

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	11001333603520110025800
Medio de Control	Reparación Directa
Demandante	Carmen Alicia Cárdenas
Demandado	Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, Ministerio de Hacienda y crédito Público, Superintendencia de 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, el Juzgado en primera instancia, conforme el artículo 170 del Decreto 01 de 1984, profiere la siguiente sentencia en derecho.

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1. LA DEMANDA

La señora Carmen Alicia Cárdenas, a través de apoderado, presentó demanda de reparación directa en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia de Financiera y Superintendencia de Sociedades, con el fin de que tales entidades sean declaradas responsables por los perjuicios generados por la falta de vigilancia y control a las empresas captadores de dinero.

#### 1.2. PRETENSIONES

Solicitó la parte demandante en la demanda y en su escrito de subsanación que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

*PRIMERA: Declárese a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA, SUPERINTENDENCIA DE FINANCIERA Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y LA POLICÍA NACIONAL, administrativamente responsable de los daños y perjuicios ocasionados con los hechos relativos a la permisión por parte del Estado para que la firma DMG GRUPO HOLDING SA a través de la persona natural DAVID MURCIA GÚZMAN captara de manera ilegal y masiva dineros del público en general resultando notablemente afectada la señora CARMEN ALICIA CARDENAS.*

*SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración condénese a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA, SUPERINTENDENCIA DE FINANCIERA Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y LA POLICÍA NACIONAL, como reparación del daño ocasionado, a pagar a la actora o a quien legalmente represente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, conforme a lo que resulte probado dentro del proceso.*

*TERCERA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CCA, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del cumplimiento del fallo definitivo.*

*CUARTA: la parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA. "*

### **1.3. HECHOS**

El fundamento fáctico relevante de las pretensiones es el siguiente:

- Desde principios del año 2007 la persona natural David Murcia Guzmán empezó a ejercer actividades de captación ilegal de dineros.
- La demandante realizó inversiones de \$26.000.000, en la medida que se le informó que obtendría ganancias del 175%.
- Para el mes de noviembre de 2008, todos los medios de comunicación del país reportaron la noticia de que DMG Grupo Holding SA, hacía parte de las famosas pirámides y que a consecuencia de ello se encontraba desmantelándose.
- Ante las innumerables críticas del público, evidenciada en medios de comunicación, el Gobierno Nacional, a través de las entidades correspondientes decidió iniciar una investigación, al cabo de las cuales se obtiene la intervención de dichas actividades de captación.
- A la Señora Carmen Alicia Cárdenas el Agente Interventor de la Superintendencia de Sociedad le devolvió \$214.045.

### **1.4. ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE**

La parte demandante argumentó que las entidades demandadas habían incurrido en falla del servicio por la omisión del ejercicio de la función de vigilancia y control frente a las actividades comerciales desarrolladas por la sociedad DMG Grupo Holding S.A., que permitió que realizara actividades de captación ilegal.

Así mismo, señaló que la Superintendencia de Sociedades había cumplido tardía y negligentemente sus funciones, en tanto las medidas de intervención administrativa y de liquidación fueron implementadas cuando DMG Grupo Holding S.A, se había aprovechado de la buena fe de la demandante.

### **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 bajo los argumentos 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 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 deshonorar la palabra dado 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 Defensa – Policía Nacional**

La Policía Nacional se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que las funciones establecidas en la Constitución y la ley, no se encuentran las 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 a los hechos y pretensiones referidos en el escrito de la demanda.

Así mismo, arguyó que el daño alegado en la demanda se había producido por la culpa de la demandante y el hecho de un tercer; en tanto la señora Carmen Alicia Cárdenas 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 ilegales.

### **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 regulada, 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 y que 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". Igualmente, 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 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 y, 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 los demandantes 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 incumbe 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 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 a la cual ésta Superintendencia inició sus investigaciones en enero de 2008, y existían otras tantas que de una u otra forma servían de vehículos de inversión y de fachadas para encubrir verdaderamente la actividad de la misma, como Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., DMG Grupo Holding S.A., la cual 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 como el suministro de bienes o servicios. Pero ellos acudieron a figuras tales como venta de programas o proyectos turísticos, la 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 legislativos 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 por que contaba únicamente con las facultades inherentes a la supervisión sobre las sociedades comerciales y empresas unipersonales – modalidad de empresa vigente para esa época –, por lo 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"; y 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 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 fue que 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 que la entidad no actuó 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.

Por último, desarrollo de manera teórica la configuración de las causales de exoneración de culpa de la víctima y hecho de un tercero.

## **1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **1.6.1. Parte Demandante**

La parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión.

### **1.6.2. Parte Demandada**

#### **1.6.2.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación y manifestó que de las pruebas documentales recaudas y en especial de las copias de los avisos remitidos por la casa editorial El Tiempo, Diario Portafolio, Revista Semana, Casa Editorial Globo (Diario La República,) se podía evidenciar la labor de información desplegada tanto por dicha entidad y otras entidades del Estado, con el objetivo de prevenir a la comunidad en general acerca de la existencia de personas inescrupulosas dedicadas a captar dineros de manera no autorizada.

Así mismo, refirió que como quiera que la señora Carmen Alicia Cárdenas no se presentó a la diligencia de interrogatorio de parte y no justificó su inasistencia, debe ser declarado-confesa de las preguntas asertivas del interrogatorio de parte formulado por las entidades demandadas. Y en ese orden de ideas, conforme a las preguntas asertivas, se evidencia que la parte actora era consciente de que estaba celebrando negocios con una captadora ilegal y que actuó motivada por la ambición de recibir intereses exorbitantes, en consecuencia, la culpa de la víctima como causal de exoneración se encuentra suficientemente demostrado.

#### **1.6.2.2. Ministerio de Defensa – Policía Nacional**

La Policía Nacional señaló que conforme a las pruebas recaudadas se podía concluir que entre el daño alegado en la demanda y la actuación de la entidad no existía nexo de causalidad, por tal razón debían ser negadas las pretensiones de la demanda.

#### **1.6.2.3. Superintendencia de Sociedades**

La Superintendencia de Sociedades reiteró cada argumento expuesto en la contestación.

#### **1.6.2.4. Superintendencia Financiera**

La Superintendencia Financiera en el escrito de alegatos insistió en los argumentos expuestos en la contestación.

#### **1.6.2.5. 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 6° del artículo 134 B ibidem, este Juzgado es competente para conocer el presente asunto en los casos de reparación directa cuando la cuantía no exceda de 500 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

### **2.2. 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, resolverá si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Sociedades son administrativa y patrimonialmente responsables por los daños sufridos por la demandante, por la omisión en el ejercicio de la función de vigilancia y control y de intervención administrativa oportuna, frente a DMG Grupo Holding S.A.

### **2.3. TRÁMITE DEL PROCESO**

- El 30 de noviembre de 2010 la demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos y, por reparto, correspondió el conocimiento del proceso a este Despacho (fol. 23).
- El 1 de marzo de 2011 se inadmitió la demanda (Fl. 24) y la parte demandante subsanó los defectos advertidos (Fls. 25-29) y como consecuencia, la demanda fue admitida (Fl.29-30), por lo cual fueron notificadas las entidades demandadas en debida forma.
- La Superintendencia Financiera de Colombia y el Ministerio de Hacienda y crédito público interpusieron recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda (Fls. 33-36, 56-61).
- El 5 de noviembre de 2013, el Despacho revocó el auto expedido el 17 de mayo de 2011 y ordenó la remisión del proceso al Juzgado 2 Administrativo de Popayán (Fls. 230-231).
- El 31 de enero de 2014, el Juzgado 2 Administrativo de Popayán se abstuvo de estudiar la integración ordenada por el Juzgado y remitió el proceso al Consejo de Estado (Fls. 1-5 cuaderno No. 3).
- El 30 de marzo de 2016, el Consejo de Estado declaró que el Juzgado Treinta y Cinco de Bogotá era el competente para conocer la demanda de la referencia (Fls. 50-54 cuaderno No. 3).
- El 30 de mayo de 2017, este Despacho señaló que todos los demandantes estaban debidamente notificados y fijó en lista el proceso (Fls. 236).

- El 23 de mayo de 2018, mediante auto fueron decretadas las pruebas solicitadas y se incorporaron los documentos allegados por las partes (Fls. 447-451). Decisión contra la cual la Superintendencia Financiera interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación (Fl. 452-543).
- El 29 de marzo de 2019, se resolvió el recurso referido y se aclaró que las pruebas decretadas en el numeral 3 del auto del 23 de mayo de 2018 correspondían a la Superintendencia Financiera. Así mismo, se adicionó el referido auto, en el sentido de tener como pruebas documentales las aportadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y fijó fecha para audiencia de pruebas, el 12 de abril de 2019 a las 10:30 para recibir el interrogatorio de parte de la señora Carmen Alicia Cárdenas (Fls. 470-471).
- El 12 de abril del 2019 se instaló la audiencia de pruebas para recibir el interrogatorio de parte, en donde fueron calificadas las preguntas allegadas en sobre cerrado; pero la señora Carmen Alicia Cárdenas, no se hizo presente (Fls. 488-489).
- El 21 de febrero de 2020, mediante auto se incorporó las respuestas, anexos y CD provenientes de la Superintendencia de Sociedades y se ofició a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y al Diario El Nuevo Siglo para que dieran respuesta a los oficios No. 2018049445-007-000 y 515 respectivamente. Y se decidió tener por desistida la prueba decretada a favor de la parte demandante, respecto a los informes ordenados al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Sociedades y al Director de la Policía Nacional (Fls. 653-654).
- El 10 de abril del 2020, la apoderada de la superintendencia de Sociedades desistió de la prueba decretada mediante auto del 23 de mayo de 2018 respecto al Diario El Nuevo Siglo (Doc. No. 02 expediente digital).
- El 18 de noviembre de 2020, el Despacho se pronunció sobre el desistimiento de pruebas y cerró el periodo probatorio, otorgándole a las partes, el término para que presentaran los alegatos de conclusión (Dto No. 04 del expediente digital).
- El proceso ingresó al Despacho para sentencia el 11 de octubre de 2021 (Doc. 17 exp. digital).

## **2.4. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

El artículo 90<sup>1</sup> 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"*; siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión a una autoridad pública<sup>3</sup>.

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 dentro del presente caso, a fin de fundamentar la decisión a adoptar.

### **2.4.1. Del daño y sus elementos**

El daño se entiende 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"*<sup>4</sup>.

Ahora bien, respecto del daño como elemento estructural de la responsabilidad, Juan Carlos Henao<sup>5</sup> señala:

---

<sup>1</sup> 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"

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> 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:"

<sup>4</sup> Derecho Civil obligaciones. Pág. 538

... "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 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."<sup>6</sup>

Sobre los elementos del daño, el Consejo de Estado<sup>7</sup> 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; riesgo excepcional. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Sobre los criterios a tener en cuenta para identificar la causa del daño, el Consejo de Estado<sup>8</sup> 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) .*

*6.7. 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) .*

<sup>5</sup> Jurista Colombiano, Magistrado de la Corte Constitucional y Rector de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>6</sup> El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Págs. 36-37.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

6.8. 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 remarcar 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 la Superintendencia Financiera y de la Superintendencia de Sociedad u otros organismos de control 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. (...)"<sup>9</sup>*

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

<sup>9</sup> 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)

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 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. Cuestiones Previas**

##### **2.4.4.1 Prueba trasladada en el proceso contencioso administrativo**

En la Sentencia T-204 de 2018, respecto de la posibilidad de valorar la prueba trasladada 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 a 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 en 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 lo siguiente:

*"(...) 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<sup>10</sup>. (...)"<sup>11</sup>*

Como quiera que en el presente proceso obra constancia de copias auténticas expedidas por el Coordinador Grupo Contencioso Administrativo Dos (2), como también de la Secretaría del Grupo Asesores Anticorrupción del Despacho del Procurador General de la Nación y 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.

#### **2.4.4.2 Operancia de la confesión ficta**

Se encuentra dentro del expediente que el 12 de abril del 2019 se instaló la audiencia de pruebas para recibir el interrogatorio de parte de la señora Carmen Alicia Cárdenas; diligencia en donde fueron calificadas las preguntas; sin embargo, la demandante no se hizo presente a la diligencia y no justificó dentro de los tres (3) días siguientes su inasistencia.

Al respecto el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el escrito de alegatos solicitó que fuera declarado-confesa las preguntas asertivas del interrogatorio de parte formulado por las entidades demandadas.

Sobre el particular, es preciso hacer alusión a lo establecido en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil:

**"Artículo 210. confesión ficta o presunta:** *La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.*

*La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.*

*En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.*

*Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada."*

<sup>10</sup> Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789, entre otras.

<sup>11</sup> 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).

Por su parte, se tiene que la doctrina ha sostenido que *"la confesión se caracteriza conceptualmente porque las declaraciones que las partes tienen una significación probatoria, es decir que, si la declaración no tiene contenido probatorio alguno, no puede ser confesión, al no favorecer a la contraparte ni perjudicar a su autor"*<sup>12</sup>.

En ese orden de ideas, se hace necesario establecer si las preguntas calificadas como asertivas en la audiencia instalada el 12 de abril del 2019 (Fls. 488-489) son susceptibles de confesión, para así determinar si opera la presunción de tener por ciertos los hechos allí preguntados.

En el caso concreto, se tiene que las siguientes preguntas formuladas por la Superintendencia de Sociedad y Financiera, fueron calificadas como asertivas:

- Diga el despacho como se cierto, si o no que usted sabia sobre el riesgo que podía correr ante el ofrecimiento de altos rendimientos por parte de la CAPTADORA al entregarle sus dineros.*
- Sírvase informar al Despacho, como es cierto, si o no que usted indagó a la Superintendencia de Sociedades y la Financiera si las actividades desplegadas por la CAPTADORA se ajustaban a la ley.*
- Sírvase informar al Despacho, como es cierto, si o no que usted a iniciado o forma parte de otras demandas por los mismos hechos relatados en el libelo petitorio.*
- Sírvase informar al Despacho, como es cierto si o no que usted de manera voluntaria y consciente entrego a dicha CAPTADORA una suma de dinero con el animo de obtener un lucro personal.*
- Sírvase informar al Despacho, como es cierto sí o no que usted conocía el riesgo que generaba el hecho de entregarle dineros voluntariamente a terceros, como es el caso de la CAPTADORA.*
- Diga cómo es cierto sí o no que para el momento de hacer negocios con la Comercializadora DMG... le indicaron la procedencia de los dineros que le devolverían como contraprestación por los dineros entregados?*
- *Manifiéstele al Despacho como es cierto si o no que antes de entregar el dinero a la Comercializadora DMG... conocía el término "pirámide" en el contexto financiero.*
- *Infórmele al Despacho cómo es cierto, sí o no que antes de entregar sus dineros a la comercializadora DMG Usted presentó o elevó queja, solicitud o petición a la Superintendencia financiera, con el fin de averiguar sobre la legalidad de las operaciones realizadas por dicha sociedad.*
- *Diga cómo es cierto sí o no Que usted verificó ante alguna autoridad del orden local o nacional, llámese alcaldía municipal o superintendente de sociedades que las actividades de captación de recursos que estaba ejecutando la comercializadora de DMG se encontraban ajustadas a la ley.*
- *Es cierto que al momento de celebrar negocios con la comercializadora DMG usted verificó el soporte económico con el que contaba él mismo y que serviría como garantía de la entrega de su capital.*
- *Diga cómo es cierto sí o no que usted conoció sobre las advertencias formuladas por el Gobierno nacional a través de los diferentes medios de comunicación acerca del fenómeno de las pirámides.*
- *Diga cómo es cierto, sino que usted alguna vez acudió a un establecimiento de crédito autorizado para captar dineros al público, por ejemplo, Banco para corroborar cuáles son los rendimientos que normalmente ofrecen los mismos en operaciones de reembolso de dinero a término fijo, por ejemplo, CDT.*
- *Diga como es cierto, sí o no que usted acostumbraba a hacer negocios con los cuales procura o busca obtener ganancias superiores al 60% de la inversión en corto tiempo.*
- *Diga cómo es cierto sí o no, usted entregó dineros a la comercializadora DMG en varias oportunidades.*
- *Diga cómo es cierto sí o no, que tras la intervención administrativa de la comercializadora DMG, usted se hizo parte para la devolución de las sumas entregadas.*
- *Diga cómo es cierto sí o no, que antes de la entrega de dinero a la comercializadora de DMG usted verificó de la actividad bajo la cual les fueron prometidos extraordinarios rendimientos como contraprestación.*
- *Diga cómo es cierto sí o no, que la confianza de entregar su dinero devino, de ver que otras personas que entregaron su dinero, si obtuvieron las ganancias ofrecidas por la comercializadora de DMG."*

Así las cosas, y después de analizar las preguntas formuladas, el Despacho concluye que están estaban encaminadas a establecer el conocimiento de la demandante del sistema financiero propuesto por DMG Grupo Holding SA a la hora de invertir su dinero, así como de los riesgos que esa clase de negocio contemplaba. En consecuencia, se asume que la demandante confesó como ciertos los hechos sobre los cuales versaron las preguntas asertivas admisibles y contenidas en el interrogatorio escrito.

<sup>12</sup> Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo Primero, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, año 2006, página 564.

## 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:

- Certificado de existencia y representación legal de DMG Grupo Holding S.A. en Liquidación (fls 10-11) en el cual 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 PROVIDENCIA 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 PROVIDENCIA QUE DA INICIO AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA."*

- El Grupo DMG expidió dos tarjetas prepago-denominadas "PRODIGY CARD" (Fls. 12-13)

- El 22 de agosto de 2006 a través de Memorando procedente del 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 obrante folio 440).

-En los meses de diciembre de 2006, septiembre y octubre de 2007, enero, febrero, marzo, julio, octubre, noviembre y diciembre de 2008, en los medios de comunicación El Tiempo y la Nación se realizaron notas periodísticas y avisos al público de la Superintendencia Financiera en donde advertía de la existencia de captadoras ilegales y del riesgo que asumían las personas al hacer una inversión y respeto a la suspensión de la actividad de empresas y en especial DMG por la captación ilegal de dineros (Fls.266- 346, Cds No. 1 y 2 obrante a folio 264, y Cd obrante a folio 393)

- 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 obrante folio 440).

-El 12 septiembre de 2007 mediante Resolución No. 1634 la Superintendencia Financiera, adoptó "medidas cautelares respecto de la Sociedad Grupo DMG S.A" (Cd obrante folio 440), 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 1º, numeral 1º 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.

**"ARTÍCULO 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 obrante folio 440).

- El 8 de octubre de 2007, a través de la Resolución No. 1806, se confirmó la Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007 (Cd obrante folio 440), 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 publicadas entre (Cd No. 3 obrante a folio 264).

- 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 (fol. 431).

-El 1, 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 (fol. 432, Cd folio 437).

- En los meses de octubre de 2007 y marzo, julio, septiembre, octubre y noviembre de 2008, el Periódico La Republica publicó reportajes y notas periodísticas sobre las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Sociedades respecto a DMG Grupo Holding, en las cuales advirtió sobre el mecanismo para captar ilegalmente dinero del público (Fls. 493-448).
- En el mes de noviembre de 2008 la Revista Semana publicó varias investigaciones realizadas sobre el Grupo DMG, las actuaciones del señor David Murcia Guzmán para captar ilegalmente dinero del público y los funcionarios que estaban siendo investigados por el incumplimiento de sus funciones (Fls. 554-619).
- El 15 y 16 de febrero de 2008 a través de RCN Radio se replicaron declaraciones del Presidente del Banco de la República de Colombia y del Gobernador de Cundinamarca sobre la situación de la captación ilegal de dinero (Cd obrante a folio 551).
- 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 No. 01 obrante en el folio 265)
- 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 No. 01 obrante en el folio 265)
- Mediante Auto No. 400-014079 del 17 de noviembre de 2008 La Superintendencia de Sociedades, dio inicio al 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 No. 01 obrante en el folio 265).
- El 6 de marzo de 2009, la Agente Interventora de DMG Grupo Holding SA En Intervención, a través de la decisión No. 06 aceptó la reclamación presentada por la señora Carmen Alicia Cárdenas por valor de \$ 25.994.445 (Fls.638-641). Así mismo, se encontró que dicho Agente realizó un pago por valor de \$275.000 (Fls. 634-635).
- 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 y quedando en firme el 10 de febrero de 2010 (Cd No. 01 obrante en el folio 265).
- El 2 de agosto de 2011, mediante Oficio No. 02926 FOGAGÍN informó que las sociedades DMG S.A Y DMG Grupo Holding S.A., no estaban inscritas en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y, en consecuencia, sus actividades no estaban cubiertas por el sistema de Seguro de Depósitos Administrativo por FOGAFÍN (Cd folio 440).
- El 6 de diciembre de 2011, la Procuraduría General de la Nación dentro de la investigación No. IUC-D 2010878-300816, profirió sentencia en donde 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 (Cd No. 02 folio 264).

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 propriam 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 (Cd folio 437).

- Para el año 2015, el DMG Grupo Holding SA todavía se encuentra en liquidación judicial (Cd N. 07 obrante en el folio 265).

### **2.5.2. Del daño alegado en la demanda**

Como se indicó en numerales precedentes, doctrinariamente se ha entendido el daño como entidad jurídica, esto es, *"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"*<sup>13</sup>.

Aunado a lo anterior, es necesario recordar lo indicado por el Consejo de Estado<sup>14</sup> respecto a que el daño se encuentra acreditado en la medida que confluja lo siguiente: sea cierto *"es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente – que no se limite a una mera conjetura"*<sup>15</sup>; así mismo debe ser personal en cuanto *"sea padecido por quien lo solicita, 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"*<sup>16</sup> y subsistente, en razón a que no haya sido reparado.

En el caso sub judice, con los documentos obrantes en el plenario, para el Despacho 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 Carmen Alicia Cárdenas invirtió en DMG Grupo Holding SA la suma de \$25.994.445 y que, debido a la intervención efectuada por el Estado, le fue pagado \$275.000, quedando un saldo \$25.719.445.

Pero si bien se planteó lo anterior, la comprobación de la existencia de daño no genera *per sé* 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 caso sub judice, 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., como de la intervención administrativa de DMG Grupo Holding S.A., y que a la postre sirvieron de base para iniciar el proceso de liquidación judicial.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Sentencia del 14 de marzo del 2012, Radicado interno 21859, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>16</sup> Ibidem.

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.

Las Superintendencias Financiera y la Superintendencia 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 4334, ambos del año 2008, y que posteriormente se ordenó la intervención administrativa y 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, la demandante decidió entregar los dineros bajo la modalidad de "tarjetas prepago".

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, y fue decretada una medida cautelar sobre la suspensión de tales operaciones. Y en lo que concierne a DMG Grupo Holding S.A., fue constituida por los accionistas de aquella para evadir el cumplimiento de las órdenes impuestas contra el GRUPO DMG S. A., y, por ello, fue objeto de las medidas administrativas dispuestas en el marco del Decreto 4334 de 2008 por parte de la Superintendencia de Sociedades.

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 de carácter 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 por 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 Superintendencia Financiera bajo el amparo del 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, los funcionarios de la Superintendencia Financiera realizaron tres (3) visitas tanto a la Sede Principal de la sociedad 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, la referida Superintendencia, en virtud de las mencionadas visitas, logró determinar que la venta de "tarjetas prepago" denominadas – DMG GRUPO - PRODIGY CARD, eran 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, la entidad logró verificar 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. Por lo que concluyó 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 objetivo de proteger los derechos de terceros de buena fe, la entidad publicó varios avisos, 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.

Basado en la investigación adelantada por la Superintendencia Financiera, se logró establecer que la captación de dinero a través de las denominadas "tarjetas prepago", era un mecanismo de captación en forma mimetizada y oculta a cualquier control estatal y que Grupo DMG S.A., como tal, no contaba con ninguno de los permisos requeridos para captar recursos, según lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Por tal razón, se ordenó en contra del Grupo DMG S.A., una medida cautelar de suspensión inmediata de la actividad de captación de dinero que venía haciendo bajo el sofisticado modelo de las

tarjetas prepago, tal como fue dispuesto mediante la Resolución N° 1643 de septiembre 12 de 2007 confirmada por la Resolución N° 1806 de octubre 8 de 2007.

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 10817 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<sup>18</sup>, 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 Decreto N° 1981 del año 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.*

<sup>17</sup> **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.

<sup>18</sup> **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.

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 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<sup>19</sup> de la Constitución Política y los artículos 82<sup>20</sup>, 83<sup>21</sup>, 84<sup>22</sup> y 85<sup>23</sup> de la Ley 222

<sup>19</sup> **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.

<sup>20</sup> **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.)

<sup>21</sup> **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**

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.

Por su parte, 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 advirtieron que no era posible establecer si la actividad principal que está 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.*

*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.

---

**Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.**  
(Negrilla fuera de texto)

<sup>22</sup> **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.

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.**

(...)

<sup>23</sup> **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.

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 puede establecer que tanto la Superintendencia Financiera como la Superintendencia de Sociedades actuaron conforme a los postulados legales que rigen la materia. 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 captar ilegalmente dinero del público, bajo la fachada de comercializadoras de bienes y servicios y así eludir el actuar de las autoridades del Estado. Situación que se hacía mucho más compleja con el actuar del público en general que desatendía las orientaciones del Gobierno Nacional, para evitar caer en hechos que defraudaran su patrimonio. Todo ello, porque, según las investigaciones realizadas, se daba cuenta de las enormes irregularidades contables y financieras que presentaban tales compañías.

En esas condiciones, del análisis en conjunto del material probatorio obrante en el expediente, se puede establecer que los hechos y omisiones que la parte actora a título de hecho dañoso pretende imputar 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 la confesión ficta declarada, aceptó que conocía los riesgos de la inversión económica que estaba realizando ante la sociedad DMG Grupo Holding SA, así como que dicha actividad no se encontraba sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, en tanto el representante legal jamás solicitó autorización para construir una sociedad que debiera quedar sometida a ella, y además nunca contaron con una debida autorización para captar recursos del público. En esas condiciones, el daño demostrado tiene como causas únicas y determinantes el hecho de un tercero y la culpa de la víctima, y no como fue indicado en la demanda, por una falla del servicio por parte de las señaladas 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."*<sup>24</sup>.

*"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..."*<sup>25</sup>

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Exp. 42676. CP Maria Adriana Marín.

Por otra parte, respecto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de Defensa - Policía Nacional, 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, dichas carteras Ministeriales, no tienen atribuida funciones de vigilancia, supervisión y control de Sociedades. 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 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 marco de sus competencias, según las normas vigentes. En todo caso, las funciones de vigilancia y control no conllevan de ninguna manera a garantizar el patrimonio de la demandante, quien como fue indicó, contribuyó de manera determinante en la producción del daño.

En consecuencia, como la parte demandante no cumplió con la carga prevista en el artículo 167 del CGP, 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.

### **4. RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA**

El Despacho encuentra que conforme al mandato allegado por la abogada Tanni Sanabria Rincón y suscrito por el Secretario General de la Policía Nacional y toda vez que cumple con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, se le reconocerá personería para que represente los intereses de dicha entidad.

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

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas, por lo expuesto anteriormente.

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

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

**QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA** para actuar a la abogada Tanni Sanabria Rincón, como apoderada del Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**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: **2708f7ec4bdba4ea395510b64a81e3e18c4bc3a2521652b17ffa526d9cbe7441**

Documento generado en 16/12/2021 02:04:58 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>