REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
- SECCIÓN TERCERA -

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre dos mil veintidós (2022)

Radicado	11001333103520110003600
Medio de Control	Reparación Directa
Demandante	Marlén Galindo Ávila
Demandado	Nación - Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera y Superintendencia de Sociedades

SENTENCIA

Agotadas las etapas y revisados los presupuestos procesales del medio de control de reparación directa, sin que se adviertan causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede este Despacho Judicial a proferir sentencia dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

La señora Marlén Galindo Ávila, a través de apoderado, presentó demanda de reparación directa en contra de la Nación - Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera y Superintendencia de Sociedades, con el fin de que tales entidades fueran declaradas responsables por los perjuicios generados por la falta de vigilancia y control a las empresas captadores de dinero DMG GRUPO HOLDING S.A.

1.2. PRETENSIONES

Solicitó la parte demandante que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

> *"Primera: Solicito que mediante el trámite del proceso ordinario de REPARACIÓN DIRECTA, se declare que la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y TURISMO; NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, NACIÓN COLOMBIANA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, son civil y administrativamente responsables de manera solidaria de indemnizar todos los daños y perjuicios tanto de orden material como moral, que le fueron causados a la Señora MARLEN GALINDO AVILO por el hecho de la falla del servicio, primero al haber asumido una conducta omisiva en la vigilancia y control frente al estilo de negocio ofrecido y realizado*

por la empresa DMG GRUPO HOLDING SA lo que conllevó a mi mandate a confiar en estas inversiones y a depositar su dinero en dicha empresa y segundo por cuanto no contó con la estabilidad, garantía y solidez que se hacía necesaria para recuperar su dinero que había invertido.

Segunda: *Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y TURISMO; NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, NACIÓN COLOMBIANA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, A REPARAR INTEGRALMENTE Y PAGAR A LA DEMANDANTE MARLEN GALINDO AVILA, LOS PERJUICIOS MATERIALES en su nominación de daño emergente, causados como consecuencia de la falla en el servicio, los cuales estimó en la suma de SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCUENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/TE ($7.645.867,00) que es el valor que la empresa DMG GRUPO HOLDING SA no devolvió a mi mandante por los hechos omisivos, y actuaciones erráticas de las accionadas. Y lucro cesante, causados como consecuencia de la falla en el servicio, los cuales estimo en el valor que este dinero ha dejado de producir desde el mismo momento en que ceso la omisión de las entidades demandadas, esto es desde el día 17 de noviembre de 2008, los cuales a la fecha estimo en la suma de $4.404.214 pesos m/cte teniendo en cuenta que han transcurrido más de 24 meses desde cuando se generaron, aplicando una tasa del 2.4% pero al momento de su tasación se deben de tener en cuenta que estos se pagan hasta cuando se verifique el pago de dicha suma, para tasar estos perjuicios se debe aplicar sobre la suma anteriormente citada la tasa máxima de interés moratorio fijada por la superintendencia financiera para le época.*

Tercera*: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y TURISMO; NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, NACIÓN COLOMBIANA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, A REPARAR INTEGRALMENTE Y PAGAR A LA DEMANDANTE MARLEN GALINDO AVILA, quien acredita su legitimación como demandante, los PERJUICIOS MORALES, tanto objetivados como subjetivados, actuales y futuros, según las últimas jurisprudencias del Honorable Consejo de Estado, liquidados al monto que este el salario mínimo Legal Mensual al momento de producirse la sentencia condenatoria o liquidación de las sumas a que resulte condenada la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y TURISMO; NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, NACIÓN COLOMBIANA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, los cuales estimo en suma superior a QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($ 15.450.000,00) equivalentes a treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

Cuarta: Que la condena respectiva o sea el monto total de la indemnización sea actualizado de conformidad con lo previsto en el art. 178 del CCA mediante la aplicación de los mecanismos, procedimientos y formulas adoptados por el Consejo de Estado, en diferentes oportunidades….

Quinta: Sobre las sumas a las que resulte condenada la entidad demandada se disponga lo que ordenan los art. 176 y 177 del CCA en cuanto al pago de intereses corrientes y moratorios, los que se aplicaran desde la ejecutoria de la sentencia que señale tales sumas y aumento de índice de precios al consumidor. Quedando solicitado su reconocimiento y pago en esta forma.

Sexta: Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada conforme lo han dispuesto las últimas jurisprudencias de la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado."

1.3. HECHOS

El fundamento fáctico relevante de las pretensiones es el siguiente:

- La demandante el 4 de septiembre de 2008 decidió invertir en DMG Grupo Holding SA la suma de $41.600.000.oo; suma de dinero que fue devuelta parcialmente y causada a través de compras de bienes, quedando a su favor la suma de $7.654.867.

- El 17 de noviembre de 2008 el Gobierno Nacional, a través de la Superintendencia de Sociedades, intervino a DMG Grupo Holding S.A. y o Grupo DMG S.A., impidiéndole continuar sus actividades al sellarles sus sucursales, por lo cual, ordenó, entre otros, la incautación y posesión de sus bienes. Posteriormente, ordenó su liquidación y comenzaron las acciones penales en contra de los directivos, socios y miembros de la compañía.

- A la señora Marlén Galindo Ávila, el Agente Interventor o la liquidadora de la Sociedad no le ha devuelto el saldo a favor de la referida inversión, esto es, $7.654.867.

1.4. ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE

La parte demandante describió de manera extensa los diferentes regímenes de responsabilidad del Estado. En concreto indicó que las entidades demandadas habían incurrido en falla del servicio por el incumplimiento de lo establecido en los Decretos 663 de 1993 y 4350 de 2006 y las Leyes 795 de 2003, 2222 de 2005, 1116 de 2006, toda vez que no habían ejercido adecuadamente la función de vigilancia y control frente a las actividades comerciales desarrolladas por las sociedades DMG Grupo Holding S.A. y o Grupo DMG S.A., lo que permitió que realizaran actividades de captación ilegal.

1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que el daño alegado en la demanda carece de certeza, en la medida que existe un proceso de intervención de las captadoras ilegales, el cual no ha culminado. En ese orden de ideas, no se puede tener conocimiento sobre cuánto dinero será reintegrado al demandante producto de ese proceso.

Así mismo, manifestó que la demandante se expuso voluntariamente al riesgo que implicaba entregar sumas de dinero a una sociedad que le prometía un rendimiento financiero por encima de lo reconocido por entidades financieras. Arguyó que, de conformidad con las funciones señaladas en la Constitución y la Ley, no existía nexo de causalidad entre el daño alegado en la demanda y la actuación de la cartera ministerial.

Manifestó que se había configurado el hecho de un tercero, como causal exonerativa de responsabilidad, toda vez que la Sociedad DMG decidió captar dinero, para después deshonrar la palabra dada sobre los rendimientos financieros, sin el aval de las entidades del Estado, siendo esta actuación la causa determinante del daño.

1.5.2. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que las funciones establecidas en la Constitución y la Ley no está la de ejercer vigilancia y control sobre las actividades financieras, bursátil o aseguradora relacionada con el manejo y aprovechamiento e inversión de recursos captados del público; por ende, la entidad carece de legitimación material respecto de los hechos y pretensiones referidos en el escrito de la demanda, así como falta de nexo de causal entre el daño alegado en la demanda y la actuaciones de la referida cartera ministerial.

Así mismo, arguyó que el daño alegado en la demanda se había producido por la culpa de la demandante y el hecho de un tercero, en tanto la señora Marlén Galindo Ávila al querer obtener una mayor rentabilidad frente a su capital actuó de manera imprudente e irresponsable y DMG SA utilizó varios mecanismos para captar el dinero de la demandante, bajo premisas económicas o financieras totalmente falsas.

1.5.3. Superintendencia Financiera

La Superintendencia Financiera de Colombia se opuso a lo pretendido en la demanda y, después de realizar una descripción extensa y detallada de la actividad financiera, señaló que DMG Grupo Holding S.A., se constituyó con escritura pública N°1238 de la Notaria 63 de Bogotá del 7 de abril de 2006. Igualmente, a través de la Resolución N° 1643 del 12 septiembre de 2007 confirmada por la Resolución N°1806 del 8 de octubre de 2007, adoptó, entre otras medidas cautelares, la suspensión inmediata de las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de "tarjetas prepago". Además, impartió la orden de devolución de los dineros en desarrollo de la actividad de venta de las "tarjetas prepago", entre otras medidas.

Enfatizó que Grupo DMG S.A., bajo el modelo de las "tarjetas prepago", fue la empresa que inicialmente desarrolló de forma "mimetizada" y oculta la captación ilegal de dineros y que la Superintendencia Financiera en ejercicio de las funciones de vigilancia y control, en especial al amparo del artículo 326 numeral 5° del literal b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adelantó actuación administrativa que culminó con la imposición de la medida cautelar consagrada en el numeral 1°del artículo 108 del precitado Estatuto, a través de la citada Resolución.

Agregó que para la Superintendencia Financiera era imposible evitar que el fenómeno de la captación ilegal y masiva de dineros se expandiera, debido al comportamiento de los ciudadanos, quienes no prestaban su colaboración denunciando los hechos y proporcionando pruebas suficientes a la autoridad, sino que la gran mayoría de los quejosos presentaban sus denuncias solo al ver ya perdidos los dineros entregados a "DMG".

Afirmó que DMG Grupo Holding S.A. había sido objeto de intervención administrativa conforme al Decreto N° 4334 de 2008 por parte de la Superintendencia de Sociedades, a través del auto N° 400-014640 del 21 de noviembre de 2008 y que estaba en curso el proceso de liquidación judicial regulado por la Ley 1116 de 2006.

Hizo la salvedad que la sociedad DMG Grupo Holding S.A., en su certificado de Cámara y

Comercio no señalaba nada respecto a la realización de operaciones propias de los establecimientos de crédito en los términos previstos en los artículos 1° y 2° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y que bajo ese entendido, ni la actividad económica, ni el registro mercantil habilitaban a la sociedad para captar masivamente dineros del público, por lo que la obligación de supervisión y vigilancia le correspondía a la Superintendencia de Sociedades y no a la Superintendencia Financiera.

Sostuvo que no existe responsabilidad por parte del Estado, en la medida que no se encuentra acreditada la relación de causalidad entre las funciones constitucionales y legales de la Superintendencia Financiera y los daños alegados; por el contrario, lo que se evidencia es que la entidad reprimió en término las actividades irregulares e ilegales de captación de dineros del público.

Planteó también la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, dado que la demandante de manera voluntaria realizó la entrega de dineros a una sociedad no autorizada e ilegal, pese a que ya había sido advertida la comunidad en general sobre la existencia de tales entes, como de los riesgos de las operaciones que ellos ejecutaban.

Manifestó que las funciones de vigilancia y control desarrolladas por la Superintendencia Financiera procuraron evitar que se concretaran, entre otros riesgos, los propios de la actividad de intermediación financiera. Pero ello no implica en forma alguna que la entidad esté llamada a ser un garante final y mucho menos cuando provienen o se originan en el ejercicio irregular de dicha actividad, puesto que el deber de cuidado y de diligencia no podía ser suplido por la entidad, sino por el cliente.

Señaló que para la Superintendencia Financiera no resulta admisible que la demandante bajo la premisa del desconocimiento de las consecuencias de una operación que libre, consciente y voluntariamente ejecutaron bajo simuladas modalidades de negocios jurídicos denominados "tarjetas prepago", pretenda trasladar en terceros, como el Estado, una responsabilidad que solo le incumbía al cliente y a la empresa DMG Grupo Holding S.A.

Por último, refirió que en fallo del 6 de diciembre de 2011 proferido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa dentro de la investigación N° IUC – D – 2010 - 878 – 30816 absolvió de responsabilidad disciplinaria a los funcionarios y exfuncionarios de la Superintendencia Financiera en el cual resaltaron la realización de acciones claramente encaminadas a enfrentar dicho fenómeno.

1.5.4. Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades se opuso rotundamente a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento que la parte demandante había obrado de manera autónoma y voluntaria al invertir en DMG Grupo Holding S.A. un capital, asumiendo en esa medida los riesgos inherentes a tal actuación.

Refirió que el grupo DMG funcionó por varios años y no siempre bajo la misma razón social Grupo DMG S.A. Inicialmente fue intervenida por la Superintendencia Financiera y respecto de la cual esta Superintendencia inició sus investigaciones en enero de 2008. Además, se fue evidenciando que se aprovechaba de la ciudadanía utilizando varios canales de inversión utilizados como fachadas para encubrir verdaderamente la actividad de la misma, tales como Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., DMG Grupo Holding

S.A.; esta última fue creada para traspasarle los recursos de DMG S.A. tan pronto fue intervenida por la Superintendencia de Sociedades.

Expuso que DMG, como captadora ilegal, utilizó medios sofisticados para eludir la figura de captación ilegal contenida en el Decreto N° 1981 de 1988, la cual requería que los dineros que recibían no tuvieran contraprestación, para lo cual se usó el suministro de bienes o servicios. También acudieron a figuras tales como venta de programas o proyectos turísticos, venta de "tarjetas prepago", la promoción o publicidad voz a voz, los contratos de cuentas en participación, la venta de proyectos inmobiliarios, entre otros.

De ahí que la Superintendencia Sociedades actuó con los instrumentos legales con los que contaba para el momento en que detectó la existencia de las pirámides, porque antes de la expedición de los Decretos N° 4333 y 4334 de 2008, sus funciones eran distintas, dado que contaba únicamente con las facultades inherentes a la supervisión sobre las sociedades comerciales y empresas unipersonales – modalidad de empresa vigente para esa época –, así que no podía extralimitarse de sus facultades de vigilancia y control con relación a DMG Grupo Holding S.A.

Resaltó que entre otras medidas adoptadas en su momento sobresalen la toma de información a inicios del año 2008 de las sociedades Grupo DMG S.A., Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., DMG Grupo Holding S.A., Cenco Tecnología Ltda., Productos Naturales DMG S.A., Body Chanel S.A., DMG Publicidad y Mercadeo Colombia S.A., Bionat Labs S.A., Global Marketing Colombia S.A. con el fin de investigar la verdadera estructura de DMG. Y, como consecuencia, la Superintendencia de Sociedades mediante un informe del 10 de octubre de 2007 ordenó la suspensión de actividades y la devolución de los dineros a los "ahorradores". Que posteriormente DMG Grupo Holding S.A. fue sometida a control mediante Resolución N° 351-002359 del 9 de julio de 2008 en ejercicio de las facultades de las normas existentes, esto es artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con los Decretos N° 1080 de 1996 y N° 4350 de 2006.

A su vez, reseñó las múltiples irregularidades advertidas en las visitas realizadas como la toma de información y revisiones selectivas de las diferentes sociedades, en especial del Grupo DMG S.A. y de DMG Grupo Holding S.A., como: libros diarios y mayor de balances no llevados en debida forma, incumplimiento de estatutos sociales, ausencia de soportes contables de pagos de capital inicial y de aumentos, no suministro a los funcionarios de informe de gestión, ni dictamen de revisor fiscal, ni estados financieros, ni proyectos distribución de utilidades de 2007, indebido desarrollo social, falta de información sobre la actividad real por tratarse de una recepción de dineros del público por venta de "tarjetas prepago" DMG Grupo Holding S.A., ausencia de reporte de hechos económicos consistentes en que el balance general a 31 de diciembre de 2017 no reflejaba la realidad económica, e indebido manejo y destino de los recursos de la compañía.

Manifestó que antes del 4 de noviembre de 2008 adoptaron las medidas que tenían a su alcance frente al Grupo DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A.; pero ante la magnitud del problema generado por David Eduardo Murcia Guzmán y sus múltiples empresas, se expidieron los Decretos N° 4333 y 4334 de 2008 y se otorgaron facultades extraordinarias tanto a la Superintendencia Financiera como a la Superintendencia de Sociedades, y de esa manera fue intervenida "DMG", la precitada persona jurídica y otras nueve empresas más.

Después de hacer un recuento de las facultades asignadas a la Superintendencia de Sociedades, entre las cuales sobresale la de intervenir sociedades comerciales ordinarias

respecto de las actividades de captación o recaudo de dineros sin contar con la debida autorización legal, insistió en que la entidad no actúo de manera negligente o tardía frente a la avalancha de captadores masivos. Por el contrario, pese a que las funciones que tenía eran insuficientes y gracias a la expedición del decreto de emergencia social y por tratarse de un hecho imprevisto y sobreviviente, aun así lograron conjurarse con las herramientas que fueron valoradas y aceptadas tanto la Corte Constitucional como por la Procuraduría General de la Nación en sus respectivas decisiones.

Indicó que se configuraba la causal de exoneración de culpa de la víctima y hecho de un tercero, toda vez la demandante no podía esperar que una operación financiera le otorgara una ganancia de más del 300% en un término de tres meses y que esta fuera legal. Así como que los que decidieron captar los recursos de la accionante fueron terceras personas, y que dicha actuación nunca fue aprobada por las autoridades.

Por último, refirió que en el caso en concreto tampoco se vulneró el principio de confianza legitima de los demandantes, dado que era inadmisible que quienes habían asumido una postura ética de desentenderse el origen ilegal de los rendimientos extraordinarios que les ofrecieron, esperen que el Estado resarza un daño que no generó.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

16.1. Parte Demandante

No presentó alegatos finales

1.6.2. Parte Demandada

1.6.2.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Reiteró la inexistencia de responsabilidad imputable al Ministerio de Hacienda de cara a los perjuicios alegados por la demandante a partir de la supuesta omisión en el ejercicio de sus funciones, frente a las actividades desarrolladas por DMG GRUPO HOLDING S.A., pues tal y como se verificó en el plenario, a partir del estudio de las pruebas aportadas por las entidades demandadas y allegadas al Despacho por diferentes medios de comunicación y demás autoridades, se demostró la diligencia del Estado en el actuar respecto de la novedosa y sofisticada modalidad de captación no autorizada que desplegó la captadora ilegal DMG GRUPO HOLDING S.A., todo ello en el marco de las funciones constitucional y legalmente otorgadas antes y después de la declaratoria del estado de emergencia social.

En esa medida, no es posible imputarle la existencia de un hecho dañino, pues si a la demandante se le afectó su patrimonio por haber invertido dinero en la captadora ilegal DMG GRUPO HOLDING S.A., ese eventual daño no tiene como origen ni fundamento una acción u omisión del Ministerio de Hacienda además la demandante nunca manifestó la forma como el Ministerio de Hacienda sea por acción o por omisión de sus funciones pudo haber sido responsable del supuesto perjuicio causado a la demandante y de esta forma queda clara la inexistencia del necesario nexo causal entre el hecho u omisión que se alega la responsabilidad, con el daño que se pretende reparar.

Por el contrario, en el proceso se comprobó que fue la actuación de la señora Marlén Galindo Avila, quien pretendió incrementar su patrimonio de manera ambiciosa sin

desplegar la carga de cuidado y de diligencia que la inversión del dinero demanda, incurriendo en una de las causales que tienen el poder de romper el nexo causal entre el hecho y el daño, base de la responsabilidad, que es la culpa exclusiva de la víctima, la cual se evidencia en el presente caso, en tanto que, fue de manera unilateral y voluntaria la entrega de dinero a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A, la que provocó el deterioro patrimonial que supuestamente aduce haber sufrido la parte actora y que ahora pretende imputar a las Entidades demandadas.

1.6.2.2. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

En su alegato final, solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda porque respecto de dicho Ministerio se encuentra acreditada la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que dentro de sus funciones dar solución a lo pretendido en la demanda. Igualmente, señaló que se encuentra probada la culpa exclusiva dela víctima, dado que fue su propio comportamiento el que dio origen al daño alegado.

1.6.2.3. Superintendencia de Sociedades

Reiteró el argumento expuesto en la contestación de la demanda. Puntualmente hizo énfasis en que las funciones de supervisión que ejercía para la época de los hechos sobre las sociedades comerciales, de conformidad con los artículos 83, 84 y 85 de la ley 222 de 1995, estaban dirigidas a que las compañías en su constitución y funcionamiento, cumplieran con la ley y los Estatutos Sociales y en particular su objeto social. Sus atribuciones no comprendían la vigilancia de la actividad de las sociedades comerciales, es decir que el control no era objetivo si no subjetivo, de manera que la Superintendencia de Sociedades, carecía de atribuciones para calificar la legalidad o ilegalidad de la actividad comercial de las empresas intervenidas antes de la expedición de los decretos de emergencia social. Así que no puede responsabilizarse a tal Superintendencia por el incumplimiento de funciones que en ese entonces no tenía.

Distinto fue lo que ocurrió a partir del Decreto Legislativo 4334 de 17 de noviembre de 2008, pues ahí si la Superintendencia de Sociedades recibió expresas facultades extraordinarias y novedosas, otorgadas al amparo de la emergencia social decretada mediante Decreto Legislativo 4333 de la misma fecha, para intervenir de oficio o a Solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal. Así que, en uso de tales facultades, en el caso del Grupo DMG Holding S.A. actuó diligentemente para erradicar el problema que se venía presentando con dicho grupo empresarial.

En esa medida, al no haber responsabilidad de su parte, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

1.6.2.4. Superintendencia Financiera

En su escrito de alegatos, la Superfinanciera también reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Señaló que se deben denegar las pretensiones de la demanda porque con apenas unas tarjetas no se acredita el daño alegado en la demanda, no hay omisión en el actuar de la entidad.

Específicamente volvió a insistir en la actuación de intervención administrativa al D.M.G. Grupo Holding S.A. al amparo de la normatividad vigente antes y después de que se

declarara la emergencia económica y social por el fenómeno de las pirámides. Igualmente, se refirió al despliegue informativo a través de los diversos medios de comunicación por parte de las entidades estatales para prevenir a la sociedad en general sobre los riesgos de invertir sus dineros en empresas o sociedades no autorizadas para captar masivamente dinero del público. En esa medida, no hay responsabilidad de dicha entidad por actuar omisivo frente a lo sucedido con las referidas empresas del grupo DMG Holding S.A.

En todo caso, se deben denegar las pretensiones de la demanda porque se encuentran probadas las eximentes de responsabilidad del hecho de un tercero y de culpa exclusiva de la víctima.

1.6.3. Ministerio Público

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo consagra un criterio orgánico para establecer los litigios que debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es decir, según el cual basta la presencia de una entidad sujeta al derecho administrativo para que el proceso sea tramitado ante esta jurisdicción.

Igualmente, conforme al numeral 6º del artículo 134 B ibídem, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en los casos de reparación directa cuando la cuantía no exceda de 500 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

2.2. TRÁMITE DEL PROCESO

- El 08 de febrero de 2011 fue presentada la demanda ante la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos y, por reparto, correspondió el conocimiento del proceso a este Despacho (fol. 22).

- El 1 de marzo de 2011 se inadmitió la demanda (Fl. 24) y la parte demandante subsanó los defectos advertidos (Fl. 25); como consecuencia, fue admitida el 24 de abril de 2011 (Fl.32-33). Razón por la cual, fueron notificadas las entidades demandadas en debida forma.

- La Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera de Colombia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpusieron recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda (Fls. 36-37, 94-97, 121-130).

- El 5 de junio de 2012, el Despacho dio por terminado el proceso por desistimiento tácito (Fls. 153-154). Decisión que fue objeto de recurso de apelación, y el 09 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo de Bogotá revocó la referida decisión (Fls. 169-170).

- El 24 de septiembre de 2013 se obedeció y cumplió lo dispuesto por el Superior (Fl. 207). Y el 26 de noviembre de la misma anualidad, mediante auto declaró la falta de competencia (Fls. 212-213) se remitió el proceso al Juzgado 2 Administrativo de Popayán. Despacho que se abstuvo de estudiar la integración ordenada por el Juzgado y remitió el proceso al Consejo de Estado (Fl. 1-3 cuaderno 2da Instancia).

- El 14 de octubre de 2014, el Consejo de Estado declaró que este Despacho era el competente para conocer del asunto (Fls. 7-24 cuaderno 2da instancia).

- El 04 de marzo de 2015, este Despacho remitió el proceso a los Juzgados Administrativos en Descongestión en virtud del Acuerdo No. CSBTA14-274 del 11 de junio de 2014 (Fls. 218- 219).

- El 5 de mayo de 2015, el Juzgado 22 Administrativo de Descongestión de Bogotá, remitió el expediente al Despacho de origen (Fl. 222).

- El 22 de septiembre de 2015, este Despacho resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera de Colombia, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fls. 249-250). En consecuencia, las entidades contestaron la demanda.

- El 27 de septiembre de 2017, mediante auto el Despacho se pronunció sobre las pruebas solicitadas y allegadas (Fls. 521-522). Decisión contra la cual las Superintendencia Financiera y de Sociedades interpusieron recurso de apelación (Fls. 561-566 cuaderno No. 3).

- El 28 de noviembre de 2019 se resolvió el recurso referido y se revocó la decisión del 27 de septiembre de 2017, accediendo al decreto del interrogatorio y a las pruebas documentales (Fls. 575-578 cuaderno No. 3).

- El 10 de julio de 2020, este Despacho profirió auto de Obedecer y Cumplir, ordenó oficiar al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN, Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales DIAN y a la Superintendencia de Sociedades y le solicitó a la parte demandante que informara el canal digital de la demandante para fijar fecha y hora para el interrogatorio de parte (Doc. No.01 expediente digital).

- El 18 de noviembre de 2020, se incorporaron documentos allegados y se fijó para el 27 de enero de 2021, el interrogatorio de parte ((Doc. No.31 expediente digital).

- Por auto del 8 de Julio de 2022 se decretó el cierre del debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, en la medida que se había recepcionado el interrogatorio de parte y allegado los documentos requeridos (Doc. 103 Exp. digital).

- La Superintendencias de Sociedades (Doc. 105 y Financiera (Doc. 109), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Doc. 107) y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Doc. 111) presentaron alegatos de conclusión en forma oportuna**.** La parte demandante guardó silencio según consulta del registro de actuaciones siglo XXI.

- Luego de lo cual se corrió traslado al Ministerio Público para emitir concepto, entre los días 1 hasta el 12 de agosto de 2022, quien que permaneció en silencio (Doc. 114).

- El 16 de agosto de 2022 ingresó el proceso al Despacho para proferir sentencia.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO

El Despacho conforme a los hechos y fundamentos de derecho expuestos en la demanda y los argumentos desarrollados por las entidades que conforman el sujeto pasivo de la litis en los escritos de contestación, establecerá si la Nación - Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera y Superintendencia de Sociedades, son administrativa y patrimonialmente responsables por los daños sufridos por la demandante, por la supuesta falla en el servicio materializada en la omisión en el ejercicio de la función de vigilancia y control y de intervención administrativa oportuna, frente a DMG Grupo Holding S.A.

2.4. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

El artículo 90[1] de la C.P, constituye la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, de acuerdo con el cual se acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como "*aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo*[2]"; siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión a una autoridad pública[3].

Así, entonces, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado se deben cumplir varios presupuestos a saber, que el daño exista, sea antijurídico e imputable por acción u omisión al Estado. En consecuencia, se procederá a realizar el estudio de todos los elementos de la responsabilidad del Estado con el fin de fundamentar la decisión a adoptar.

2.4.1. Del daño y sus elementos

El daño es entendido como "*la lesión del derecho ajeno, consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrido por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja*"[4].

Ahora bien, respecto del daño como elemento estructural de la responsabilidad, Juan Carlos Henao[5] señala:

> *… "El daño, es entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta*

[1] El artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que les 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 años, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"
[2] Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.
[3] Ibidem: "Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas:"
[4] Derecho Civil obligaciones. Pág. 538
[5] Jurista Colombiano, Magistrado de la Corte Constitucional y Rector de la Universidad Externado de Colombia.

lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no corresponda, sino que iría a enriquecerse sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil."[6]

Sobre los elementos del daño, el Consejo de Estado[7] ha indicado que este existe en la medida que cumpla varias características, una de ellas es que sea cierto; es decir, que no puede ser hipotético o eventual; así mismo, debe ser personal, en atención a que lo haya sufrido quien manifieste el interés sobre su reparación; subsistente, en razón a que no haya sido reparado, y antijurídico, en cuanto no exista el deber jurídico de soportarlo.

2.4.2. De la imputación fáctica y jurídica

La imputación fáctica o material del daño se predica cuando se encuentra demostrado el nexo de causalidad entre el actuar de la entidad demandada, bien sea por acción u omisión, y el daño sufrido por la víctima.

En el juicio de responsabilidad estatal debe analizarse la imputación desde el ámbito fáctico y la imputación jurídica. En esta última se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados por la Sección Tercera del Consejo de Estado: la falla o falta en la prestación del servicio —simple, presunta y probada—; daño especial —desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal; o riesgo excepcional.

Sobre los criterios a tener en cuenta para identificar la causa del daño, el Consejo de Estado[8] ha señalado:

"en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.

6.5. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones" (66) . Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta" (67) .

6.6. Sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar" (68) . Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no (69) . Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños" (70) .

---

[6] El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Págs. 36-37.
[7] Entre otras: Sentencia 14 de marzo del 2012. Rad. 21859 C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia 1 de julio del 2015. Rad. 30385 C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2016. Rad.: 50001-23-31-000-2002-00094-01 (40744) CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

6.7. Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad (71) es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación (72) que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro" (73) .

6.8. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que "el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad o de protección (74) frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible (75) . Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano" (76) .

6.9. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante" (77) .

6.10. Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal (78) , teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales" (79) , y que además debe obedecer a la cláusula del Estado social de derecho (80) .

Ahora bien, el criterio jurídico de la imputación es sin lugar a dudas indispensable para la determinación de la responsabilidad, dado que no basta con establecer la relación fáctica entre el daño y la acción u omisión del demandado, sino que además es necesario identificar el régimen jurídico aplicable.

2.4.3. Precedente jurisprudencial sobre la función de control y vigilancia de las Superintendencias Financiera y de Sociedades respecto de los perjuicios derivados de la captación masiva de dineros de público

En sentencia del 26 de junio de 2014 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo estableció la ausencia de responsabilidad del Estado en el expediente radicado bajo el N° 08001-23-31-000-1996-08980-01(27896), en los siguientes términos:

"(…) Cabe precisar, además, que en estos casos, en los que se demanda la omisión de los órganos de control en la inspección y vigilancia de las entidades financieras, no todos los daños sufridos por los administrados son indemnizables, en consideración a que la función de supervisión, como se verá más adelante, no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por

parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades.

La responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará cuando el daño sea el resultado de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo que vigila. (…)

En conclusión, la actividad financiera que desarrollan los particulares, está sometida a la inspección y vigilancia del Estado, en razón del interés general que esa actividad reviste, por su incidencia en la economía. Por tanto, la responsabilidad se configura siempre que la entidad incurra en omisión en el cumplimiento de las funciones y en la medida en que se demuestre que de haberse dado cumplimiento a tales obligaciones, el daño no se hubiese presentado. (…)

Por tanto, no es posible atribuir a la demandada falla del servicio por omisión en la prestación del servicio de vigilancia, cuando se le impidió conocer las causas que posteriormente dieron lugar a la intervención. Tal y como lo sostuvo la entidad pública, fue en desarrollo de la intervención oportuna de la entidad, mediante la realización de varias visitas, que se encontraron las irregularidades de carácter administrativo, contable, económico y financiero, así como la captación de depósitos de terceros, situación ésta que no estaba consagrada en ninguno de los estados financieros presentados a DANCOOP. (…)"[9]

Por otra parte, el Consejo de Estado en Sentencia del 29 de septiembre de 2011 con ponencia del Consejero Ponente William Giraldo Giraldo, se analizó la legalidad de las Resoluciones Nos. 1634 del 12 de septiembre de 2007 y 1806 del 8 de octubre de 2007, expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia atinentes a las medidas adoptadas respecto de la sociedad GRUPO DMG S.A., en donde se analizó la facultad que tiene la entidad de imponer medidas cautelares frente a la captación masiva de dineros:

"(…) El principio constitucional de legalidad indica que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las leyes de la República, y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6, C.P.), y que todas las personas son titulares del derecho fundamental al debido proceso, según el cual nadie podrá ser juzgado sino de conformidad con leyes preexistentes al acto que se le imputa (art. 29, C.P.). En virtud del anterior principio, los servidores públicos sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por la Constitución, las leyes y sus reglamentos, pues quien detenta potestades públicas debe estar legitimado en sus actos, lo cual sólo se logra si existe normativa habilitante para el servidor público, lo que implica que solo pueda actuar, en ejercicio de sus funciones, conforme con las disposiciones que prevén la competencia funcional que posibilita las actuaciones propias de la Administración en razón de la competencia atribuida.

La Constitución Política consagra, en su artículo 335, que las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, son de interés público; por ello, se señala que estas actividades solamente pueden ser ejercidas con previa autorización del Estado, según lo establezca la ley. Esta función la ejerce por intermedio de la Superintendencia Financiera, organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía financiera y administrativa, y patrimonio propio. es claro para la Sala que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público, son de interés público, y sólo pueden ser realizadas previa autorización del Estado, por instituciones sujetas a un régimen reglado, las que, precisamente, gozan de habilitación para ejercer tales actividades, siempre que se sujeten al cumplimiento de especiales requisitos en materia de constitución y funcionamiento. En tal sentido, le compete a la hoy Superintendencia Financiera de Colombia, como organismo técnico de carácter administrativo, evitar que personas no autorizadas conforme a la ley, ejerzan actividades propias de las entidades vigiladas, así como también supervisar, de manera integral, las operaciones de las instituciones sometidas a su control, con el fin de velar por el cumplimiento de las normas que las regulan, asegurando la confianza pública en el sistema financiero. En el ámbito de las facultades de policía administrativa de que está investida, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene competencia para imponer medidas cautelares frente a una

[9] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección B – Consejera Ponente Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia 26 de junio de 2014 Exp. 08001-23-31-000-1996-08980-01 (27896)

disfrazada captación masiva y habitual de dineros del público, sin que el actor pueda aducir que por su objeto social (venta de tarjetas prepago al público en general), se sustraía de la inspección y vigilancia que detenta aquella, por cuanto el Decreto 4327 de 2005, que se refiere a que dicho control se ejerce sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, no lo está limitando por el medio con el cual se realiza la actividad, sino que lo direcciona hacia actividades propias de las instituciones que integren el sistema financiero, con mayor razón si lo hacen abusivamente, que para el caso en mención fue la captación de recursos del público. (…)"

2.4.4. Cuestión Previa

En la Sentencia T-204 de 2018, respecto de la posibilidad de valorar la prueba traslada al proceso contencioso administrativo, la Corte Constitucional, señaló:

"Esta Sala de Revisión considera que (i) la prueba trasladada es un medio probatorio regulado en el Código General del proceso que puede solicitarse en el trámite contencioso administrativo y (ii) de acuerdo con la jurisprudencia -Consejo de Estado y Corte Constitucional- y la doctrina, los jueces no pueden valorar una prueba trasladada ciñéndose de manera literal al artículo 174 del Código General del Proceso, comoquiera que tal lectura no abarca de manera completa todos los escenarios posibles para salvaguardar el derecho de contradicción de las partes, como expresión del derecho fundamental al debido proceso. En este orden de ideas, (iii) para esta Sala no existe duda acerca de que la validez de la valoración de una prueba trasladada depende del ejercicio del derecho de contradicción que se hubiese surtido sobre la misma, ya sea en el proceso de origen o en el que se traslada, pues solo cuando tal derecho esté plenamente garantizado el juez se encuentra autorizado para considerar la prueba de que se trate sin ningún trámite adicional. Así, puede el juez valorar la prueba trasladada sin necesidad de ponerla a disposición de las partes para que la contradigan cuando (i) la misma fue solicitada por las dos en el proceso al que se traslada (demandante y demandado), o a instancia de una de ellas pero con la adhesión o coadyuvancia de la otra, pues en estos casos, aun cuando una de esas partes no hubiese participado en el proceso de origen, la jurisprudencia ha entendido que tanto demandante como demandado conocen el contenido de tal prueba; o (ii) la prueba trasladada es solicitada solo por una de las partes y la parte contra la que se aduce no pudo contradecirla en el proceso de origen, pero esa prueba siempre estuvo visible durante el trámite del proceso al que fue trasladada, es decir, que pudo ejercer su derecho de contradicción."

Según lo anterior, en el expediente obran pruebas documentales que en su mayoría corresponden a las actuaciones surtidas por la Superintendencia Financiera y por la Superintendencia de Sociedades respecto de las medidas adoptadas contra las organizaciones dedicadas a la actividad de captación ilegal de recursos del público con anterioridad y posterioridad al Decreto N° 4333 de 2008. Igualmente, obra fallo del 6 de diciembre de 2011 proferido por el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa dentro del expediente N° D-2010-878-300816 que absolvió a funcionarios y ex funcionarios de la Superintendencia Financiera.

Por otro lado, el artículo 168 Código Contencioso Administrativo dispone que en "*los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración*". En esa medida, es pertinente hacer alusión a lo establecido en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil que señala que las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido que:

"(…) en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, hay lugar a tener en cuenta dichas pruebas en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hubieren sido practicadas sin citación o intervención de alguna de las partes en el proceso original y no hubieren sido ratificadas en el nuevo proceso contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión[10]. (…)" [11]

Como quiera que en el presente proceso obra constancia de copias auténticas expedidas por el Coordinador Grupo Contencioso Administrativo Dos, como también de la Secretaría del Grupo Asesores Anticorrupción del Despacho del Procurador General de la Nación, según lo referido, es procedente valorar tales medios probatorios, por cuanto fueron incorporados al proceso en el momento procesal correspondiente, y, por ende, las partes tuvieron la oportunidad de referirse a ellas, en ejercicio de su derecho de contradicción, sin que hubiera manifestación en contrario respecto de su validez.

2.5. CASO CONCRETO

2.5.1. Hechos relevantes probados

Del material probatorio que reposa en el plenario, se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes:

- El Certificado de existencia y representación legal de DMG Grupo Holding S.A. en Liquidación (Cds. Fls.338A) señala que el objeto social era "*EXPLOTAR, PRODUCIR, COMERCIALIZAR, COMPRAR Y VENDER, INTERMEDIAR EN LA ADQUISICIÓN, EN COLOMBIA Y EN EL EXTERIOR TODA CLASE DE ELECTRODOMÉSTICOS, VEHÍCULOS Y MUEBLES…",* entre otros.

Así mismo, sobresalen los siguientes registros:

"QUE POR AUTO 400-014073 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2008, INSCRITO EL 20 DE NOVIEMBRE DE 2008 BAJO EL NO. 03343 DEL LIBRO III, LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ORDENO LA INTERVENCIÓN DE QUE TRATA EL DECRETO 4334 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2008, A LA SOCIEDAD DMG GRUPO HOLDING S.A., CON NIT: 900.091.410, MEDIANTE LA TOMA DE POSESIÓN DE SUS BIENES, HABERES Y NEGOCIOS PARA DEVOLVER, DE MANERA ORDENADA, LAS SUMAS DE DINERO APREHENDIDAS O RECUPERADAS (…)

QUE EN VIRTUD DE LA LEY 1116 DE 2006 MEDIANTE AVISO DEL 11 DE FEBRERO DE 2010, INSCRITO EL 12 DE FEBRERO DE 2010 BAJO EL NO. 277 DEL LIBRO XI, SE INFORMÓ SOBRE LA EXPEDICIÓN DE LA PROVIDENCA QUE DA INICIO AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE LA PERSONA JURÍDICA DE AL REFERENCIA (…)

QUE EN VIRTUD DE LA LEY 1116 DE 2006 MEDIANTE AUTO NO. 420 – 024569 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2009, CONFIRMANDO MEDIANTE AUTO 400-001119 DEL 3 DE FEBRERO DE 2010, INSCRITO EL 12 DE FEBRERO DE 2010 BAJO EL NO. 277 DEL LIBRO XIX, SE INFORMÓ SOBRE LA EXPEDICIÓN DE LA PROVIDENCA QUE DA INICIO AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA."

- El Grupo DMG Holding en intervención expidió certificación No. 27761, a través de la cual señaló que la sociedad tenía un saldo por reconocer a la demandante de $7.9289.867 (Fl. 17).

[10] Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789, entre otras.
[11] Sentencia 10 de noviembre de 2017 del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección "A". Reparación Directa No. 47001-23-31-000-2010-00494-01(42557). Actor: Solma Nieto Borrego y contra la Fiscalía General de la Nación M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E).

- El 22 de agosto de 2006, a través de Memorando, el Director de Supervisión Institucional para Intermediarios Financieros Uno dirigido al Director Legal de Intermediarios Financieros, ambos funcionarios de la Superintendencia Financiera, dio traslado de la denuncia sobre presunta captación masiva y habitual por parte del GRUPO DMG S.A. con ocasión de las diferentes peticiones elevadas del público (Cd Fl. 280).

- Durante los años de 2006, 2007 y 2008, en los medios de comunicación El Tiempo, La República, Boyacá Siete Días, Portafolio, RCN TV, CM&, Caracol Radio, Revista Semana, W Radio, Nuevo Putumayo, Nuevo Siglo, Vanguardia Liberal, El Periódico, El Colombiano, El País, El Universal, La Patria, La Crónica y El Heraldo, se realizaron notas periodísticas y avisos al público por parte de la Superintendencia Financiera en donde advertía de la existencia de captadoras ilegales y del riesgo que asumían las personas al hacer una inversión; además, se advertía sobre la suspensión de la actividad de empresas y en especial DMG por la captación ilegal de dineros (Cds Fl. 280, 345-389, 513).

- El 10 de septiembre de 2007, a través de Memorando, el Superintendente Delegado para Intermediarios Financieros (E) al Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera, dio recomendación sobre la adopción de una medida cautelar a la sociedad Grupo DMG S.A. (Cd Fl. 280).

-El 12 septiembre de 2007, mediante Resolución No. 1634 la Superintendencia Financiera adoptó "medidas cautelares" respecto de la Sociedad Grupo DMG S.A" (Cds. 280, 338A), así:

> " *ANTECEDENTES:*
>
> *"PRIMERO. Que la sociedad GRUPO DMG S.A (en adelante la sociedad, la compañía, o Grupo DMG), identificada con el NIT No. 900031001-5, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C y con 27 oficinas en el país, es una sociedad anónima constituida mediante Escritura Pública No. 0001033 del 8 de abril del año 2005 otorgada en la Notaría 35 de Bogotá e inscrita en el Registro Mercantil el 7 de junio de 2005 bajo el número 00994666 del Libro IX , que lleva la Cámara de Comercio de esta misma ciudad.*
>
> *"SEGUNDO. Que según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido el 18 de julio de 2007 por dicha Cámara de Comercio, la sociedad GRUPO DMG S.A tiene como Representante Legal Principal al señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.086.615 de Bogotá, y como Representante Legal Suplente a la señora JOANNE IVETTE LEON BERMUDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.861.823 de Bogotá. Como dirección para notificaciones judiciales se encuentra inscrita la transversal 24 No. 57-12 Piso 3º de Bogotá D.C.*
>
> *"TERCERO. Que de acuerdo con el citado certificado, el Grupo DMG tiene un objeto social principal amplio, en virtud del cual puede realizar entre otras muchas actividades comerciales, las siguientes: explotar, producir y/o comercializar en Colombia o en el exterior toda clase de electrodomésticos, vehículos, muebles y equipos para hogar y oficina, medicinas naturistas, materias primas, repuestos, insumos, accesorios, artículos, herramientas, maquinaria y equipo para facilitar y garantizar la comodidad y la salud en los hogares; la importación, explotación y distribución de electrodomésticos, vehículos, equipos y otros elementos; la representación y agenciamiento de empresas nacionales e extranjeras, mediante participación directa o asociada, dedicadas a actividades conexas con las anteriores. Además de las mencionadas actividades, la sociedad tiene otra amplia gama de actividades como por ejemplo la producción de películas de largo y corto metraje, guiones comerciales de cine y T.V; representar artistas; crear su propio canal de radio y T.V; crear su propia agencia de viajes y turismo para todo el mundo; la creación de empresas para la siembra y cultivo de plantas y productos agrícolas; crear su propio laboratorio de producción de productos farmacéuticos, homeopáticos y naturales y su comercialización; etc.*

"CUARTO. Que durante los meses de abril y mayo de 2006, varias personas consultaron a la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante SFC), en forma telefónica, si la sociedad GRUPO DMG S.A estaba autorizada para captar recursos del público, en consideración a que las actividades que desarrolla dicha compañía en diferentes ciudades y municipios del país daban a entender que recibía recursos del público en forma masiva, con el atractivo de pagar altos intereses.

"(…)

"Aviso de prevención al público. Que ante los anteriores y nuevos requerimientos de información presentados a esta Superintendencia en forma personal, telefónica y por escrito, respecto de si la sociedad GRUPO DMG S.A era una entidad financiera autorizada por esta Autoridad para captar recursos del público, ***esta Entidad de supervisión consideró necesario adoptar como medida de protección de los derechos de terceros de buena fe, la publicación de un aviso en el Diario 'El Tiempo' durante los días 23, 24, 30 y 31 de diciembre de 2006, por virtud de los cuales se informó al público que la sociedad Grupo DMG S.A no es una sociedad vigilada por la SFC, y que no está autorizada para captar recursos del público en forma masiva y habitual. También se advirtieron las consecuencias administrativas y penales que puede tener para una persona natural o jurídica, en el evento en que se incurra en esas conductas sin contar con la debida autorización.***

"(…)

"VIGÉSIMO SEGUNDO. Como conclusión de todo lo expuesto es pertinente señalar, finalmente, que a partir del acervo probatorio disponible en esta Superintendencia, es decir, con base en la información obtenida a través de las diferentes visitas de inspección realizadas, así como con base en la documentación allegada por la misma sociedad, la cual ha sido objeto de análisis y examen por este Organismo, es evidente que la sociedad mencionada está incurriendo en captación masiva y habitual de dineros del público, sin contar con la debida autorización, por cuanto se encuentra suficientemente demostrado que la compañía ha recibido dineros al 31 de marzo de 2007, de más de 20 personas, en este caso de 12.641, con quienes se tienen adquiridas por lo menos una obligación, que en total superan los $18.545 millones, valor superior al 50% del patrimonio líquido de la sociedad, tal como ya se expuso anteriormente, sin que se evidencie una real contraprestación de entrega de mercancías o servicios.

"Así, pues, es indiscutible que en el caso examinado concurren directamente en cabeza de la sociedad GRUPO DMG S.A los elementos de la captación de dineros del público en forma masiva y habitual, previstos en el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, en tanto y en cuanto se da el número mínimo de personas y de obligaciones, y la relación patrimonial requeridos para la configuración de dicha conducta. Esta práctica es calificada por esta Superintendencia como ejercicio irregular de la actividad financiera por parte de dicha sociedad, por cuanto además las operaciones que ella realiza, consistente en recibir dineros del público en forma masiva, mediante el mecanismo de venta de las 'tarjetas prepago DMG', no tienen como contraprestación en la realidad del negocio, de manera principal, cierta, inequívoca y transparente, el suministro de bienes o servicios, y en esa forma, dichas actividades financieras solo pueden ser desarrolladas por instituciones sometidas a la inspección, control y vigilancia de la SFC.
"(…)

"En mérito de lo anteriormente expuesto, este Despacho RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. ORDENAR** a la sociedad GRUPO DMG S.A, con el NIT No. 900031001-5, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C, y con 26 oficinas en 7 departamentos en Colombia y en esta ciudad, bajo apremio de multas sucesivas diarias hasta de un millón de pesos ($1.000.000.00) cada una, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo, la* ***SUSPENSIÓN INMEDIATA de las operaciones consistente en la recepción de dineros del público 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 dineros del público, sin contar con la debida autorización.

*"**ARTÍCULO SEGUNDO. ORDENAR** a la sociedad Grupo DMG S.A, bajo apremio de multas sucesivas diarias hasta de un millón de pesos ($1.000.000.00) cada una, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo, la DEVOLUCIÓN de la totalidad de los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de las Tarjetas Prepago DMG,*

cualquiera sea su modalidad, conforme al plan y plazo que se convenga con esta Superintendencia.

*"**ARTÍCULO TERCERO. ORDENAR** a la sociedad GRUPO DMG S.A la presentación ante esta Superintendencia, dentro de un término no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución, de un plan de desmonte y devolución de los dineros captados ilegalmente.*

*"**ARTÍCULO CUARTO. ORDENAR** la adopción de las medidas cautelares adicionales que resulten pertinentes a efectos de asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo 1°, numeral 1° del artículo 108 del EOSF, en los casos en que se considere necesario para la efectiva ejecución de la medida cautelar que se adopta mediante el presente acto administrativo.*

*"**ARTÍCULO 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 el cual se prevenga al público en general de que la sociedad GRUPO DMG S.A no se encuentra autorizada para captar dineros del público 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 1º del numeral 1º del artículo 108 del EOSF.*

***"ARTÍCULO SEXTO. ORDENAR** la publicación de la presente Resolución en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Capítulo Superintendencia Financiera.*

***"ARTÍCULO SÉPTIMO. REMITIR** copia de esta Resolución a la Oficina de Registro de esta Superintendencia para los efectos pertinentes.*

*"**ARTÍCULO 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 auténtica de la misma a las demás autoridades competentes que se requiera para la ejecución de estas medidas cautelares.*

***"ARTICULO NOVENO. NOTIFICAR** personalmente al señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, identificado con la cédula de ciudadanía número 80086615 de Bogotá, en su carácter de Presidente y Representante Legal de la sociedad Grupo DMG S.A, o a quien haga sus veces, el contenido de la presente Resolución, entregándole copia de la misma, con la advertencia de que contra ella procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación, con la advertencia de que por tratarse de una medida cautelar, la interposición del recurso correspondiente no interrumpe la ejecutoriedad del presente acto administrativo, según lo establece el artículo 335 del EOSF, modificado por el artículo 87 de la Ley 795 de 2003".*

- En el mes de septiembre de 2007 se realizó el desmonte de la operación venta de tarjetas prepago (Cd folio 338A).

- El 8 de octubre de 2007, a través de la Resolución No. 1806, la Superintendencia Financiera confirmó la Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007 (Cd folio 280), así:

" ***CONSIDERANDO***

***PRIMERO.** Que mediante Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante SFC), a través del Despacho del Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional, ordenó la adopción de medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG S.A, identificada con el NIT No. 900031001-5, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C y con 27 oficinas en el país, en razón a que por los motivos expuestos en la parte considerativa de dicha Resolución, las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de 'Tarjetas Prepago DMG', constituye una forma de captación masiva y habitual de dineros del público, sin contar con la debida autorización.*

"SEGUNDO. *Que dentro de las medidas cautelares ordenadas en la precitada Resolución 1634 a la sociedad GRUPO DMG se destacan principalmente las tres siguientes:*

"(…) la ***SUSPENSIÓN INMEDIATA*** *de las operaciones consistente en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de Tarjetas Prepago DMG*
(…)
"(…) la DEVOLUCIÓN de la totalidad de los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de las Tarjetas Prepago DMG, cualquiera sea su modalidad, conforme al plan y plazo que se convenga con esta Superintendencia.
"(…) la presentación ante esta Superintendencia, dentro de un término no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución, de un plan de desmonte y devolución de los dineros captados ilegalmente.
"(…)
"5.2.8. De las pruebas para resolver el recurso.

"Para efecto de resolver este recurso la Superintendencia ha procedido a examinar y valorar, una vez más, todos los elementos probatorios que soportaron la declaratoria de la captación irregular de dineros por parte de la sociedad Grupo DMG S.A, no sólo para analizar y debatir todas y cada una de las objeciones de su apoderado, sino también para tomar una decisión fundada en supuestos fácticos y de derecho completamente verificados, en la valoración íntegra y totalmente objetiva e imparcial de los elementos probatorios disponibles, de suerte que se garantice debidamente las reglas del debido proceso y el derecho de defensa, pero también que se preserve la confianza pública y se proteja los derechos de terceros de buena fe, que es en últimas el interés jurídico que debe tutelar esta Superintendencia en esta actuación administrativa.

"SEXTO. *Que las consideraciones expuestas en precedencia recogen las principales conclusiones y resultados del análisis que llevó a cabo esta Superintendencia frente a cada uno de los motivos de inconformidad planteados por el señor apoderado de la sociedad Grupo DMG S.A contra la Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, sin que se encuentren argumentos válidos y mucho menos elementos probatorios para estimar desvirtuadas las motivaciones de las medidas cautelares allí ordenadas.*

"(…)

"En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR *en todas sus partes la Resolución número 1634 del 12 de septiembre de 2007, mediante la cual el Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional ordenó medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG S.A, identificada con el NIT No. 900031001-5, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C y con 27 oficinas en el país, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.*

"ARTICULO SEGUNDO. NOTIFICAR *personalmente al señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, identificado con la cédula de ciudadanía número 80086615 de Bogotá, en su carácter de Presidente y Representante Legal de la sociedad Grupo DMG S.A, o al apoderado especial el abogado CARLOS ANTONIO ESPINOSA PÉREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.684.716 de Cali, el contenido de la presente Resolución, entregándole copia de la misma, y advirtiéndole que contra ella no procede ningún recurso, con lo cual queda agotada la vía gubernativa.*

"ARTÍCULO 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.*

> ***"ARTÍCULO CUARTO. ORDENAR** la publicación de la presente Resolución en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Capítulo Superintendencia Financiera.*
>
> ***"ARTÍCULO QUINTO. REMITIR** copia de esta Resolución a la Oficina de Registro de esta Superintendencia para los efectos pertinentes.*
>
> ***"ARTÍCULO SEXTO. 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.*
>
> ***"ARTÍCULO SEPTIMO. COMPULSAR COPIAS** de la presente actuación a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia".*

- En los meses de febrero a noviembre de 2008 y enero de 2009, el Noticiero CM&, realizó notas periodísticas relacionadas con las advertencias de la Superintendencia Financiera sobre el peligro de entregar dineros a terceros no autorizados legalmente para captar dineros del público (Cd Fol. 513).

- El 28 de enero de 2008, 16 de julio de 2008 y 19 de noviembre de 2008, la Superintendencia Financiera, a través de notas periodísticas publicadas en Caracol Televisión, advirtió sobre los riesgos de invertir en empresas captadoras de dinero (Cd. Fol. 280).

-El 01, 8, 15 y 17 de febrero de 2008, la Superintendencia Financiera, a través de notas periodísticas publicadas en RCN Televisión, advirtió sobre los riesgos de invertir en empresas captadoras de dinero (Cd.Fl.280).

- El 9 de julio de 2008, por medio de la Resolución N° 351-002359, se resolvió someter a DMG Grupo Holding S.A. a control (Cd Fl. 338A).

- El 11 de julio de 2008, mediante Resolución No. 351- 02416, la Superintendencia de Sociedades inició de oficio una investigación administrativa en contra de la sociedad DMG Grupo Holding S.A con el fin de verificar la situación jurídica, contable, económica y administrativa (Cd Fl.338A).

- Mediante Auto No. 400-014079 del 17 de noviembre de 2008, la Superintendencia de Sociedades dio inicio el proceso de intervención de la sociedad DMG Grupo Holding S.A, tomando posesión de sus bienes, haberes y negocios y nombre como agente interventor, a la Doctora María Mercedes Perry Herrera (Cd Fl. 338A).

- El 15 de diciembre de 2009, mediante auto 420-024569, la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del proceso judicial de Liquidación de DMG Grupo Holding S.A., confirmado mediante auto 400-001119 del 3 de febrero de 2010, el cual quedó en firme el 10 de febrero de 2010 (Cd Fl.338A).

- El 6 de diciembre de 2011, la Procuraduría General de la Nación dentro de la investigación No. IUC-D 2010878-300816, profirió sentencia en la que absolvió a los funcionarios y exfuncionarios de la Superintendencia Financiera por la presunta omisión en el cumplimiento de sus funciones y posible intervención tardía en el ejercicio de estas, respecto a la captación masiva de dinero (Cds Fls.280, 338A).

De dicha decisión sobresale la siguiente consideración:

> *"Con todo lo anterior, se puede sostener sin lugar a la menor duda, que el Estado Colombiano, las distintas instituciones que intervinieron para frenar e impedir que se continuara realizando la captación masiva ilegal de dineros del público y en especial la Superintendencia Financiera, realizaron acciones claramente encaminadas a enfrentar dicho fenómeno, haciendo uso para ello de las herramientas y medios de que disponían. También está demostrado que la situación era de tal magnitud, que el Gobierno Nacional debió recurrir a medidas extraordinarias, con las cuales finalmente logró contrarrestar dicho fenómeno. De otro lado se advierte de manera indiscutible que el Gobierno, no solo a través de distintos funcionarios, sino incluso con intervenciones del Presidente de la República, así como por diversos medios, con amplia difusión nacional y regional, reiteradamente puso sobre aviso a todas las personas acerca de las ilegalidad de tales operaciones, en las dificultades legales que tenían para enfrentarlas y para impedir su propósito de recaudar dineros del público ilegalmente, recurriendo para ello a fórmulas engañosas, con unos niveles de rendimiento que eran imposibles de satisfacer, pero con todo y ello incontable número de personas, desatendiendo y desoyendo tales advertencias, decidieron entregar sus recursos a esas organizaciones, manifestando incluso su desacuerdo con las medidas del Gobierno, por lo cual respecto de dichas personas solo cabe decir que a nadie distinto de ellas mismas pueden atribuir su descalabro económico. Conforme al reconocido aforismo latino 'Nemo auditur propiam turpitudinem allegans" esto es, nadie puede alegar su favor su propia culpa o torpeza."*

- El 12 de marzo de 2012 mediante Oficio No.114000, el Director Legal para Intermediarios Financieros de la Superintendencia Financiera de Colombia señaló los requisitos y condiciones especiales que debían cumplir las entidades que realizan operaciones de captación de recursos públicos y obtener la respectiva autorización. Igualmente, precisó que Grupo DMG SMA y DMG Grupo Holding S.A. no se encontraban sometidas a inspección y vigilancia de esa Superintendencia; que los representantes legales de estas entidades jamás solicitaron autorización para construir una entidad que debiera quedar sometida a inspección y vigilancia de la AFC; además, nunca han contado con una debida autorización para captar recursos del público (Fls. 291-295).

-El 22 de julio de 2020, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, a través del oficio No. 2020-002269, indicó que la sociedad D.M.G. Grupo Holding S.A. no está inscrita en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, y, en consecuencia, sus actividades no están cubiertas por el Sistema del Seguro de Depósitos administrado por Fogafín (Doc. No. 02 expediente digital).

- La Liquidadora de DMG Grupo Holding S.A. informó a través de certificación allegada por la Superintendencia de Sociedades el 10 de agosto de 2020, que había aceptado la reclamación presentada por la demandante y la misma fue aprobada (Doc. No. 26 expediente digital), así:

> *"La señora MARLEN GALINDO AVILA le entregó a DMG Grupo Holding SA antes de su intervención la suma de $41.600.000 reportando compras efectuadas por valor de $12.556.800 y devoluciones anteriores por valor de $21.113.333 por tanto la suma de $7.929.867 corresponde al saldo reconocido como afectada.*
>
> *Que teniendo presente que la señora MARLEN GALINDO AVILA fue reconocida como afectada dentro del proceso de intervención que se llevó a cabo en contra de la sociedad DMG… se dispuso la entrega de $275.000… los cuales la señora reclamó el 16 de julio de 2009 a traves del Banco Agrario de Colombia."*

- La Dirección de Impuestos y Adunas Nacionales, a través de correo electrónico del 25 de enero de 2021, remitió un archivo Excel del cual se desprende que DMG Grupo

Holding S.A. en liquidación había declarado impuestos entre los años 2007 y 2018 (Docs. 49-50 expediente digital).

- El 29 de junio de 2022, la señora Marlén Galindo Ávila, en calidad de demandante, absolvió el interrogatorio de parte decretado, en donde señaló lo siguiente (Doc. 101 expediente digital):

- Cuando realizó negocios con DMG Grupo Holding, dicha sociedad informó la procedencia de las ganancias.
- Cunando invirtió en DMG Grupo Holding no conocía el término pirámide en el mundo financiero.
- Antes de entregar el dinero a la sociedad DMG no presentó solicitud a la Superintendencia Financiera u otra entidad del Estado, sobre la legalidad de su actividad; y confió en lo que decían los demás inversionistas y de las empresas reconocidas a través de los cuales se adquirían los bienes.
- No conoció de las advertencias que formuló el Gobierno Nacional sobre el fenómeno de captación de dinero ilegal.
- No realizó labores de comparación respecto a los rendimientos que ofrecían las entidades bancarias frente a DMG.
- No acostumbra a realizar inversiones en donde la ganancia sea superior al 100% y este sea entregada a corto plazo.
- DMG ofrecía por rendimiento financiero el doble de la inversión y dentro de un plazo de 6 a 12 meses.
- En el momento de la inversión se dedicaba a las labores del hogar.
- La inversión realizada fue en varios momentos, para un monto de $41.600.000
- Se hizo parte en el proceso de devolución de dineros dentro del proceso de intervención, por un valor de $200.000.
- Con las tarjetas prepago entregadas por DMG realizó compra de bienes como televisores y servicios como viajes.
- No realizó investigaciones o averiguaciones ante las entidades nacionales o locales sobre la legalidad de la actividad que estaba desarrollando DMG; pero supuso que estaba bien el negocio porque ya llevaba tiempo funcionando.
- No verificó en el certificado de Cámara de Comercio el objeto social de DMG Grupo Holding SA y si estaba autorizado para operar.
- Tenía información que la Sociedad DMG declaraba impuestos por sus actividades.
- Entregó el dinero a DMG de manera libre y voluntaria.
- No era consciente del riesgo que exista al entregar una suma de dinero con altas promesas de rendimiento, porque cobraban impuestos y además DMG llevaba cinco (5) años en el mercado.
- Las entidades demandadas son responsables en la medida que no vigilaron a la Sociedad respecto del origen de los rendimientos entregados.
- En la actualidad, al realizar inversiones de dinero tiene una mayor prevención y desconfianza.
- Con las tarjetas prepago entregadas por DMG retiró $38.000.000 de la inversión realizada.

2.5.2. Del daño alegado en la demanda

Como se indicó precedentemente, el daño como entidad jurídica se ha entendido como "*el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*"[12].

Aunado a lo anterior, es preciso recordar que el Consejo de Estado[13] ha indicado que daño se encuentra acreditado en la medida en que sea cierto, "*es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente – que no se limite a una mera conjetura*"[14]; así mismo, que sea personal, en cuanto *sea padecido por quien solicita su reparación, "en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir 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"*[15] y subsistente, en razón a que no haya sido reparado.

En el caso sub judice, con los documentos obrantes en el plenario, el daño alegado en la demanda cumple con todos los criterios referidos por el Consejo de Estado, en tanto se encuentra acreditado que la señora Marlén Galindo Ávila invirtió en DMG Grupo Holding SA la suma de $41.600.000, de los cuales realizó compras por valor de $12.556.800 y recibió devoluciones previas por $21.113.333, y $275.000 por parte del interventor, quedando un saldo pendiente de devolver correspondiente a $7.654.867.

Pero si bien se planteó lo anterior, la comprobación de la existencia de daño no genera *per se* la responsabilidad del Estado, por cuanto falta acreditar el nexo de causalidad respecto a la acción u omisión de la entidad demandada y que el daño sea antijurídico, es decir que la víctima no debía soportarlo.

2.5.3 De la imputación del daño

La imputación fáctica del daño se predica cuando se encuentra demostrado el nexo de causalidad entre el actuar de la entidad demandada, bien sea por acción u omisión y el daño sufrido por la víctima; lo cual, llevará a formar la atribución jurídica del mismo, esto es, establecer el fundamento de la responsabilidad, bien sea bajo el régimen subjetivo u objetivo.

En el sub lite, con las pruebas allegadas al proceso y relacionadas precedentemente, no existe duda de la relación fáctica causal entre la demandante y las Superintendencias Financiera y de Sociedades, en virtud de las actuaciones administrativas adelantadas frente a las medidas cautelares de suspensión de la actividad de la captación masiva de dineros del Grupo DMG S.A., así como de la intervención administrativa a DMG Grupo Holding S.A., y que a la postre sirvieron de base para iniciar el proceso de liquidación judicial.

Ahora, es pertinente analizar si efectivamente el daño alegado en la demanda es atribuible jurídicamente a las entidades demandadas por falla en la función de inspección, vigilancia y control, así como la intervención administrativa tardía de DMG Grupo Holding S.A.

---

[12] LARENZ. "Derecho de obligaciones", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.
[13] Entre otras: Sentencia 14 de marzo del 2012. Rad. 21859 C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia 1 de julio del 2015. Rad. 30385 C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
[14] Sentencia del 14 de marzo del 2012, Radicado interno 21859, C.P. Enrique Gil Botero.
[15] Ibidem.

Al respecto, las Superintendencias Financiera y de Sociedades, por su parte, aseguraron que cumplieron con las funciones de vigilancia e inspección con que contaban antes de la expedición de los Decretos N° 4333 y 43334, ambos del año 2008. Con base en esa nueva normativa, posteriormente, se ordenó la intervención administrativa de DMG. Que el daño que alega la demandante tuvo origen una actuación ilícita de DMG Grupo Holding S.A., y que aun cuando las entidades advirtieron al público de la captación masiva de dineros y los riesgos que corrían en el sentido de que no le fuera devuelto el dinero invertido, la demandante decidió entregar su dinero bajo la modalidad de "tarjetas prepago".

Puntualmente, en relación con la sociedad Grupo DMG S.A., la Superintendencia Financiera adelantó la actuación administrativa por la captación de recursos del público sin autorización legal, decretando para el efecto la medida cautelar que ordenó la suspensión de tales operaciones. Esto, por cuanto se encontró que DMG Grupo Holding S.A., fue constituida por los accionistas del Grupo DMG S.A. para evadir el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra.

Entonces, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 8° del Decreto N° 4327 de 2005 – vigente para la época de los hechos, el Presidente de la República, ejerce a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la 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. Según esta norma, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene como objetivo 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.

De esta manera, la referida Superintendencia en el ejercicio de sus funciones y facultades y con ocasión de las consultas telefónicas y peticiones del público, entre los meses de abril y mayo de 2006, inició la investigación administrativa para determinar si el Grupo DMG S.A. estaba autorizado para captar recursos del público. Para tal efecto, a través de sus funcionarios, realizó tres (3) visitas tanto a la Sede Principal de la sociedad DMG S.A. como a las sucursales del país, las cuales se llevaron a cabo entre los días 25 al 31 de mayo de 2006, el 7 y 15 de noviembre de 2006 y el 14 de mayo y el 2 de junio de 2007.

Consecuentemente, en virtud de las mencionadas visitas, logró determinar que la venta de "tarjetas prepago" denominadas – DMG GRUPO - PRODIGY CARD, era el medio empleado por el Grupo DMG S.A. para la captación masiva de dineros del público, bajo la fachada de la comercialización de bienes o servicios. En ese orden de ideas, se logró establecer que durante los primeros cuatro meses del año 2006 los clientes no adquirieron mercancías, es decir, la Sociedad no hizo entrega de bienes, ni efectuó la prestación de servicios promocionados. Tal hecho indicaba que la sociedad estaba desarrollando una actividad comercial diferente para la que había sido constituida, y en cambio estaba desarrollando una actividad no autorizada por la Superintendencia Financiera.

De forma simultánea, entre otras medidas de prevención y con el fin de proteger los derechos de terceros de buena fe, la Entidad publicó varios avisos en los medios de comunicación, entre ellos, en el periódico El Tiempo, a través de los cuales se informaba que Grupo DMG S.A. no era una sociedad vigilada por la Superintendencia y que no estaba autorizada para captar recursos del público en forma masiva y habitual. De igual

manera, advirtió de las consecuencias administrativas y penales en el evento en que se incurriera en esas conductas sin contar con la debida autorización.

Así, amparada en toda la información acopiada y ante la evidencia de que el Grupo DMG S.A. estaba captando ilegalmente dinero del público a través de las denominadas "tarjetas prepago", lo cual era utilizado como un mecanismo mimetizada y oculta para evadir el control estatal, mediante la Resolución Nº 1643 de septiembre 12 de 2007, confirmada por la Resolución N° 1806 de octubre 8 de 2007, la Superintendencia Financiera ordenó la suspensión inmediatamente la suspensión de tales actividades, dado que no contaba con los permisos establecidos por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora, es pertinente señalar que, según la normatividad financiera vigente para los años 2006 a 2008, las funciones de supervisión, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera estaban al amparo de lo previsto en el numeral 1° del artículo 108[16] y el literal b) del numeral 5° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en concordancia con el numeral 2° del artículo 43 del Decreto N° 4327 de 2005 – vigente para la época de los hechos. En efecto, conforme a lo señalado en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre las funciones y facultades de la Superintendencia Financiera se encuentran las de prevención y sanción reguladas en su numeral 5[17], consistentes en emitir las órdenes necesarias para que se suspendieran de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adoptaran las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considerare que alguna institución sometida a su vigilancia había violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o estuviera manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura.

Y en el caso del Grupo DMG S.A., pese a que inicialmente no estaba sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, ante la evidencia de captación masiva ilegal de dineros, la entidad se vio avocada a ejercer la función de control, inspección y vigilancia la cual se concretó en la realización de visitas y adopción de medidas preventivas; y ante la magnitud de la captación masiva de dineros del público, ordenó la suspensión inmediata de sus actividades. Sin embargo, los accionistas para burlar los efectos de estas órdenes continuaron captando dineros del público a través de la sociedad denominada DMG Grupo Holding S.A.

Es importante advertir que para ese momento la Superintendencia Financiera solamente contaba con los lineamientos establecidos el Decreto N° 3227 de 1982, modificado por el

---

[16] **Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 108. Numeral 1°. Medidas cautelares.** Corresponde a la Superintendencia Bancaria imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización:
a. La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos ($1'000.000.) cada una;
b. La disolución de la persona jurídica, y c. La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que señala el presente Estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.
PARAGRAFO 1o. La Superintendencia Bancaria entablará, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público.

[17] **Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 356. Numeral 5°. Facultades de prevención y sanción.** La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción: a) Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en formas no autorizada o insegura.

Decreto N° 1981 de 1988, que determinaba la captación masiva y habitual de recursos bajo las siguientes premisas: i) la existencia de pasivo para con el público representado por obligaciones con más de veinte (20) personas o constituido por más de cincuenta (50) obligaciones, ii) que las obligaciones contraídas en tales condiciones no previeran como contraprestación el suministro de bienes y servicios, y iii) que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones sobrepasaran el 50% del patrimonio líquido de la persona captadora, y iv) que las operaciones respectivas hubieran sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos.

Por consiguiente, fue a raíz del Informe de la Tercera Visita de Inspección realizada entre los días 14 de mayo hasta el 8 de junio de 2007, en el cual se advirtió la concurrencia de los anteriores parámetros de captación masiva de dineros del público, en los siguientes términos:

> *"**7 CONCLUSIONES***
>
> *La Sociedad Grupo DMG S.A. manifiesta tener como actividad principal la comercialización de bienes y servicios a través de la venta de tarjetas prepago. Sin embargo, cabe anotar que el análisis contable de las cifras se demuestra que la comercialización de bienes es mínima, frente al ingreso acumulado por las ventas de tarjetas prepago.*
>
> *Como se evidenció en el movimiento mensual del rubro "Ingresos Recibidos por Anticipado", en los primeros cuatro meses del año no se registró comercialización de bienes o servicios, pero sí ingresaron $2.224.1 millones por venta de tarjetas prepago, y en los ocho meses siguientes se comercializaron bienes por solo $2.121.6 millones frente a un recaudo por venta de tarjetas de $15.603.9 millones, es decir, sólo se comercializó el 13.6 % de los recaudos, **lo que muestra que la comercialización no es la principal comercial de esta Sociedad.***
>
> ***De la evaluación de la muestra de tarjetas prepago con mayores saldos acumulados se concluyó que el 47% de los clientes no utilizaron dicha tarjeta para la adquisición de bienes o servicios, y del 53 % restante, solo se comercializó el 13 % de lo recaudado.*** *(…)*
>
> *Por las razones anteriormente expuestas se concluye, en principio, que los ingresos que recibe la Sociedad por concepto de tarjetas prepago no corresponden a la naturaleza de dicho producto, del que es requisito indispensable la adquisición de bienes y servicios. **Es decir, que a través de este mecanismo probablemente la Entidad estaría recaudando dineros del público de manera masiva y habitual sin la respectiva autorización legal.** (…)*
>
> *En consecuencia, se concluye que la sociedad Grupo DMG S.A., podría estar realizando captación masiva y habitual de dineros del público en los términos señalados en el Decreto 1981 de 1998, teniendo en cuenta que registra obligaciones con 8.814 clientes al cierre de diciembre de 2006 y 12.641 a marzo 31 de 2007, es decir supera los 20 clientes o 50 contratos señalados en el Decreto en mención." (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Justamente, ante la gravedad de los hallazgos encontrados y la orden de suspensión de la actividad de captación ilegal de dineros, se generó una grave crisis social por el derrumbamiento de las llamadas "Pirámides". Hecho este que obligó al Gobierno Nacional a declarar el Estado de Emergencia Social, y expedir una nueva reglamentación para detener la captación masiva, origen de la crisis social, y así poder sancionar de manera efectiva a los responsables. El Decreto N° 4333 de 2008, expedido para tal efecto, señala:

> *"Que de acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política y las leyes colombianas vigentes, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado. Conforme a las normas legales las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva del público son las instituciones sometidas a la inspección, control y vigilancia de la*

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

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

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

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

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

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

Que frente a la presencia de dichos captadores o recaudadores de dineros del público en distintas regiones del Territorio Nacional, mediante operaciones no autorizadas se han adoptado acciones y medidas por parte de distintas autoridades judiciales y administrativas;

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

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

Que con ocasión de lo expuesto en los considerandos anteriores, también puede perturbarse el orden público;

Que dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes descritos, que están amenazando con perturbar en forma grave el orden social, se hace necesario contrarrestar esta situación en forma inmediata;

Que se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto;

Que se hace necesario profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero;

Que se hace necesario dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad.

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. *Con el fin de conjurar la situación a que hace referencia la parte motiva del presente decreto,* ***declárase*** *el Estado de Emergencia en todo el Territorio Nacional, por el término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de esta declaratoria.*

> ***ARTÍCULO 2o.*** *El Gobierno Nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de las Constitución Política y el artículo 1o del presente decreto, por el término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de la declaratoria. (…)*

Así mismo, y con ocasión a la declaratoria de emergencia social, el Gobierno Nacional adoptó medidas urgentes con fuerza de ley, con el fin de intervenir de forma inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas en las modalidades de captación de dineros del público, para lo cual expidió el Decreto No. 4334 del 17 de noviembre de 2008. Veamos:

> *"Que se han presentado conductas y actividades sobrevinientes por parte de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público protegido por el artículo 335 de la C. P., en tanto que por la modalidad de captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales, el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público, tal como fue expresado en el decreto de Declaratoria de Emergencia, razón por la cual, el Gobierno Nacional debe adoptar urgentes medidas con fuerza de ley que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas y en las de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante,*
>
> **DECRETA:**
>
> *ARTÍCULO 1. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado. (Subrayado fuera texto)*

De ahí que antes de la expedición del Decreto N° 4334 de 2008 la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control a la luz del artículo 335[18] de la Constitución Política y los artículos 82[19], 83[20], 84[21] y 85[22] de la Ley

---

[18] **Constitución Política de Colombia. Artículo 335.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.
La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.
La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

[19] **Ley 222 de 1995. Artículo 82. Competencia de la Superintendencia de Sociedades.** El Presidente de la República **ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.**
También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo. (Negrilla fuera de texto)
(Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante providencia C-496-98 del 15 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en relación con los cargos analizados en la Sentencia.)

[20] **Ley 222 de 1995. Artículo 83. Inspección.** 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.** (Negrilla fuera de texto)

[21] **Ley 222 de 1995. Artículo 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.

222 de 1995 estaban encaminadas a supervisar la constitución y funcionamiento de su objeto social, más no contaba con funciones para cuestionar sobre la legalidad de las actividades de las empresas captadoras.

Bajo la anterior consideración, la Superintendencia de Sociedades, a inicios del año 2008, adelantó diferentes tomas de información de las sociedades Grupo DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A., en las cuales advirtió que no era posible establecer si la actividad principal que estaba desarrollando DMG Grupo Holding S.A. (recepción de dineros del público por venta de Tarjetas Prepago DMG), guardaba relación con el objeto social *"Explotar, producir, comercializar, comprar y vender, intermediar en la adquisición, en Colombia o en el exterior, de toda clase de electrodomésticos, vehículos, muebles y equipos para hogar y oficina, medicinas naturistas y productos naturistas".*

Igualmente, en la toma de información no le fue posible establecer a la referida entidad, si efectivamente la sociedad estaba intermediando en la adquisición de bienes y servicios a través del sistema de tarjeta prepago, o si efectivamente los aportantes habían adquirido realmente productos en la Comercializadora Virtual y la Droguería Farmacentry Calle 130, entre otros, impidiendo además conocer si había sido recaudado el IVA.

Por ello, la Superintendencia de Sociedades basada en los hallazgos de la toma de información, resolvió someter a DMG Grupo Holding S.A. a control, mediante Resolución N° 351-002359 del 9 de julio de 2008, con base en las facultades expresamente asignadas por las entonces normas vigentes, es decir artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995 y Decretos 1080 de 1996 y 4350 de 2006, en los siguientes términos:

> *"SEGUNDO.- Que esta entidad en virtud de las diligencias de Toma de Información practicadas en las sociedades Grupo DMG S.A. e Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., evidenció que estas compañías en el año 2007 y lo transcurrido del 2008 han celebrado operaciones con la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., por lo cual, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 8º, numeral 15, literal a) del Decreto 1080 de 1996, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, considero preciso investigar dichas operaciones finales o intermedias que las citadas Sociedades hayan realizado con DMG GRUPO HOLDING SA., para lo cual mediante oficio número 300- 000111 del 2 de abril de 2008, ordenó la práctica de una Toma de Información a la sociedad antes mencionada, llevada a cabo del 9 de abril al 6 de mayo de 2008.*

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: a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;
b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;
c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados.
d. **Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.**
Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:
1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.
(...)
4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.
5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.
6. Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.
(...)

[22] **Ley 222 de 1995. Artículo 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.

TERCERO.- Que en virtud de la diligencia practicada se establecieron, entre otras, las irregularidades que a continuación se enuncian, las cuales, sin perjuicio de este acto administrativo, serán también objeto de pronunciamiento.

Posteriormente, a través de la Resolución No. 351- 02416 de 11 de julio de 2008 la Superintendencia de Sociedades decretó de oficio la investigación administrativa de la sociedad DMG Grupo Holding S.A con el fin de verificar la situación jurídica, contable, económica y administrativa.

Ahora bien, con la entrada en vigor del Decreto N° 4334 de 2008, la referida Superintendencia de forma inmediata, a través del Auto No. 400-014079 del 17 de noviembre de 2008, dio inicio al proceso de intervención de la sociedad DMG Grupo Holding S.A, tomando posesión de sus bienes, haberes y negocios y el nombramiento del agente liquidador.

Así, entonces, del acervo probatorio obrante en el plenario se permite establecer que tanto la Superintendencia Financiera como la Superintendencia de Sociedades, actuaron conforme a los postulados legales que rigen la materia, de acuerdo con la normatividad vigente al momento de los hechos que son objeto de esta demanda. En efecto, iniciaron las investigaciones del caso una vez conocidas las irregularidades que presentaban los estados financieros, evidenciados en los años 2006, 2007 y 2008, justamente con la realización de las visitas a la sede principal de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. y sucursales, y ordenaron la suspensión de las actividades de captación masiva de dineros. Posteriormente, se ordenó la intervención administrativa y su consecuentemente liquidación judicial, tal y como lo dispuso el Gobierno Nacional mediante los Decreto N° 4333 y 4334 del 17 de noviembre de 2008.

Por lo expuesto, se evidencia que en realidad lo que había por parte del grupo DMG y DMG Grupo Holding S.A. y las demás empresas creadas, era todo un plan bien diseñado y orquestado para evadir el control de las autoridades del Estado y captar ilegalmente dinero del público, bajo la fachada de comercializadoras de bienes y servicios. Situación que se hacía mucho más compleja con el actuar del público en general que, desatendiendo de las orientaciones del Gobierno Nacional, cohonestaba el actuar ilegal de tal grupo empresarial. Y es que, como lo dijo la misma demandante dentro de este proceso, la gente acudía allí a llevar su dinero bajo la promesa de recibir altos dividendos, pero lo que en realidad ocurría era que a unos pocos les cumplían y ellos corrían el voz a voz de que el negocio era bueno. Pero llegó el punto donde el asunto se volvió insostenible, pues no había como cumplirles a todos en las condiciones prometidas.

Así que la intervención del Estado para ponerle fin a ese actuar ilegal de los dueños del grupo DMG y DMG Grupo Holding S.A., era más que necesaria, no solo porque había captación ilegal de dinero del público, lo cual en sí ya era un delito, sino porque, además, se prestaba para incurrir en otro tipo de delitos como el lavado de activos.

En esas condiciones, del análisis en conjunto del material probatorio obrante en el expediente, permite establecer que los hechos y omisiones que la parte actora a título de hecho dañoso pretende imputarle a las accionadas, están íntimamente relacionados con las que a su turno son acciones y omisiones ejecutadas por DMG Grupo Holding S.A. que, como aparece acreditado, estaban ejecutando una actividad ilegal, lo que la ponía fuera del ordenamiento jurídico.

Siendo esa la situación respecto de tales sociedades, no se puede pasar por desapercibido el comportamiento no solo del público en general, sino también de la demandante quien, de conformidad con el interrogatorio de parte rendido, aceptó que conocía los posibles riesgos de la inversión económica que estaba realizando en la sociedad DMG Grupo Holding SA, así como que no había realizado labores de investigación o corroboración ante las entidades demandadas de la legalidad de la actividad económica desempeñada por tales empresas, ni de la causa o motivo de la rentabilidad tan alta respecto a cada inversión. Tampoco, es de recibo el argumento de que lo hizo porque mucha gente lo hacía, inclusive funcionarios del Estado. Es preciso recordar que si algo es prohibido o ilegal, por el solo hecho de que la gran mayoría de gente lo haga, por ese simple hecho no deja de ser ilegal ni tampoco se convierte en bueno o lícito. En ese orden de ideas, el daño alegado en la demanda tiene como causa única y determinante el hecho de un tercero y la culpa de la víctima. Y no como fue indicado en la demanda, una falla del servicio por parte de las señalas superintendencias.

Respecto a la culpa de la víctima y el hecho de un tercero como causa del daño y eximente de responsabilidad, el Consejo de Estado ha indicado:

> *(…) "Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. (…). Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta."* [23].
>
> *"Para que opere el hecho de un tercero, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de la víctima o un tercero tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de un tercero tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por el tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada..."* [24]

Según lo anterior, no existe duda que la demandante actuó de manera imprudente, al invertir sumas de dinero en la Sociedad DMG, sin corroborar porq ué los rendimientos ofrecidos eran exorbitantes y entregados en corto tiempo, así como si estaban habilitados para captar dinero del público en general.

Igualmente, se tiene que dicha Sociedad cobijada por una certificaron de Cámara de Comercio en donde se establecía que estaba constituida como una sociedad Anónima y cuyo objeto era "*explotar, producir, comercializar, comprar y vender, intermediar en la adquisición, en Colombia y en el exterior toda clase de electrodomésticos, vehículos y muebles etc",* brindó información engañosa, no solo a la demandante, sino al público en general, con el objetivo de que depositaran su dinero en contraprestación de unos beneficios en la compra de productos y de recibir rendimientos altos por la publicidad voz a voz. Todo ello lleva a concluir, sin duda alguna, que dicha actuación fue una de las causas del daño, así como determinante para su producción.

En conclusión, el daño alegado en la demanda no le resulta imputable a las entidades demandadas, pues no se demostró la falla en el servicio pregonado por la parte demandante. Por el contrario, se acreditó dentro del proceso que actuaron conforme al

---

[23] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744, C.P. María Elena Giraldo, reiterada en las sentencias de 11 de abril de 2012, exp. 23513, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 9 de octubre de 2013, exp. 33564, C.P. Hernán Andrade Rincón, 8 de junio de 2017, Exp. 44482, CP. Danilo Rojas B.

[24] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Exp. 42676. CP Maria Adriana Marín.

marco de sus competencias, según las normas vigentes. En todo caso, las funciones de vigilancia y control no conllevan de ninguna manera a garantizar o proteger el patrimonio de la demandante, quienes como fue indicado, contribuyó de manera determinante en la producción del daño.

Por otra parte, respecto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para el Despacho de conformidad con las funciones establecidas en el artículo 3 del Decreto 4646 de 2006 y el artículo 5 del Decreto 1512 del 2000 y el Decreto 210 de 2003, dichas carteras Ministeriales no tienen atribuidas funciones de vigilancia, supervisión y control de Sociedades o de actividades comerciales. Por tal razón, como fue expuesto desde la contestación, carecen de legitimación materialmente, es decir, no existe nexo causal entre el daño demostrado por la demandante y su actuación.

En consecuencia, como la parte demandante no cumplió con la carga prevista en el artículo 177 del C.P.C., que señala que *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen",* se denegarán las pretensiones de la demanda.

3. COSTAS

En cuanto a las costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el Despacho no condenará en costas a la parte vencida, toda vez que no encuentra demostrado que actuó con temeridad o que utilizó en debida forma la vía judicial.

NOTA: Revise en el expediente y todos los abogados ya les fue reconocida personería para actuar en el presente asunto.

-. Los abogados de la Superintendencia de Sociedades, William Gómez Tequia y Erik René Sáenz Galeano ya les fue reconocida personería en audiencia el 29 de junio de 2022, y a (Doc. N° 46 Expediente Digital).

-. El abogado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, José Humberto Alvarado Niño, ya le fue reconocida personería en audiencia el 29 de junio de 2022.

-. La abogada **Maria del Pilar Montoya Guizado el** Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, antes de la audiencia confirió poder únicamente para asistir a la misma (Doc. 1° 95, pero asistió el abogado que venía ejerciendo la representación judicial de la entidad (Abel Fernando Hernández Camacho), quien ya se le había reconocido personería en auto del auto 8 abril de 2022 (doc. 83 Exp. digital).

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta y Cinco (35) Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Tercera-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las eximentes de responsabilidad del hecho de un tercero y de culpa exclusiva de la víctima, según las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN CONDENA en costas, por lo expuesto anteriormente.

QUINTO: Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: En firme esta sentencia, liquídense los gastos por la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá; y en caso de existir remanentes, entréguense a la parte interesada y realícese el archivo del expediente, haciéndose las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLA

JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO
JUEZ

Firmado Por:
Jose Ignacio Manrique Niño
Juez
Juzgado Administrativo
035
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ca5dc20edc21eeda135f7da83f60ed413882c769a7ca4f756e8ea89846b1212d**
Documento generado en 30/09/2022 05:32:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica