestó la demanda el 22 de enero del 2012 (folio 274-285 cuaderno principal)
 - k)** El 22 de noviembre del 2012 se resolvió los recursos de reposición presentados por los demandados (folio 270-271)
 - l)** La Superintendencia de Sociedades contestó el 25 de enero del 2013 (folio 408-464 cuaderno principal)
 - m)** El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó el 25 de enero del 2013 (folio 469-485 cuaderno principal)
 - n)** Dirección de Impuestos Aduanas Nacionales contestó el 28 de enero del 2013 (folio 486-494 cuaderno principal)
 - o)** El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República contestó el 28 de enero del 2013 (folio 510-523 cuaderno principal)
 - p)** Superintendencia Financiera de Colombia contestó el 28 de enero del 2013 (folio 524-555 cuaderno principal)
 - q)** El 27 de junio del 2013 se dictó auto de apertura de pruebas (folio 593-599 cuaderno principal)
 - r)** Mediante auto del 17 de abril del 2014 se declaró improcedente el recurso de apelación contra el auto del 24 de julio del 2014 (folio 1091-1092 cuaderno principal)
 - s)** El 13 de marzo del 2018 se envió el proceso al despacho del magistrado Carlos ALBERTO VARGAS BAUTISTA PARA ACUMULACION CON OFICIO 2018-FIC-123
 - t)** El 10 de septiembre del 2018 el magistrado Carlos Alberto Vargas Bautista niega la solicitud de acumulación
 - u)** El 19 de abril del 2021 se fija en lista el proceso
 - v)** Mediante auto del 4 de agosto del 2021 se otorga traslado para alegados de conclusión
 - w)** El 9 de agosto del 2021 se recibe memorial de alegatos de conclusión por parte de la Superintendencia de Sociedades
 - x)** El 10 de agosto del 2021 se reciben alegatos de la Presidencia de la República
 - y)** Con auto del 10 de agosto del 2021 se ordenó remitir el expediente a la subsección B despacho Franklin Pérez Camargo
 - z)** El 17 de agosto del 2021 se reciben alegatos de la Superintendencia Financiera

IV. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADAS

POLICIA NACIONAL

Presentó contestación en tiempo el 22 de enero de 2013, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para ello indica que esta entidad no es la encargada de las funciones de vigilancia y control sobre la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento e inversión de recursos captados al público, por lo tanto, no existe fundamento sustancial para endilgar las pretensiones a la misma.

Excepciona falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que no existe una estrecha relación sustancial entre esta institución y el demandante, no teniendo injerencia en el objeto de las pretensiones de la demanda, pues insiste que no tiene funciones de vigilancia y control sobre la actividad financiera, bursátil, aseguradora cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento e inversión de recursos captados al público.

Sostiene que se presenta culpa exclusiva de la víctima, plasmada en el incumplimiento de los deberes del grupo demandante con relación a su propia conducta, y en relación con el perjuicio que se provocó producto de sus mismas acciones, las cuales fueron determinantes y eficientes en la producción de su propio daño.

Finalmente, manifiesta que se presenta hecho de un tercero, puesto que el perjuicio sufrido por los demandantes no fue imputable a las entidades demandadas dado que no fue producto de la conducta activa u omisiva de sus autoridades, sino por el contrario dicha conducta, causante del daño, partió exclusivamente de las sociedades que captaban el dinero.

SUPERITENDENCIA DE SOCIEDADES

Presentó contestación de demanda en tiempo el 25 de enero de 2013 donde se opuso cada una de las pretensiones de la demanda, donde se opuso cada una de las pretensiones de la demanda, sosteniendo que en el caso en concreto no se presentan los elementos para que se configure la falla en el servicio, pues no se advierte la ocurrencia de una falla derivada de un funcionamiento defectuoso de la administración, y mucho menos puede predicarse la verificación de un daño, y de existir alguno, no podría atribuírsele a esta demandada.

De otra parte, sostiene que debe considerarse que, como resultado de las visitas realizadas por la Superintendencia Financiera, y luego por esta entidad, el Gobierno publicó en diferentes diarios del país avisos y advertencias al público, previniendo e informado a la ciudadanía que debían abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público, es decir, el público tenía conocimiento de los riesgos de entregar dineros a personas no autorizada.

Resalta que esa Superintendencia no autorizó ni aprobó el funcionamiento de estas captadoras ilegales; que fueron los mismos demandantes quienes no tomaron las medidas mínimas previas a la entrega de sus dineros a terceros; y el daño que se aduce fue causado por la captadora de dinero como por los mismos actores.

Precisa que la Superintendencia de Sociedades ejerce la supervisión respecto a que las compañías cumplan con la ley y los estatutos sociales y en particular su objeto social, en consecuencia tales atribuciones no comprenden la vigencia de la actividad de las sociedades comerciales, es decir el control es objetivo y no subjetivo, de manera tal, que esta entidad antes de la expedición de los Decretos

de emergencia social, carecía de atribuciones para calificar la legalidad o ilegalidad de la actividad comercial de las empresas intervenidas.

Presenta como excepciones i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) culpa exclusiva de la víctima, pues la demandante tenía pleno conocimiento de actividad ilegal de la captadora de dinero y aún así decidió asumir el riesgo, y iv) culpa exclusiva de un tercero, pues la generación del daño es atribuible al GRUPO DMG S.A Y DMG GRUPO HOLDINGN S.A quien fue el que realizó actividades de captación sin obtener autorización legal

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

En su escrito de contestación a la demanda presentada en tiempo el 25 de enero de 2013, solicitó negar las pretensiones de la demanda al considerar que, las entidades del Estado cumplieron con sus funciones asignadas por la ley, mucho tiempo antes de haberse declarado el estado de emergencia social, es así que se iniciaron las respectivas investigaciones administrativas que tuvieron como resultado la demostración de la existencia de causales de captación, que permitieron al Estado tener argumentos de juicio suficientes para tomar las medidas cautelares que permitieran la detención del crecimiento progresivo de estas actividades ilegales. Además, por medio de publicaciones en diarios de amplia circulación, se advirtió al público en general el riesgo que implicaba depositar dinero en entidades no autorizadas para captar dineros al público.

Sumando a lo anterior, indica que la sofisticación de los sistemas de captación implicó que la tarea del Estado fuera más dispendiosa, consistente en desvirtuar la apariencia de legalidad de los modelos contractuales implementados, mediante la realización de un sin número de visitas hasta contar con la información suficiente, y tendiente a desentrañar una compleja estructura; también se dificultó la intervención del Estado debido a la falta de denuncias por parte de particulares.

Como soporte de su defensa formuló como excepciones la inexistencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad; agrega que se presenta inexistencia de un daño cierto dado que la demandante no concurrió al proceso de intervención de la captadora ilegal, el cual está previsto como obligatorio en el Decreto 4334 de 2008, además, respecto a su relación con el captador, también contaba para lograr su reparación, con el incidente de reparación a través de la acción penal, entonces, esta situación impide saber exactamente si existió un daño y cuál es la magnitud del mismo.

También excepciona falta de integración del litisconsorte necesario dado que se tenía que vincular al agente liquidador de las sociedades de DMG, quien en derecho es la llamada a responder con sus bienes las obligaciones originadas en una operación comercial celebrado con esta sociedad.

Agrega que no existe los títulos contentivos de las obligaciones cuyo pago reclama como daño emergente, pues las facturas allegadas con la demanda no tienen la constancia de haber sido aceptadas por la sociedad GRUPO DMG S.A y hubiesen sido presentadas dentro del proceso liquidatorio de la referida sociedad y reconocidas por el agente liquidador.

Refiere a que no existe daño antijurídico por cuanto la demandante se expuso voluntariamente a los perjuicios, estando en el deber jurídico de soportarlos.

Precisa que se presenta hecho de un tercero, pues quien generó el daño fue la sociedad GRUPO DMG S.A y no la administración, por ello es esta entidad la que debía ser vinculada y responder por los perjuicios que aquí se pretenden sean reconocidos

Además, manifiesta que la demandante no puede pretender que se le indemnice dentro del proceso de la referencia por supuesta vulneración al principio de buena fe, ya que para lograr una reparación del daño era necesario verificar si efectivamente existía un acto administrativo expedido por la entidad competente mediante la cual autorizara su funcionamiento, al no realizar esta verificación dejaron de actuar oportuna y activamente con diligencia suficiente e incumplieron las cargas que debían realizar para que fueran considerados como titulares de buena fe exenta de culpa.

DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN

Presentó contestación de la demanda el 28 de enero de 2013, excepcionando cosa juzgada, como quiera que, si el daño se le atribuye a los Decretos 4333 y 4334, estos ya fueron declarados constitucionales por la Corte Constitucional.

También, excepciona falta de legitimación por pasiva, dado que el daño que se endilga a las demandadas y en especial a la DIAN no fue causado por la entidad, sino por la sociedad captadora y su representante, quien es el llamado a responder patrimonialmente por los perjuicios ocasionados.

Indica que se configura la culpa exclusiva de la víctima pues los responsables por el daño moral y material son, el señor David Murcia Guzmán y la demandante, quien dentro de su órbita de sus negocios privados decidió ejecutar actividades comerciales con el grupo DMG a un a sabiendas del despliegue informativo de la posible existencia de actividades ilícitas, así que actuó bajo su propia responsabilidad, y riesgo, por lo que no se puede predicar responsabilidad del Estado por su propia culpa.

Agrega que esta entidad actuó conforme a sus funciones, pues hizo uso de su facultad impositiva y procedió al recaudo de las sumas que en su momento fueron pagadas a título de impuesto, por tener su fuente en una facultad constitucional legítima (arts. 95, 338 y 363 CP) entonces, al configurarse el hecho generador del impuesto, el contribuyente se encuentra obligado al pago del tributo, y el Estado se encuentra facultado para exigir unilateralmente el pago de este impuesto.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Radicó contestación de la demanda en tiempo el 28 de enero de 2013, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por carecer de respaldo fáctico y jurídico

Indica que a esta entidad no le es imputable ninguna de las conductas que se señalan, por cuanto ninguno de sus agentes por acción ni por omisión tienen relaciona alguna con los hechos que devinieron en los supuestos perjuicios ocasionados a la demandante, pues no le compete la inspección, vigilancia y control de las personas que captan dinero público.

Señala que esta entidad demandada no tuvo incidencia en el daño alegado, no solo se llega a esta conclusión con el texto de la demanda, sino también con el

soporte documental que se allega a la misma, máxime cuando se acreditó la obligación supuestamente incumplida.

Propone como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no hizo gobierno en la declaratoria de emergencia social contenida en el Decreto 4333 de 2008, además en la ausencia total de competencia en el trámite de intervención administrativa y posterior liquidación judicial de que fue objeto DMG S.A Y DMG HOLDING S.A, tampoco tiene competencia respecto a las actividades que registren las sociedades comerciales y tampoco está legamente autorizado para intervenir o interferir los contratos de compraventa de bienes que dichas sociedades pudieron pactar con terceros.

Señala que se presenta la excepción de incapacidad de representación de la Nación, en cuanto ella no puede ser representada judicialmente, en este caso, ni por el presidente de la República, ni por el Departamento Administrativo, atendiendo lo dispuesto en el artículo 149 y siguientes del CCA

También excepciona ausencia de causa para exigir del Estado la indemnización de un perjuicio por una obligación patrimonial que no se demostró ni acreditó dentro del trámite de intervención administrativa ni en la liquidación judicial de las sociedades DMG S.A Y DMG HOLDING S.A- culpa exclusiva de la sociedad demandante, para ello sostiene, que conforme a las pruebas obrantes en el expediente no está demostrada la obligación económica que en principio debió asumir el denominado DMG S.A Y DMG HOLDING S.A, ni tampoco el contrato de compraventa en cuya ejecución fueron generadas las facturas y no hay prueba que indique que la acreencia se presentó al proceso concursal.

Finalmente sostiene que se presenta hecho de un tercero, pues el daño lo ocasionó la captadora ilegal ajena al Departamento Administrativo.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Precisó que el concepto de “captación de dinero del público”, “hace referencia a un negocio especializado que requiere de autorización estatal previa, porque así lo ordena la Constitución Política”, por tanto, esta Superintendencia tiene como funciones “la protección de los recursos del público... inspección, control y vigilancia sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradoras y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados del público”, y en el marco de estas funciones tomó los correctivos, que dentro del marco de la legalidad, se le permitían para controlar el fenómeno de la captación ilegal de dineros del público

Agregó que aún antes de la expedición de los decretos de emergencia por parte del Gobierno Nacional, dicho Organismo Estatal cumplió a cabalidad, dentro de los términos previstos en la ley y con los procedimientos que para tal fin se hallaban previstos para adelantar las actuaciones respectivas, advirtió al público en general, sobre la existencia y el comportamiento irregular de dichas organizaciones.

Adicionalmente, refirió que se adelantaron investigaciones administrativas entre los años 2005 y 2008, de las cuales derivaron varias medidas cautelares sobre algunas de las captadoras, respecto de los cuales se surtió el respetivo traslado a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia; y con posterioridad a la declaratoria de emergencia social, se adelantaron diferentes medidas administrativas plasmadas en actos administrativos (ver anexo cuaderno N-3).

Con lo que se acredita que no existió omisión o inactividad por parte de este ente de control, en los términos señalados por el demandante para escudar su actuar imprudente en el manejo de sus finanzas.

Como soporte de su defensa formuló las excepciones de: (i) falta de competencia, en razón a las distintas acciones constitucionales que se adelantan en otros despachos; (ii) cosa juzgada constitucional, porque los decretos y demás actos administrativos de declaratoria de emergencia e intervención estatal fueron expedidos en el marco de la legalidad y cuyo análisis constitucional fue superado según lo consignado en la sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009; (iii) falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el entendido, que la existir una defraudación dentro de los negocios celebrados entre el demandante y la sociedad intervenida, compete exclusivamente a las partes entre sí dirimir el conflicto respectivo; (iv) inexistencia de configuración de los elementos de responsabilidad del Estado; (v) inexistencia de un daño cierto, esto bajo el entendido que los perjuicios pedidos deben ser solicitados y tramitados ante el trámite liquidatorio y no a través de esta acción; (vi) culpa exclusiva de la víctima, porque no es el ente de control quien tiene que asumir el riesgo de que un particular toma al invertir en una actividad comercial con apariencia de legalidad; (vii) acción inadecuada, dado que esta acción no es la adecuada para debatir las inconformidades que giren en torno a los negocios particulares.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION -no contestó la demanda

V PRUEBAS APORTADAS AL EXPEDIENTE

- a)** Certificado de cámara y comercio de bogotá de la empresa Comercializadora CM Gama s.a (folio 3 al 8 cuaderno No. 2 de pruebas)
- b)** Acta de Conciliación Extrajudicial No. 006 Procuraduría No 51 judicial ante Tribunales Administrativos de Cundinamarca de fecha 20 de enero del 2011 (folio 1 al 2c cuaderno de pruebas No. 2)
- c)** La Dirección Distrital de Impuestos de la Alcaldía Mayor de Bogotá aportó 69 folios de copia del proceso de cobro coactivo adelantado por la Dirección de Impuesto de Bogotá contra la Comercializadora C.M.GAMA.S.A (cuaderno No.3)
- d)** La Fiscalía 23 mediante oficio No.16.509 del 17 de septiembre del 2013 informó los tramites adelantados por la entidad contra los miembros del GRUPO DMG Y DMG GRUPO HOLDING. (folio 568-572 cuaderno No.6)
- e)** oficio del 4 de octubre del 2013 mediante el cual la abogada de DMG GRUPO HOLDING S.A EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL da respuesta al oficio No. 2013-LTC 528 de fecha 10 de julio del 2013 (folio 575-577 cuaderno No. 6)
- f)** a folio 1245 al 1265 obran copias de las publicaciones de periódicos donde se reportaban las noticias sobre el GRUPO DMG, avisos por parte de la Superintendencia Financiera en los años 2006 al 2008 (cuaderno principal No 3)
- g)** El resto del material probatorio se enuncia en el acápite de -Hechos probados-

VI CONSIDERACIONES

En este acápite se realizará: (i) el estudio de los presupuestos procesales, (ii) se fijará el problema jurídico a resolver, (iii) se establecerán los hechos

probados, (iv) se precisará el régimen jurídico aplicable y (v) se resolverá el caso concreto.

6. Presupuestos procesales

6.1. Competencia

Puesto que la demanda fue presentada el 27 de enero de 2011¹, le es aplicable el Código Contencioso Administrativo por ser la ley que se encontraba vigente para el tiempo en que se instauró la acción.

Por lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 134-B del C.C.A., esta Corporación es competente para conocer del presente proceso.

6.2. Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente en este caso, pues se pretende obtener la indemnización de los perjuicios presuntamente ocasionados por las entidades demandadas por la falla en el servicio ante la omisión de vigilancia y control sobre la empresa Grupo DMG S.A

6.3. Caducidad del medio de control

Respecto de la caducidad de la acción, el numeral 8° del artículo 136 del C. C. A. preceptúa que la misma, opera al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otro causa.

Mediante auto de fecha 22 de noviembre del 2012 se resolvió recurso de reposición² interpuesto por los demandados contra el auto que admitió la demanda, quienes alegaban la existencia de caducidad de la acción. En la citada providencia el despacho estableció que el liquidador de la sociedad Grupo DMG S.A EN LIQUIDACIÓN de conformidad con el artículo 2 del Decreto 045 del 14 de enero de 2009, expidió la CERTIFICACION el 10 de febrero del 2009 y de manera particular singulariza la inexistencia del material documental o físico que de fe de la relación de la sociedad GAMA S.A con la intervención DMG S.A y por lo tanto hace parte del concurso de acreedores momento a partir del cual la sociedad GAMA S.A tiene conocimiento que su reclamación no será satisfecha.

Por lo tanto, la parte demandante tenía hasta el 11 de febrero del 2011 para presentar la demanda. No obstante, dicho término se suspendió con la solicitud de conciliación extrajudicial ante el Agente del Ministerio Público. El 20 de enero del 2011 se expidió la constancia de conciliación fallida entre las partes. (fls. 1 y 1c Cdno No. 2 pruebas),

¹ Fecha del sello de recibido por la secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el acta de reparto. (folio 62 cuaderno principal No.1

² Folio 270-271 cuaderno principal

Así las cosas, es claro que la demanda del 27 de enero de 2011 (fl. 62 Cp1) fue presentada dentro del término establecido en el inciso primero del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, y por ende es forzoso concluir que no ha operado la caducidad de la acción

6.4 Legitimación en la causa

Por activa

La Comercializadora C.M GAMA S.A se encuentra legitimada en la causa por activa en calidad de víctima directa de acuerdo a los hechos y pretensiones de la demanda.

Por pasiva

La Nación – SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA se encuentra legitimada en la causa por pasiva, al ser las entidades que tiene a cargo la supervisión, vigilancia y control financiero sobre los particulares, cooperativas y sociedad comercial

Respecto de las demás entidades, la Sala considera que en atención a las funciones consagradas en la ley no tendría la titularidad de ser legitimadas en la causa por pasiva. Al respecto³:

La DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, tiene como objeto coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad y se constituyó como Unidad Administrativa Especial, mediante Decreto 2117 de 19923, funciones que no guardan relación con las de inspección, control y vigilancia de sociedades mercantiles.

Respecto al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA conforme a la ley que lo reglamenta⁴ no tiene contempladas dentro de sus funciones inspeccionar, vigilar, controlar a las sociedades mercantiles, como tampoco fiscalizar ni investigar delitos, por lo cual no tiene vocación para comparecer como demandada al presente proceso; que si bien es cierto, constitucionalmente dicha función se encuentra en cabeza del Presidente de la República, es claro que la misma fue radicada en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia (Decreto 4327 de 2005) razón por la cual se declarará probada la

³ La sala se acoge a los lineamientos ya estudiados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en procesos con iguales hechos y fundamentos facticos. Radicado 250002326000201100064 MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

⁴ Decreto 4657 del 27 de diciembre 2006. Artículo 3°. Funciones generales. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, tendrá las siguientes funciones generales: 1. Organizar, dirigir, coordinar y realizar directamente

excepción propuesta por esta entidad de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN tiene la función de investigar la ocurrencia de conductas punibles que le sean puestas en conocimiento por parte de los ciudadanos o iniciar investigaciones de oficio, quien, en el marco legal de las imputaciones formuladas por la parte demandante, no contempla dentro de sus funciones la de inspección, control y vigilancia de sociedades mercantiles, sin embargo, si prevé la potestad de investigar la configuración de delitos, razón por la cual su legitimación en la causa por pasiva dentro del presente asunto está delimitada únicamente respecto de las funciones que le son inherentes a su naturaleza como Ente investigador y acusador.

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO⁵ carece de funciones de “inspección, control y vigilancia” relacionadas con el control y regulación de la captación de recursos del público igualmente, resulta relevante destacar que, no tuvo injerencia en el trámite del proceso de intervención y liquidación de las sociedades GRUPO DMG S.A y DMG GRUPO HOLDING S.A, razón por la cual se declarará de oficio probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Respecto a la POLICÍA NACIONAL⁶, conforme a la ley que la reglamenta no tiene contempladas dentro de sus funciones inspeccionar, vigilar, controlar a las sociedades mercantiles, como tampoco fiscalizar ni investigar delitos, por lo cual no tiene vocación para comparecer como demandada al presente proceso, razón por la cual se declarará probada la excepción propuesta por esta entidad de falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.5. Problema jurídico

¿Corresponderá a la Sala determinar si se configura la omisión de las accionadas en el ejercicio de sus deberes de inspección, vigilancia y control respecto de la actividad financiera de captación no autorizada de dineros provenientes del público surtida por las sociedad GRUPO DMG.S.A?

6.6. Caso concreto

La parte demandante aduce que las entidades demandadas incurrieron en falla en el servicio por omisión al no haber actuado a tiempo ni haber realizado las actividades de inspección, control y vigilancia sobre las empresas que ilegalmente captaban dinero, desconociendo con ello que en

⁵ Decreto 4712 de 2009. Artículo 3o. Funciones. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tendrá, las siguientes funciones

⁶ ARTÍCULO 19 de la Ley 62 de 1993 “ Funciones Generales. La Policía Nacional está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, garantizar el ejercicio de las libertades públicas y los derechos que de éstas se deriven, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas y ejercer, de manera permanente, las funciones de: Policía Judicial, respecto de los delitos y contravenciones: educativa, a través de orientación a la comunidad en el respecto a la ley; preventiva, de la comisión de hechos punibles; de solidaridad entre la Policía y la comunidad; de atención al menor, de vigilancia urbana, rural y cívica; de coordinación penitenciaria; y, de vigilancia y protección de los recursos naturales relacionados con la calidad del medio ambiente, la ecología y el ornato público, en los ámbitos urban

su cabeza se encuentra el control de la actividad financiera y permitiendo de paso la defraudación de muchos.

Así las cosas, con el fin de establecer si efectivamente existió la falla en el servicio por omisión endilgada a las demandadas, procederá esta instancia a revisar los presupuestos del régimen jurídico aplicable y si se configura el daño y la imputación alegada.

6.7. Régimen jurídico aplicable

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, si se debate la responsabilidad del Estado, debe resolverse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90⁷, por lo tanto, cuando por acción u omisión incluyendo la actuación lícita se genere como consecuencia, un daño antijurídico, deberá responder el estado, al romperse el principio de igualdad, ante las cargas mínimas que puede soportar un ciudadano volviéndose desproporcionales al resto de los demás, es decir no existe el equilibrio.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha reiterado que:

“la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”⁸ (subrayado fuera de texto).

Ahora bien, el anterior régimen tiene unos eximentes de responsabilidad que le permiten al Estado desvirtuarse de las imputaciones que le pueden ser atribuibles cuando el perjuicio es el resultado de la conducta de un tercero, hecho exclusiva de la víctima, fuerza mayor y caso fortuito, teorías que han de ser respaldadas por las pruebas que se alleguen al plenario y que de su análisis se derive que el actuar de la administración pública, se ajustó a los parámetros trazados por la ley, situación que genera que el acto o hecho que produjo el daño no sea imputable, constituyéndose una ausencia en los términos del referido artículo de la carta política.

Para ilustrar un poco lo expresado se cita:

⁷ “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569.

“En cualquier caso, al tratarse de la aplicación de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, la entidad demandada tendrá que entrar a comprobar la existencia de una causal eximente de responsabilidad. La Sección así lo ha confirmado, al considerar que “no le basta a la entidad demandada probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, con el fin de enervar las pretensiones formuladas, sino que, en estos supuestos, el factor subjetivo no interviene en la imputación del hecho dañoso, circunstancia por la cual la única forma con que cuenta el extremo pasivo de la litis para liberarse de la imputación, es a partir de la demostración de una causa extraña en relación con el daño, esto es: i) que se produjo a causa de una fuerza mayor, o ii) por culpa exclusiva de la víctima, o iii) a consecuencia del hecho exclusivo y determinante de un tercero”⁹.

De conformidad con los fundamentos jurisprudenciales y antes de abordar los elementos constitutivos de la responsabilidad se hace necesario destacar los siguientes **hechos probados**, de forma cronológica:

a) La Superintendencia Financiera de Colombia en avisos publicados en el periódico El Tiempo de fecha 23 de diciembre del 2006, informaba¹⁰:

“ 1- que con frecuencias personas interesadas solicitan información a esta superintendencia en el sentido de si la sociedad denominada GRUPO DMG S.A con domicilio principal en esta ciudad y oficinas en varias ciudades del país entre ellas, en los departamentos de Putumayo y Meta es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y si se encuentra autorizada para recibir recursos del público en forma masiva y habitual

2- que con el fin de prevenir situaciones que puedan poner en riesgo los derechos de terceros de buena fe, se considera pertinente informar que la sociedad GRUPO DMG.SA no se encuentra sometida a control y vigilancia de la Superfinanciera de Colombia

3 que por lo anterior, la sociedad GRUPO DMG no se encuentra autoriza por esta superintendencia para recibir o captar dineros del público en forma masiva y habitual bajo ninguna modalidad”

b) Convenio suscrito entre telefónica Movistar con la Comercializadora Gama S.A denominada “Oferta comercial para distribución de productos prepagados de fecha **29 de julio del 2007** (folio 27 a la 38 cuaderno de pruebas No. 2)

c) Contrato No. C-0867-07 entre telefónica Movistar y Comercializadora CM-GAMA S.A de fecha 29 de junio del 2007 (folio 41-71 cuaderno de pruebas No. 2)

d) El procurador regional de Putumayo mediante oficio PR-2606 de fecha 7 de septiembre de 2007 solicita a la superintendencia Financiera de Colombia si la empresa GRUPO DMG está autorizada para captar

⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰ Folio 280 cuaderno de pruebas No. 2

dinero y relata los hechos que se presentaron en la región adjuntado recorte de una publicación por parte de la revista Semana del 7 de julio del 2007 donde relatan lo movimientos de dinero en las inversiones de DMG (folio 284-285 cuaderno de pruebas No. 2)

e) Resolución No. 1634 del 12 de septiembre del 2007 por medio del cual la Superintendencia Financiera de Colombia adopta medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG S.A¹¹:

“RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: ORDENAR a la sociedad GRUPO DMG S.A con el NIT No. 900031001-5 con domicilio principal en la ciudad de bogotá y con 26 oficinas en 7 departamentos en Colombia y en esta ciudad bajo apremio de multas sucesivas diarias hasta de un millones de pesos (\$1.000.000.00) cada una en concordancia con lo dispuesto por el artículo 65 del código contencioso administrativo, la SUSPENSION INMEDIATA de las operaciones consistentes en la recepción de dineros del publico mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG en razón a que por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta resolución dicha actividad constituye una forma de captación masiva y habitual de dinero públicos, sin contar con la debida autorización

(...)

ARTICULO QUINTO: ORDENAR la publicación de por lo menos un aviso en un diario de circulación nacional y/o en uno regional , según lo requieran las circunstancias, en la cual se prevenga al público en general de que la sociedad GRUPO DMG S.A no se encuentra autorizada para captar dineros del publico en forma masiva y habitual así, como de las medidas cautelares aquí adoptadas con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el parágrafo 1 del numeral artículo 108 del EOSF

ARTICULO OCTAVO: ORDENAR la inscripción de esta resolución en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C y en las demás cámaras de comercio donde adelante operaciones la citada sociedad y remitir copia autentica de la misma a las demás autoridades competentes que se requiera para la ejecución de estas medidas cautelares”

f) Resolución No. 1806 del 14 de diciembre del 2007 por medio del cual la Superintendencia Financiera de Colombia resuelve un recurso de reposición¹²:

“RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la resolución numero 1634 del 12 de septiembre de 2007 mediante la cual la Superintendencia delegada adjunto para supervisión institucional ordenó medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG (...)

(...)

¹¹ Folio 212-234 cuaderno de pruebas No.2

¹² Folio 236-270 cuaderno de pruebas No.2

ARTICULO TERCERO: ORDENAR la publicación de por lo menos un aviso en un diario de amplia circulación nacional y en uno regional, en el cual se informe al público lo decidido en esta resolución

(...)

ARTICULO SEXTO: ORDENAR la inscripción de esta resolución en la cámara de Comercio e Bogotá D.C y en las demás cámaras de comercio donde adelante operaciones la citada sociedad”

g) Ordene de compra de fecha **1 de agosto del 2008**, factura expedida por el GRUPO DMG S.A proveedor Comercializadora C.M GAMA, donde se relaciona la compra de 10 portátiles por valor de \$13.500.000 (folio 76 cuaderno de pruebas No.2)

h) La Superintendencia delegada para la inspección, vigilancia y control mediante resolución No. 341-002745 del **6 de agosto del 2008** decretó investigación a una sociedad vigilada y ordenó correr traslado de unos cargos¹³:

“ *RESUELVE*

ARTICULO PRIMERO: decretar de oficio una investigación administrativa a la sociedad denominada GRUPO DMG S.A con domicilio en la avenida (...) con el fin de verificar la situación jurídica, contable, económica y administrativa “

i) Facturas de venta expedidas por Comercializadora GAMA .S.A de fecha 19 de agosto del 2008, donde se relaciona la venta de celulares, multifuncional, y portátil valor total \$18.105.462. Tiene sello de recibido del GRUPO DMG S.A del 21 de agosto del 2008 (folio 77 cuaderno de pruebas No.2)

j) Mediante resolución No. 341-002874 del **25 de agosto del 2008** la Superintendencia e Sociedades somete a control al GRUPO DMG ¹⁴

k) Facturas de venta expedidas por Comercializadora GAMA .S.A de fecha **1 de octubre del 2008**, donde se relaciona la venta de cámara digital valor total \$20.151.004. Tiene sello de recibido del GRUPO DMG S.A del 1 de octubre del 2008 (folio 78 cuaderno de pruebas No.2)

l) Facturas de venta expedidas por Comercializadora GAMA .S.A de fecha **1 de noviembre del 2008**, donde se relaciona la venta de cámara digital, cámara video, estuche, portátil impresora, ipod touch, memoria mouse retractil Tiene sello de recibido del GRUPO DMG S.A del 1 de noviembre del 2008 (folio 78 cuaderno de pruebas No.2)

m) Facturas de venta expedidas por Comercializadora GAMA .S.A de fecha **1 de noviembre del 2008**, donde se relaciona la venta de cámara protector, subwoofer, memoria valor total \$10.694.619.Tiene sello de

¹³ Folio 291 al 305 cuaderno de pruebas No.2

¹⁴ Folio 307-321 cuaderno de pruebas No.2

recibido del GRUPO DMG S.A del 1 de noviembre del 2008 (folio 80 cuaderno de pruebas No.2)

n) Facturas de venta expedidas por Comercializadora GAMA .S.A de fecha **1 de noviembre del 2008**, donde se relaciona la venta de celulares Alcatel,Nokia,Ig sony,motorola valor total \$8.388.176.Tiene sello de recibido del GRUPO DMG S.A del 1 de noviembre del 2008 (folio 81 cuaderno de pruebas No.2)

o) Factura de venta de fecha **4, 6, 12,13,14 de noviembre del 2008** donde la Comercializadora GAMA .S.A vende productos al GRUPO DMG S.A (folio 84 y125 cuaderno de pruebas No.2)

p) Decreto No. 4333 del 17 de noviembre del 2008 por el cual de declara el estado de emergencia social (folio 353-355 cuaderno de pruebas No,2)

q) Decreto No. 4335 del 17 de noviembre del 2008 por el cual se asignan funciones a los alcaldes y gobernadores en desarrollo del Decreto No. 4333 de noviembre de 2008(folio 353-355 cuaderno de pruebas No,2)

r) Certificado expedido por el interventor de la sociedad GRUPO DMG EN INTERVENCION de fecha **10 de febrero del 2009**¹⁵:

“1- Que la sociedad GRUPO DMG S.A identificada con NIT 900.031.001-5 fue intervenida por conducto de la Superintendencia de Sociedades mediante auto No.400-014640 del 21 de noviembre del 2008

2- que el Decreto 045 del 14 de enero del 2009 en su artículo 1 estableció que los proveedores de empresas captadoras o recaudadoras de dinero públicos intervenidas, podrán presentar las declaraciones de retención en la fuente de los meses de noviembre y diciembre de 2008 al igual que la declaración del impuesto sobre las ventas del ultimo bimestre de 2008, hasta el 27 de febrero del 2009

3 para tal efecto la sociedad COMERCIALIZADORA CM GAMA S.A con NIT: 900.155.737-1 presentó la solicitud correspondiente dentro del término establecido en el artículo 2 del Decreto 045 del 14 de enero del 2009 y adjunto los documentos soportes requeridos para tal efecto

4 la compañía COMERCIALIZADORA CM GAMA S.A con NIT: 900.155.737-1 es proveedor de la sociedad GRUPO DMG S.A en intervención de acuerdo a los documentos y soportes suministrados

6 el agente interventor manifiesta que durante la toma de la sociedad GRUPO DMG S.A NIT 830.049.388-5 no se encontró evidencia física ni electrónica de la información y soportes contables que permita corroborar la información suministrada por el proveedor, en consecuencia se expide esta certificación con base en los documentos y soportes presentados por el proveedor, los cuales se presume de buena fe”

¹⁵ folio 18 -20cuaderno de pruebas No. 2

Como documentos anexos se relacionan el numero de facturas pendientes de pago por DMG. Esta información es aportada por el proveedor quien hace una relación y certificado de la contadora de la empresa Comercializadora Gama

- s) Mediante auto 400-000887 del **19 de enero del 2011** la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de liquidación judicial de la sociedad DMG HOLDING S.A realiza el reconocimiento de créditos y aprobación de inventario valorado, resolviendo las objeciones presentadas por los acreedores, las pruebas aportadas, aceptando conciliaciones y en otros casos ordenando nuevamente la liquidación ante las evidencias presentadas. Destacándose apartes de sus consideraciones:¹⁶

“En primer término considera el Despacho necesario hacer algunas precisiones para efectos de dar claridad frente a la calificación y graduación de créditos dentro del proceso de liquidación judicial, señalado en la ley 1116 de 2006.

En el presente asunto, se da inicio a los procesos de liquidación judicial con ocasión a la terminación de los procesos de intervención seguidos al Grupo DMG, dado que la actividad desarrollada por todos los involucrados no es considerada legal y por tanto es determinante la liquidación de las sociedades, así como del patrimonio de las personas naturales que desarrollaron la actividad de manera directa o indirecta.

Así las cosas, el Decreto 4334 de 2008 en aras de restablecer el orden público económico, estableció que los afectados, es decir, quienes invirtieron sus ahorros en las diferentes sociedades captadores de dinero del público debían ser los primeros en recibir los dineros recaudados, ya sea en el proceso de intervención o en la liquidación judicial.

Por lo anterior, los llamados afectados, no serán objeto de calificación y graduación de acreencias dentro del proceso de liquidación judicial, ya que su condición determina su pago preferente en los términos de ley.

De otra parte, es necesario aclarar que dentro del proceso de intervención, la ley señaló el plazo en que los afectados deben comparecer al proceso para efectos de hacer valer su acreencia, sin embargo, si no se presentaron en la debida oportunidad, pero sí lo hicieron dentro del proceso de liquidación judicial, en el término señalado por la ley, su calidad de afectado no se ve por ello desnaturalizada de tal manera que ha de entenderse que su acreencia no será calificada y graduada, sino que pasará a conformar parte de la lista de afectados que presentaron su reclamación

(...)

2. Objeción presentada por ALIMENTOS CÁRNICOS S.A.S.

El apoderado de la sociedad solicita el pago de las facturas relacionadas por la liquidadora en el proyecto de calificación y graduación de créditos, en las que se indica que la sociedad COMPAÑÍA COMERCIALIZADORA LISTO S.A., le adeuda la suma de \$14.257.405.20, respecto de la cual la liquidadora rechaza la suma de

¹⁶ Folio 1302 y 1303 cuaderno principal No.3 El auto de la SuperSociedades esta en medio magnético aportado en CD

\$1.514.061.00, indicando que dicha suma se encuentran ya pagada toda vez que no figura dentro de la contabilidad de la empresa como pendiente de pago

A lo cual la apoderada de la sociedad solicita se le acredite el pago, por cuanto dentro de su contabilidad se encuentra pendiente, y la liquidadora se ratifica en la calificación de créditos dado que no hay registros de deuda

Para resolver se considera

De conformidad con lo señalado en el artículo 772 del Código de Comercio las facturas cambiarias de compra venta las expide el vendedor al comprador para acreditar la efectiva entrega de la mercancía.

Ahora bien, se tiene que las facturas rechazadas por la liquidadora se expidieron en noviembre de 2008, lo que justificaría el hecho de que no se encuentren contabilizadas en la empresa, debido a que el día 21 de noviembre de 2008 fue que se decretó la intervención de la sociedad, hecho suficiente para señalar que las acreencias generadas en esos días no estuviese contabilizada.

La argumentación expresada por la liquidadora para el rechazo de la obligación en consecuencia, no es suficiente porque así como no existe prueba de que se hubiera contabilizado la acreencia, tampoco existe prueba alguna de que se hubiese cancelado y dado que las facturas reúnen los requisitos para ser un título valor no podrán ser rechazadas y en consecuencia deberá modificarse el proyecto de calificación y graduación de créditos.

4. Objeción presentada por INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ZENÚ S.A.S.

El apoderado de la sociedad presenta facturas en original para el cobro de sus acreencias, no obstante la liquidadora las rechaza argumentando que no se evidencia la entrega real de la mercancía, que las facturas no reúnen los requisitos o que al no estar en la contabilidad de la empresa se evidencia el pago de las mismas.

Se objeta el rechazo de las acreencias por cuanto en la contabilidad de la empresa no existe evidencia del pago de las facturas presentadas.

Para resolver se considera

En el presente asunto se tiene que las facturas presentadas para su cobro reúnen los requisitos de ley, y por consiguiente son títulos valores que prestan mérito ejecutivo, de esta manera corresponde a la liquidadora demostrar el pago de las obligaciones que se cobran, con la indicación del documento con el que se hicieron los pagos.

Y dado que no se desvirtuaron las obligaciones a cargo de la concursada ya que la liquidadora se basa es en un indicio, el proyecto de calificación y graduación de créditos deberá ser modificado, incluyendo como créditos quirografarios los de la compañía.

(.....)

En cuanto a la calificación y graduación de acreencias y derechos de voto

Resueltas las objeciones presentadas y no conciliadas contra el proyecto de calificación y graduación de créditos elaborada y presentada por la liquidadora de la concursada y efectuada la modificación conforme a lo decidido y en el ejercicio del control de legalidad de las actuaciones, el Despacho procederá a impartir su reconocimiento conforme a lo ordenado en el artículos 30 de la ley 1116 de 2006, de la manera como se expone en el siguiente cuadro:

CALIFICACION Y GRADUACION DE CRÉDITOS PROCESO DE LIQUIDACION OBLIGATORIA GRUPO DMG HOLDING SA Y OTROS

CRÉDITOS CALIFICADOS Y GRADUADOS

(...)

GRUPO DMG S.A

<i>clase</i>	<i>acreedor</i>	<i>Cuantía solicitada</i>	<i>Cuantía reconocida</i>	<i>nota</i>
quinta	Comercializadora C.M GAMA S.A	1.138.992.450.00	1.089.198.213.00	El saldo no reconocido corresponde a IVA no causado

- t)** La Fiscalía 23 mediante oficio No.16.509 del **17 de septiembre del 2013** informó los tramites adelantados por la entidad contra los miembros del GRUPO DMG Y DMG GRUPO HOLDING. (folio 568-572 cuaderno No.6):

“Esta delegación solicitó la captura ante el señor Juez 33 Penal Municipal con función de control de garantías el 18 de noviembre del 2018 de lose señores DAVID MURCIA GUZMAN (....)

Inicialmente se hizo efectiva la captura de los señores DAVID MURCIA GUZMAN, MARAGARITA PABON Y DANIEL ANGEL RUESA. La captura del primero de los mencionados se efectuó en Panamá el 19 de noviembre de 2008 y el procedimiento de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aeguramiento se efectuó ante la señora juez 33 Penal Municipal con función de control de garantías los día 20 y 21 de noviembre de 2008

(....)

Ahora bien, entre el lapso del 1 de enero de 2006 a 31 de diciembre de 2008 si se incautaron sumas de dinero de propiedad de las empresas DMG dentro de las que tienen conocimiento esta delegada se cuenta con: el 18 de agosto de 2007 en la Hormiga, Putumayo \$6.500.000.000; el 26 de octubre de 2007 en Cartagena, \$1.000.000.000; el 20 de septiembre de 2008 en el Aeropuerto la Nubia Manizales, \$4.760.000.000; el 6 de noviembre de 2008 en la Dorada \$320.000.000 y en Pasto el 25 de septiembre de 2008 \$400.000.000 dineros que pasaron a tramites de extinción del derecho de dominio hasta donde se tiene conocimiento y son esos fiscales los que pueden establecer el destino que se do a esos dineros

El hecho que dio origen a la investigación a trabes de la cual se solicitó la captura del señor DAVID MURCIA GUZMAN fue el hallazgo que se hiciera e la Hormiga,

Putumayo el 18 de agosto de 2007 de \$ 6.500. millones de pesos que eran transportados en una camioneta Chevrolet liv color rojo de placas SDL 499 mimetizados y embalados con logos “ Acción Social Presidencia de la República” cuando en realidad pertenecían al grupo DMG”

- u) La Superintendencia Financiera de Colombia mediante oficio No. 2013078531-001-000 del 3 de octubre 2013, responde al oficio No. 2013-LTC-531 emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, indicando cuales son los requisitos y condiciones necesarias para realizar operaciones de captación de recursos públicos, cual es la autoridad competente de aseguramiento de ahorros de público y cuál es el trámite que debe surtir a efectos de obtener la autorización del Estado para adelantar operaciones pasivas de crédito, además¹⁷:

“ (...)

*Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa que frente a las primera sociedades (Grupo DMG S.A) esta **superintendencia adoptó medidas cautelares de carácter administrativo con base en los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público consagrados en el Decreto 1981 de 1988, mediante resolución 1634 del 12 de setiembre de 2007, la cual fue confirmada con la Resolución 1806 del 8 de octubre del mismo año***

*Respecto de la segunda sociedad, esto es DMG GRUPO HOLDING S.A a la que se refiere en su oficio, le informamos que en el marco de las facultades que le confiere ael Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008 a la Superintendencia de Sociedades, está profirió **auto del 17 de noviembre del mismo año, dentro del expediente 59979, ordenando la toma de posesión de sus bienes y haberes**”*

- v) Oficio del **4 de octubre del 2013** mediante el cual la abogada de DMG GRUPO HOLDING S.A EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL da respuesta al oficio No. 2013-LTC 528 de fecha 10 de julio del 2013¹⁸:

*“En ocasión a la expedición del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008 modificado por el Decreto 1910 del 27 de mayo de 2009 se dispuso la intervención del Gobierno Nacional en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollaban o participaban en la actividad de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, por lo que conforme a las facultades **otorgadas a la Superintendencia de Sociedades y en especial el Auto No. 400-014079 del 17 de noviembre de 2008,** dicha entidad estatal ordenó la intervención a la sociedad DMG GRUPO HOLDING, **posteriormente, por Auto No. 420-024569 del 15 de diciembre de 2009 (confirmado por el Auto No. 400-001119 del 3 de febrero del 2010)** se ordenó el proceso de liquidación judicial de esta sociedad; las anteriores declaratorias con el objeto de atender la devolución de los dineros a los afectados conforme al procedimiento señalado en la Ley 1116 de 2006.*

(...)

Respecto a los créditos presentados por la sociedad Comercializadora CM Gama S.A debo indicar que dicha sociedad presentó a DMG GRIPO HOLDING S.A HPY EN

¹⁷ Folio 608-614 cuaderno No, 6

¹⁸ 581-586 cuaderno No.6

LIQUIDACIÓN JUDICIAL 32 créditos quirografarios (1755-1756-1757-1758-1759-1761-1762-1765-1764-1766-1767-1768-1769-1770-1771-1772-1773-1776-177-1780-1781-1782-1783-1785-1786-1788-1790-1793-1794-1797-1798-1800 y1801) dentro del termino comprendido entre el 13 de abril de 2010 a 10 de mayo de 2010, los cuales fueron calificados y aceptados e incluidos en el proyecto de calificación y graduación de créditos, dicho proyecto remitido por la suscrita a la Superintendencia de Sociedades el día 9 de julio e 2010: consecuentemente resueltos mediante Auto No,420-00887 (19 de enero de 2011) proferido por la Superintendencia de Sociedades haciendo referencia al reconocimiento de créditos y aprobación de inventario valorado (aporto copia de los folios correspondientes). El contenido de las reclamaciones presentadas a esta liquidación reposa en la Superintendencia de Sociedades quien puede suministrar información al respecto.

*Aunado a lo anterior y conforme al reconocimiento de la Superintendencia de Sociedades en la que se refiere a la calificación y graduación de créditos se dio aplicación al artículo 30 de la ley 1116 de 2006, el cual se refiere a la decisión de objeciones; **al respecto, los créditos presentados por la Comercializadora CM Gama S.A fueron reconocidos y calificados como quinta clase y en el mismo sentido se hizo la siguiente anotación : NOTA: el saldo no reconocido corresponde a IVA no causado***

*De otra parte, es preciso mencionar que a la comercializadora CM Gama s.a le fue **puesto en conocimiento (mediante Auto 420-00887 de fecha 19 de enero de 2011) las consideraciones de la Superintendencia de Sociedades quien obra como juez dentro del proceso concursal frente a las objeciones presentadas y en el mismo sentido s ele indicó (pag 17): “ Así las cosas, el Decreto 4334 de 2008 en aras de restablecer el orden público económico, estableció que los afectados, es decir, quienes invirtieron sus ahorros en las diferentes sociedades captadoras de dinero del público debían ser los primeros en recibir los dineros recaudados ya sea en el proceso de intervención o en la liquidación judicial***

Por lo anterior, los llamados afectados, no serán objeto de calificación y graduación de acreencias dentro del proceso de liquidación judicial, ya que su condición determina su pago preferente en los términos de ley”

A folio 584 al 586 aparecen relacionados los créditos quirografarios aceptados por el GRUPO DMG en liquidación respecto del acreedor Comercializadora CM GAMA S.A en el cual se señalan el número de las facturas. Fecha de facturación 1 al 13 de noviembre del 2008 el concepto. “suministro de servicios de cómputo, servicios de telefonía móvil, celular y equipos de telefonía móvil celular a la sociedad a Grupo DMG S.A para su venta directa a tarjeta habientes” y el valor aceptado

La suspensión de medida cautelar solo cobijo las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público en forma masiva y habitual mediante el mecanismo de venta de las tarjetas prepago DMG pero no se extiende a las demás actividades comerciales que realiza la citada sociedad grupo DMG S.A en desarrollo de su objeto social de ahí que las pueda seguir realizando (folio 0215 el oficio dirigido a la Cámara y Comercio de bogotá por parte de la superintendencia financiera de Colombia 18 de septiembre del 2007

Con fundamento en las pruebas enunciadas se procede a realizar los supuestos para que proceda la imputación sobre el Estado, de la siguiente forma:

) **DAÑO:**

Respecto al principal elemento que se debe revisar ante la acción u omisión que reclaman los demandantes, el Consejo de Estado ha sostenido:

“(…) ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente – que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.”¹⁹

Se tiene que el daño alegado por la parte demandante consiste en el no pago de las acreencias relacionadas con la mercancía que suministró al GRUPO DMG S.A desde finales del año 2007 y 2008 quien le quedó adeudando la suma de \$1.138.992.450 esto en lo que tiene que ver con la entrega y suministro de diferentes equipos de tecnología como telefonía celular, cámaras, memorias, impresoras, computadores entre otros

Para ello, y como soporte probatorio aportaron las facturas de venta respecto del suministro de los elementos tecnológicos durante los meses de octubre y noviembre del 2008 por parte de la demandante a la sociedad DMG, donde se aprecia el sello de recibido de la empresa cuestionada. A su vez, y aunque en la certificación efectuada por el agente liquidador de DMG se dejó la salvedad que durante la toma de la sociedad no se encontró evidencia física ni electrónica de la información y soportes contables que permita corroborar la información suministrada por el proveedor se dejaba constancia que ante los documentos aportados por la Comercializadora Gama se presumía de buena fe la relación comercial entre ambas partes.

La relación comercial quedó debidamente comprobada al haberse presentado el demandante como afectado en la reclamación de pago dentro del procedimiento de liquidación de la intervenida DMG. Sus solicitudes fueron calificadas, aceptadas e incluidas en el proyecto de graduación de créditos realizado por la Superintendencia de Sociedades mediante auto No.420-00887 del 19 de enero de 2011, donde se decidió:

“CALIFICACION Y GRADUACION DE CRÉDITOS PROCESO DE LIQUIDACION OBLIGATORIA GRUPO DMG HOLDING SA Y OTROS

CRÉDITOS CALIFICADOS Y GRADUADOS

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012).Expediente: 05001232500019942279 01Radicación interna No.: 21.86

(...)

GRUPO DMG S.A

<i>clase</i>	<i>acreedor</i>	<i>Cuantía solicitada</i>	<i>Cuantía reconocida</i>	<i>nota</i>
quinta	Comercializadora C.M GAMA S.A	1.138.992.450.00	1.089.198.213.00	El saldo no reconocido corresponde a IVA no causado

Así las cosas y en el orden de prelación de créditos a la demandante le correspondió la quinta categoría de acuerdo con lo previsto en el artículo 2309 del Código Civil, desconociendo esta Sala si la cuantía reconocida en el auto expedido por la Superintendencia fue cancelado al proveedor.

En consecuencia, dentro del título de imputación de la responsabilidad de falla en el servicio el primer elemento a revisar es si existió o no un daño antijurídico para proceder a verificar si las entidades demandadas actuaron de forma omisiva, tardía, irregular e ineficiente ante sus funciones y deberes.

Dentro de las condiciones de existencia del daño esta el que sea personal, evidenciándose la violación de un interés legítimo de la persona damnificada. El carácter de cierto hace alusión a su real acaecimiento condición de certeza y directo supone un nexo de causalidad respecto del perjuicio. Al respecto, el H. Consejo de Estado:

“En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la, “... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado, “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”. De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”. Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.”

Al tenor de estas consideraciones y del material probatorio aportado no se vislumbra la existencia de un daño antijurídico donde este involucrado el accionar omisivo o tardía intervención de las demandadas. Por el contrario, y juicio de la Sala la Comercializadora asumió su propio riesgo al ser proveedor del Grupo DMG desde finales del año 2007 y durante el 2008. Época para la cual, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante resolución No. 1634 del 12 de septiembre del 2007 había adoptado medidas cautelares respecto de la Sociedad GRUPO DMG al comprobarse que la implicada estaba incurriendo en captación masiva y habitual de dinero del público previstos en el artículo 1 del Decreto 1981 de 1988 sin contar con la autorización. Además, la superintendencia narró que del dinero que recibían no se evidenciaba una real contraprestación de entrega de mercancías o servicios. Por lo tanto, ordenó la suspensión de las operaciones consistentes en la recepción de dineros de público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG.

Igualmente se ordenó que esa decisión se inscribiera en la Cámara de Comercio De Bogotá y en las demás cámaras de comercio donde adelantaba operaciones la sociedad cuestionada. A su vez, se publicó en los diarios de circulación nacional como el periódico El Tiempo, Llano 7 Día, Nuevo Putumayo con el fin de prevenir al público de las inconsistencias en la operatividad de la empresa DMG. Estas medidas se repitieron en la Resolución No. 1806 del 14 de diciembre del 2007 mediante el cual SuperFinanciera resuelve el recurso de reposición y confirma el acto administrativo No.1634

Al tenor de estas circunstancias, se puede afirmar que la Comercializadora realizó una “venta” si verificar los requisitos legales de la sociedad con la cual estaba negociando, pues del material probatorio aportado no existe ningún documento en el cual la parte demandante hubiera consultado el certificado de Cámara y Comercio del Grupo DMG o haber solicitado información a las entidades competentes de la vigilancia en las funciones y actividades de la empresa, en aras de descartar alguna irregularidad que estuviera en investigación. Y aunque la medida cautelar solo cobijó las operaciones consistentes en la venta de tarjetas prepago sin que la restricción se extendiera a las demás actividades comerciales que realizaba la citada sociedad, el hecho de que tuviera una sanción por captación de dineros era motivo suficiente para prevenir y abstenerse de hacer contratos de venta con el Grupo DMG.

En consecuencia, el incumplimiento en el pago de las mercancías vendidas a la sociedad cuestionada son riesgos propios del acuerdo de voluntades-*art.1502 C.C-* suscritos entre particulares el cual debió conocer y asumir el vendedor sin que las entidades del Estado tengan el deber de responder por las pérdidas cuando no participó en ese negocio jurídico.

En relación con todo lo que hasta aquí se ha expuesto, la Sala se permite traer a colación el precedente horizontal expedido por esta Corporación

con ponencia del magistrado José Elver Muñoz Barrera²⁰, mediante el cual se decide una situación fáctica con ingredientes normativos y análogos similares:

“Ante tal planteamiento, es preciso señalar que la demandante no demostró diligencia en el manejo de sus negocios, al no acreditar que verificó la legalidad de las prácticas desplegadas por la sociedad intervenida con la cual tenía negocios, como por ejemplo, a través de peticiones dirigidas a la Superintendencia Financiera mediante las cuales indagara sobre la legalidad de la entidad o preguntara sobre la procedencia de los dineros con los que se reconocían las “utilidades y/o rendimientos” exorbitantes prometidos a las personas que invertían en dicha pirámide y que al igual adquirirían bienes a través de los distintos proveedores.

Es decir, si bien las actuaciones y relaciones de los ciudadanos están protegidas por la buena fe (Art. 83 CP) el cual le permite que ante las relaciones sociales o económicas que entablan de manera natural tengan la confianza de que los demás actores también lo actúen en las mismas condiciones, pero que, esencialmente, la pertenencia a la sociedad política organizada como estado de derecho, éste cumpla con el deber de garantizar el goce y ejercicio de sus derechos de manera pacífica y tranquila (Art. 2 CP), también lo es que los ciudadanos tienen deberes mínimos de cuidado y diligencia sobre el ejercicio de sus libertades y derechos. En esquema donde las relaciones negociales derivan del ejercicio de las libertades y derechos que tiene todo ciudadano para elegir y ejercer profesión u oficio²⁰, y en cuyo despliegue se deben asumir riesgos básicos, caso del no pago de la contraprestación pactada, sin que la concreción del riesgo sea imputable al Estado.

Al respecto, se debe partir de que un ciudadano tiene como deber principal e inicial el cuidado de sí y de sus propios intereses, en eso consiste el derecho fundamental a la libertad personal. (Art. 13 a 16 CP).

Desde la anterior perspectiva conceptual, entonces, es que se requiere por parte del accionante de una conducta racional o cautelosa y prudente. Esta exigencia es elemental y básica toda vez que se trata de los intereses propios y que puede disponer de manera libre y sin intervención del Estado. Pero cuando por el contrario, como se deduce de todo el acervo probatorio, la demandante quiso de manera libre y voluntaria aceptar y asumir el riesgo que significaba seguir negociando con sociedades frente a las cuales existían medidas cautelares por parte de la Superintendencia Financiera desde el 2007 respecto de la suspensión inmediata de sus actividades, devolución del dinero captado y desmonte (1.5 y 1.6), sin adoptar las precauciones y previsiones propias de este tipo de negocios, entonces, el daño que le produjo su decisión deberá ser asumido de manera personal.

Analizadas en conjunto las pruebas que reposan en el plenario, se puede colegir que la demandante hizo caso omiso al sin número de avisos publicados por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA; así como a las advertencias efectuadas por los diferentes medios de comunicación del país, por cuanto el cobro que persigue es de mercancía entregada en el año 2008, fechas posteriores a los avisos publicados por la Superintendencia Financiera, a las medidas cautelares decretadas por la Superintendencia Financiera y los múltiples comunicados de prensa en los que

²⁰ EXP. No. 250002326000201100064 diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021). Demandante: World Vision Electronic Ltda vs Superintendencia Financiera y otros

miembros de la misma superintendencia advertían de los riesgos que se podían presentar con estas captadoras ilegales, máxime cuando sobre la misma existían medidas cautelares respecto al desmante de su negocio.(1.5,1.6,1.7,1.18,1.21,1.23,1.28,1.29,1.30,1.31 y 1.32)”

A su vez y en otro precedente horizontal expedido por esta Corporación con ponencia magistrado Fernando Iregui Camelo en el que se debaten similares pretensiones contra las entidades demandadas, considero²¹:

“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 y las entidades prestadoras de servicios financieros, toda vez que estas funciones no implican que deba remplazarse la voluntad de los particulares, impidiendo que celebren negocios a su libre albedrío, ni que cuando se presente incumplimiento de alguna de las partes, el Estado sea responsable; 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 a la disposición de la propiedad privada”

A su vez, el H. Consejo de Estado ha manifestado la característica del daño indemnizable donde se debe evaluar la acción de las partes involucradas en el proceso en aras de determinar la responsabilidad de los perjuicios invocados.²²:

“La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. (...) se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.”

Ante las circunstancias descritas no se logró demostrar por parte del actor, la existencia de un daño antijurídico para que proceda la responsabilidad del estado bajo el título de imputación de falla en el servicio pues la ausencia de indagación de la Comercializadora denota una falta de previsión elemental y aceptación tácita del riesgo que emana de la

²¹ EXP. No.11-001-33-31-037-2010-00273-01 veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021). Demandante: Claudia Liliana Chavarrio Alvarado Ltda vs Superintendencia Financiera y otros

²² Radicación número: 41001-23-31-000-1990-05732-01(12158) Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

búsqueda de hacer negocios con empresas sin verificar causa, objeto y origen lícito del comprador, siendo responsable de su propia acción al omitir investigar la legalidad de la sociedad. Circunstancia que no obliga a las entidades accionadas a tener el deber jurídico de resarcir los perjuicios solicitados.

Finalmente, la Sala destaca que la Superintendencia de Sociedades inició investigación ante la solicitud de ciudadanos. No obstante, el proceso de intervención no es inmediato esta supeditado a un trámite regulado en la ley, el cual se adecuó a los estándares normativos adoptándose las medidas y sanciones pertinentes. Sin embargo y a pesar de los avisos la comercializadora inició negocios de manera imprudente poniendo en riesgo su propio patrimonio.

VII. COSTAS

Por no existir temeridad manifiesta de la parte vencida, la sala se abstiene de condenar en costas, de conformidad con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A., reformado por el 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN de falta de legitimación en la causa por pasiva de DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y POLICÍA NACIONAL, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente Sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia

TERCERO: Sin Condena en costas de esta instancia a la parte demandante.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FRANKLIN PÉREZ CAMARGO
Magistrado

HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN
Magistrado

CLARA CECILIA SUAREZ VARGAS
Magistrado

Vlm

Constancia: El presente proveído fue firmado electrónicamente por los suscritos Magistrados pertenecientes a la Subsección B, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la plataforma SAMAI. Por tanto, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021