



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 28 de julio de 2022

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	1100133310362012-00101 00
Demandante	:	Ana Rovira Chicangana y otros
Demandado	:	Nación - Superintendencia Financiera de Colombia y otros

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 84**

Objeto del pronunciamiento

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- Antecedentes

1.1. La demanda

Los señores Chicangana Jiménez Ana Rovira; Manchola Novoa Benjamín, Martínez Hoyos Ruthdelcy, Muñoz Cano Alveiro, Trujillo Guevara Ana Iliá, López Campo Lila, Galindez Betty, Gómez Solarte Javier Domingo, Rivera Blanca Libia, Lara Rivera Diego Edinson, Córdoba Miriam, Patino de Cárdenas Yolanda, Restrepo Serna Yolanda, Rosero Morales Edelmo José María, Agredo Narváez Rosalba, Lasso Lucelida, Moreno Reina Timoteo, Gómez Toro Jaime, Herrera Landinez José Oliverio, López Mesa Gloria Esperanza, Hernández Martínez Jesús, María Doris Rosero de Benavides Carmela María, Lagos Patino Homero Evangelista, Rivera Figueroa Delvis Janet, España Burgos José Noraldo, Ortega Ortega Deifilia Esperanza, Tobar Patino Eudoro Juvenal, Piedrahita Enríquez María Aura Estela, Jojoa Matabanchoy Mariela Amparo, Pérez Pedro Alfredo; Lagos Maya Yolanda Nataly, Burbano de Gonzáles Flor Elisa, Mena Zamudio Martha Dilia, Córdoba Acosta Edgar Miguel, Jojoa Matabanchoy Adriana, Andrade Botina Mario Fernando; Bastidas Estrada Efigenia Judith, Cuatis Maigual Álvaro, Gonzales José Celimo, Aroca Belalcazar María Rita, Guerra David Sonia Viviana, Enríquez Hilda del Carmen, Narváez Burbano Miryan Seney, Montero Marroquín Joaquín Arturo, Córdoba Villota Blanca Ernestina, López de López Trinidad Fátima, González Limas Álvaro Darío, Montenegro Molina Emilia, Rosero Ortega Brian Mauricio, Gaviria Mejía María Leticia, Montenegro de Álvarez Noralba, Torres Erika María Eugenia, Rojas Quiroz Nora Marleny, Fajardo Rosero Antonio Yovanny, Fajardo Rosero Jorge Luis, Rojas Santander Mildre Nayarly, Santander Andrade Elizabeth, Díaz Rodríguez Blanca Janeth, Rosero Bertha Lidia Del Carmen, Acosta Iliá Inés, Chaves Narváez Ángela Esperanza, Galindez de Mamian Flor De María, Zambrano Uribe Camilo Antonio, Daza de Rivera Clementina, Piamba Nidia, García Papamija José,

Meneses Narváez Sandra Milena, Álvarez Bucheli Luz Mireyda, Yela de Melo Julia Tulia; Bareno Vargas Carlos Arturo, Arteaga Vargas Luz Milena, Mesa Angulo Olga Antonia; Ojeda Polo María Isabel, Vargas Aragon Eidi Yurani, Solarte Leyton Gloria Luceni; Díaz Montilla Emiro; Yate González Namar, Erazo Meneses Doris Magnolia; Sierra Alirio; García de Noguera Carmen Amelia, Hernández Andrade Lidia Fidalía, Urbano Bravo Gladis Edith, Orozco Mahecha Oscar, Ceballos Aguirre Laureano Alberto, González Salazar Belcia Patricia, Mora Cuasquer Héctor Elibardo; Acosta Espinoza Fredy Rodney, Estrella Quintero Yadira Emilce, Montanchez Pantoja Sandra Milena, Montenegro Armero Hernán Darío, Leiton Coral Jaime Fernando, Mora Delgado Nelly, Quintero Montoya. Godofredo, Salazar de Zapata Blanca Mery, Arismendy Esperanza, Molina Herrera Luis Alberto, Pérez Barragan Pedro Pablo, Pinto Peñaranda Jorge Humberto, Leyva Frasser Leonel Augusto, Osorio Ome Jesús Alirio, Rojas Yela Luis Elipcio, Villacorte Hernández José Álvaro, Mueses Culchac Álvaro José, Paz Laureano, Quiñones Quiñones Ciro, Ruiz Luis Alfredo, Vásquez Ortega Cesar Enrique, Benavides Luz María, Morales Flores José Rodrigo, Canon de Caicedo Gladis, Oyola Hermosa Daniel Emiliano, Giron Villa Rosalbina, Marciales Girón Silvia Elena, Quistial Castro Hilda Fernanda, Quiroz Pena Yolanda Marilúz, Ceballos Caicedo Everardo Tomas, Mora Cuaran Leidy Nataly, Riascos Rodríguez Rafael, Bravo Pérez María Cecilia, Tafur Cabrera Sandra Yamile; Tafur Carrillo José Isrrael, Madronero Enríquez Rosalba, Madronero Enríquez Rosaura, Buesaquillo Solarte Marleny Ennedy, Mora Cuaran Gloria Nazaria, Gómez Cuaran Lucy Umersinda, Morales Daza Gilberto, Cabrera Enriquez Silvio Wilson; Pérez Pasaje Niyireth, Salas José Lizardo; González González José Joaquín, Ruiz Guillermo Arturo, Meneses Salazar Sonia, Gómez Hernández Miguel Ángel, Torres Hilda Nimia, Estupiñan Yesquen Nancy, Salazar Meza Nidia, Soto Quintero Doralba, Arias Salazar Beatriz Elena, Bolaños Cuero Jhonny, Candelo Mosquera Delia Marina, Ceron Rubiano Javier, Montenegro Ríos Guillermo, Rodríguez Salinas Saúl, David Clavijo Hernández, Hurtado Rodríguez José German, Ruiz Hernández María del Pilar, Ríos Zuluaga Irene del Socorro Bernal Yolanda, Quisabony Luz Dary, Vargas Muñoz Pedro Elías, Valencia Fernández Luz Amanda, Asanova Sevillano Lucrecia Edith, Pinilla Pinilla Omar, Quintero Ruiz José Luis, Tirado González José Antonio, García Zambrano Cecilia, González Limas Evelia, López Mesa Marisela, López Mesa Jorge Albeiro, Velasco Astaiza Aracelly, Guerrero Barreto Otilia, Moncaleano Rodríguez Sandra, Enríquez Braulio, Escobar Rosero Carlos Edmundo, Narváez Molina Aura Janeth, Erazo Bernardo Olimpo, Valencia Muñoz Sor Ángela, Melo Trujillo Juan Omar, Morales Morales Jairo Livio, Murcia Quiñones Geovanni Orlando, Villamil Ramírez Gustavo, Barrios Trujillo Leandro Julio, Alvarado Santos Ildefonso, Anacona Argote Maritza, Ardila Arturuaga José Gregorio, Bermeo Lozada Gloria, Calapsu Pizo Ana de Jesús, Carvajal Ester Rosa, Cicero Oyola Wilson, Cruz Cadena José Lizardo, Caspar Vargas Elicerio, Gómez Imelda, Hernández de Calderon Gloria, Hernández Oliveros Maximino, Iles Ramírez Villintonjbacchi de Samboni Diva, Manrique Hernández Martha Lucia, Martos Narváez Antolina, Medina Ramón Alfredo, Humberto Méndez, Estela Muñoz; Muños Nañez Jaime, Ramiro Muñoz Rojas, Rubiela Cortes Ociedo, Gumercinda Rivera de Gaspar, Héctor Fabio Salamanca Ruiz, Luz Deicy Orozco, Rojas Quiroz Nora Marleny, Fajardo Rosero Antonio Yovanny, Fajardo Rosero Jorge Luis, Rojas Santander Mildre Nayarly, Santander Andrade Elizabeth, Díaz Rodríguez Blanca Janet, Rosero Bertha Lidia del Carmen, Acosta Ilia Inés; Chaves Narváez Ángela Esperanza, Galindez de Mamian Flor de María, Zambrano Uribe Camilo Antonio, Daza de Rivera Clementina, Piamba Nidia, García Papamija José, Meneses Narváez Sandra Milena, Álvarez Bucheli Luz Mireyda, Yela de Melo Julia Tulia, Bareno Vargas Carlos Arturo, Arteaga Vargas Luz Milena, Mesa Angulo Olga Antonia, Ojeda Polo María Isabel, Vargas Aragon Eidi Yurani, Solarte Leyton

Gloria Luceni, Díaz Montilla Emiro, Yate González Namar, Erazo Meneses Doris Magnolia, Sierra Alirio; García de Noguera Carmen Amelia, Hernández Andrade Lidia Fidalía, Urbano Bravo Gladis Edith, Orozco Mahecha Oscar, Ceballos Aguirre Laureano Alberto, González Salazar Velcia Patricia, Mora Cuasquer Héctor Elibardo, Acosta Espinoza Fredy Rodney, Estrella Quintero Yadira Emilce, Montanchez Pantoja Sandra Milena, Montenegro Armero Hernán Darío, Leiton Coral Jaime Fernando, Mora Delgado Nelly, Quintero M. Godofredo, Salazar de Zapata Blanca Mery, Arismendy Esperanza, Molina Herrera Luis Alberto, Pérez Barracan Pedro Pablo, Pinto Peñaranda Jorge Humberto, Leyva Frasser Leonel Augusto, Osorio Ome Jesús Alirio, Rojas Yela Luis Elipcio, Villacorte Hernández José Álvaro, Mueses Culchac Álvaro José, Paz Laureano, Quiñones Quiñones Giro, Ruiz Luis Alfredo, Vásquez Ortega Cesar Enrique, Benavides Luz María, Morales Flores José Rodrigo, Canon De Caicedo Gladis, Oyola Hermosa Daniel Emiliano, Giron Villa Rosalbina, Marciales Girón Silvia Elena, Quistial Castro Hilda Fernanda, Quiroz Pena Yolanda Mariluz, Ceballos Caicedo Everardo Tomas, Mora Cuaran Leidy Nataly, Riascos Rodríguez Rafael, Bravo Pérez María Cecilia, Tafur Cabrera Sandra Yamile, Tafur Carrillo José Israel, Madronero Enríquez Rosalba, Madronero Enríquez Rosaura, Buesaquillo Solarte Marleny Ennedy, Mora Cuaran Gloria Nazaria, Gómez Cuaran Lucy Umersinda, Morales Daza Gilbero, Cabrera Enríquez Silvio Wilson, Pérez Pasaje Niyiret, Salas José Lizardo, González González José Joaquín, Ruiz Guillermo Arturo, Meneses Salazar Sonia, Gómez Hernández Miguel Ángel, Torres Hilda Nimia, Estupiñan Yesquen Nancy, Salazar Meza Nidia; Soto Quintero Doralba, Arias Salazar Beatriz Elena, Bolaños Cuero Jhonny, Candelo Mosquera Delia, Valenciano, Mariela Velazco, Tovar Valencia Jorge Eliecer, Marmolejo Martínez Marlene; Suarez Toro Mercedes, Castro María Valentina, Herrera Morales Angélica María, Velásquez Soto María Ludivia, Ortiz Claret, Barrera Cano Adriana María, Flores Álvarez José Leonel, Flores Barrera Alexandra Patricia, Arteaga Delgado Cristian Emanuel, Amortegui Guevara Nelson Oswaldo, Álvarez Montenegro Diego Fernando y Mosquera Mosquera Jorge Alirio presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, contra la **Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Impuestos Nacionales -DIAN, Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades y la Fiscalía General de la Nación**, a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“2A.- Que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN- RAMA EJECUTIVA – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – SUPERINTENDENCIA FINANCIERA – SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)-; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por el daño antijurídica causado a los demandantes, por la omisión de los entes estatales en no cumplir con sus deberes constitucionales y legales de concretar la intervención oportuna del grupo de empresa conocido con la sigla DMG, generando confianza legítima entre los particulares¹.

2.1 Para el (la) señor (a) [demandante], quien se identifica con claridad en el punto 1.1.1 del acápite 1 denominado "la designación de las partes y de sus representantes, las siguientes:

2.1.1 Por concepto de daño emergente, la suma de \$ [*] M/CTE).

2.1.2 Por concepto de perjuicios morales CIEN SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES que equivalen actualmente a la suma de

¹ Pretensión adicionada con la subsanación de la demanda fl. 90 c. 3.

\$51,500,000 (CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MOTE).

2.1.3 Por concepto de lucro cesante, la suma de \$ [*].

2.1.4 INDEXACION: las entidades demandadas, por conducto de las oficinas correspondientes, están obligadas a reconocer, liquidar y pagar el (la) señor(a) [*] los valores correspondientes derivados de los perjuicios solicitados, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente R se determine multiplicando el valor histórico Rh, que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se causó el perjuicio, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor (I.P.C) certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha de causación del perjuicio.

2.1.5 INTERESES: en consecuencia de las declaraciones a las solicitudes anteriores, las entidades demandadas darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo y pagarán intereses comerciales y moratorios de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

2.1.6 Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.²

1.2. Hechos de la demanda

Los hechos de la demanda en los cuales los demandantes fundamentan sus pretensiones, se resumen a continuación³:

La empresa DMG se encontraba constituida legalmente desde el año 2005 y para el 2008 contaba con más de 200.000 clientes y sucursales en 7 países y una operación en todo el país con sedes en centros comerciales y a la vista de todos.

El 2 de abril de 2008, la Superintendencia de Sociedades inició investigación administrativa y contra DMG y le impuso multas por inconsistencias de carácter jurídico y contable, las que la empresa no cancela ni explica el motivo de las inconsistencias. Y en las investigaciones siguientes tampoco pudo determinar la actividad principal de la empresa, lo que daba a pensar a la Superintendencia que se estaba constituyendo la captación masiva e ilegal de dineros.

Los días 7 y 15 de noviembre de 2006, la Superintendencia realizó visita a la sociedad y determinó que el Grupo DMG realizaba, entre otras actividades, la compra y venta de mercancías a través de “tarjetas prepagas DMG”.

La Superintendencia informó a través de diferentes medios de comunicación que la sociedad DMG no era una sociedad vigilada por ella y que no estaba autorizada a captar recursos del público en forma habitual y masiva.

El 28 de agosto de 2008, la DIAN realizó un operativo sorpresa a 30 empresas del Grupo Holding S.A. con el propósito de reunir la documentación

² Se transcriben las pretensiones que han sido señaladas para todos los demandantes excluyendo solo los apartes que indican a uno de los accionantes y estos se señalan con [*] para indicar que varían dependiendo los demandantes.

³ Fls. 96 a c. 1.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1 Ministerio de Hacienda y Crédito Público ⁴

En su contestación propuso los siguientes medios de defensa:

Falta de competencia del Despacho para conocer del proceso. Agotamiento de jurisdicción. Indicó que, antes de presentarse la presente acción de reparación directa, se habían aceptado en varios despachos judiciales diferentes acciones de grupo en las que se formularon pretensiones idénticas a las de la parte actora a través de reparación directa.

Inexistencia de los elementos constitutivos de responsabilidad. Señaló que, no se cumplían los elementos axiológicos de la responsabilidad estatal en el presente asunto, como lo eran el hecho generador del daño, el daño y el nexo causal.

Inexistencia de un daño cierto. Expuso que, mientras no se terminara la intervención estatal, el daño no dejaba de ser hipotético o probable, ya que, al no haberse surtido las etapas previstas para ello, impedía saber si existió el daño y la magnitud del mismo. Además, en el evento de existir, no se tornaba antijurídico ya que quienes lo sufrieron se expusieron voluntariamente a él.

Inexistencia de daño antijurídico. Manifestó que, la parte actora libremente y de manera poco diligente, decidió aceptar el riesgo que implicaba confiar sus recursos a una captadora, con miras a recibir beneficios extraordinarios inexplicables, haciendo caso omiso de las advertencias de las autoridades públicas.

Inexistencia de nexo causal. Señaló que, no existía relación de causalidad alguna entre el daño y la presunta acción u omisión del Ministerio de Hacienda, pues resultaba evidente que, la causa última del perjuicio no era otra que la conducta ambiciosa desplegada por el actor.

Inexistencia de omisión por parte de las entidades públicas, por constituir una situación extraordinaria y sobreviniente. Expuso que, los hechos o circunstancias que dieron lugar a la proliferación de las llamadas “pirámides”, que ocasionaron el detrimento patrimonial del actor, correspondieron a un fenómeno social extraordinario y sobreviniente de carácter extendido en todo el territorio nacional, y frente al cual, el gobierno nacional se vio obligado a declarar el estado de emergencia social prevista en el artículo 215 de la Constitución.

La parte actora no actuó con buena fe exenta de culpa y creadora de derechos. Indicó que, los demandantes no podían excusar su negligencia en la verificación de si la entidad tenía o no autorización del Estado, sino que debía verificar si efectivamente existía un acto administrativo expedido por la autoridad competente para autorizar su funcionamiento, por lo que al no realizar tal verificación, dejaron de actuar activamente con la diligencia suficiente.

El Estado actuó partiendo de los instrumentos legislativos con que contaba para el momento en que detectó la existencia de las pirámides. Adujo que, los

⁴ Fls. 163 a 184 c. 2.

sofisticados sistemas utilizados para llevar a cabo la captación ilegal dificultaron la intervención de las autoridades, hecho que fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional como un aspecto relevante para declarar exequible la declaratoria de emergencia social que se dirigía precisamente a dotarlas de herramientas jurídicas que le permitieran intervenir de una manera ágil y eficaz en la actividad de captación ilegal.

Petición antes de tiempo. Adujo que, la demanda planteaba un perjuicio hipotético e incierto de ninguna manera indemnizable, por cuanto para que el daño fuera reparable tenía que ser cierto, real y cuantificable. Que en el evento, no se podía hablar de un daño consolidado, en la medida que el proceso de devolución no había concluido.

Concepción jurídica y política del Estado a partir de la Constitución de 1991. Señaló que, la función del Estado colombiano moderno dejó de ser la de un ente represor para dar lugar a un ente de vigilancia, sin llegar a los extremos, ubicándose en una postura intermedia, pero donde primaba siempre el respeto a la libertad y a la autodeterminación de sus coasociados, siendo la regla general estar al margen, salvo en aquellos casos que la Constitución y las leyes determinaran lo contrario.

Riesgo tomado, existencia de riesgo inherente a los negocios financieros. Sostuvo que, de los elementos propios de los acuerdos de voluntades entre los captadores ilegales, se advertía una ruptura de conmutabilidad entre las prestaciones de cada una de las partes, situación que los tornaba en negocios jurídicos aleatorios, donde era carga de las partes soportar las consecuencias positivas o adversas de las prestaciones contraídas por cada una de ellas.

Existencia de mecanismos para la devolución de dineros por parte de quienes tenían dicha obligación. Señaló que, una vez se percató de la actividad ilegal de captación masiva de dineros del público, a través de varios decretos, el gobierno adoptó las medidas dirigidas a proteger el patrimonio de los afectados, y contrarrestar de manera inmediata el desorden social generado por las llamadas pirámides. Sin embargo, no se le podía endilgar alguna responsabilidad por cuanto no fue el Estado el que captó los dineros del público, ni autorizó dicha actividad en cabeza de DMG.

Los precedentes jurisprudenciales internacionales en torno a la problemática de la captación ilegal. Adujo que, la línea de los tribunales internacionales sobre la defraudación de los ciudadanos por cuenta de las captadoras ilegales o no autorizadas de dinero del público, llamadas pirámides, era claro en señalar que, en tales eventos, el Estado no era responsable por la pérdida de dineros de personas que invirtieron en esa clase de sociedades.

No se configura la violación al principio de confianza legítima. Sostuvo que, en este asunto no se varió en ningún momento la determinación legal respecto a las sociedades que captaron dineros, ni mucho menos se le cambiaron las reglas de juego que las gobernaron. En ese sentido, el Estado no podía ser responsable por la pérdida de los dineros invertidos por los demandantes en la firma DMG.

Propuso los eximentes de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero.

1.3.2 Presidencia de la República⁵

Aseguró que no se demostraron los elementos constitutivos de la responsabilidad imputable al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, además que, de los hechos narrados, era evidente que, no le era imputable ninguna de las conductas que se señalaban como causantes del daño.

Agregó que, los demandantes no describieron el deber legal omitido o incumplido tardíamente o durante la expedición de los decretos de intervención. Y adicionalmente que, no le correspondía el control de las actividades de captación de dineros del público que el accionante reclamaba como generadores del daño.

Indicó que, a través de sentencia C-135 de 2008 la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de los decretos de intervención y señaló que las actuaciones de la captadora supusieron un asunto sobreviniente superior a las fuerzas del Estado e imposible de controlar a través de la normatividad vigente. Con sustento en ello recalcó que, el Estado realizó las investigaciones e intervino activamente en la situación y señaló múltiples acciones de control a las captadoras desde el año 2005.

Adujo que no existía un daño cierto, en tanto aún se adelantaba el proceso para la devolución de los dineros por parte de la liquidadora.

1.3.3 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales⁶

Señaló que, en el presente caso se presentaba la cosa juzgada constitucional puesto que, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de los Decretos 4333 y 4334 como quiera que, los demandantes sostuvieron que el origen del daño eran los decretos.

Propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto el daño que se endilgaba a las demandadas fue causado por la sociedad captadora, así que era esta la llamada a responder patrimonialmente por los perjuicios causados.

Propuso como causal de exclusión de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima y llamó la atención sobre el hecho de que en varias oportunidades en medios masivos de comunicación, la Superintendencia Financiera publicó que la ciudadanía debía abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas.

Agregó que, debido a la operación sofisticada de la captadora, se dificultó para los entes de control establecer la actividad ilegal como una captación no autorizada, y como entidad encargada de administrar y recaudar los impuestos nacionales no se encontraban dentro de sus funciones, el control de las empresas captadoras de dinero, además que, los demandantes no demostraron que por la acción u omisión de la DIAN se le causará un daño.

1.3.4 Superintendencia de sociedades⁷

Sostuvo que la entidad no tenía funciones de supervisión respecto del desarrollo del

⁵ Fls. 199 a 203 c. 2.

⁶ Fls. 209 a 217 c. 2

⁷ Fls. 248 a 278 c. 2.

objeto social de las sociedades, pues solo tenía atribuciones para verificar que en desarrollo de su objeto social, no desbordaran su capacidad jurídica, es decir, que no ejercieran actividades ajenas al mismo. Tales competencias solo fueron otorgadas a través del Decreto 4333 de 2008, mediante el que se declaró el estado de emergencia social.

Adujo que, la crisis social fue la que generó el derrumbamiento masivo de las pirámides, así como la insuficiencia de normas para conjurar las causas de las crisis, aspectos que dieron lugar a que, el Gobierno Nacional se viera en la necesidad de declarar el Estado de Emergencia Social, con fundamento en el cual expidió una nueva reglamentación para detener la captación ilícita, por lo que dicha Superintendencia no actuó de manera negligente ni tardía como se afirmó en la demanda.

Señaló que, en los términos previstos en la Ley 222 de 1995, la supervisión que ejercía la entidad sobre las sociedades comerciales, estaba dirigida a que las compañías en su constitución y funcionamiento cumplieran con las disposiciones legales, estatutos sociales y el objeto social, por lo tanto, no le correspondía la vigilancia de actividades sociales comerciales, y carecía de atribuciones para calificar la legalidad o ilegalidad de la actividad comercial de las empresas intervenidas, facultades que solo fueron establecidas a través de la declaratoria de emergencia social, dándole facultad de intervenir las actividades de las captadoras, y la devolución de recursos.

1.3.5 Superintendencia Financiera de Colombia⁸

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación de dineros del público, eran de interés público y solo podía ser ejercidas por autorización del Estado, como lo establecía la Constitución Política.

Refirió que antes de la emergencia económica, la normatividad sobre captación de dineros se regulaba en los Decretos 2920 y 3227 de 1982 que definían la figura de la captación, pero para establecer el ejercicio ilegal de la actividad, se requería primordialmente elementos de tipo contable, documentos que dieran fe de la celebración de operaciones de captación y de personas vinculadas al sistema, así como los negocios que celebraban y su alcance, la identificación precisa de las circunstancias, esto es, una gama de actividades.

Precisó que la insuficiencia de mecanismos legales efectivos permitió que se ocultara el carácter ilegal de dicha actividad, por cuanto se realizó bajo sofisticados sistemas que dificultaron la intervención, tales como la venta de programas o proyectos turísticos, venta de tarjetas prepago, promoción o publicación voz a voz individual, contratos de cuentas de participación, venta de proyectos inmobiliarios y turísticos, recepción de dinero bajo la forma de aportes, inversiones, entre otros.

Lo anterior aunado a la falta de pruebas, a la falta de colaboración de la ciudadanía del modus operandi y la ausencia de regulación legal, lo que llevó a la crisis social que generó el derrumbamiento masivo de las pirámides. Para prevenir la extensión de sus efectos, el Gobierno tuvo que declarar el Estado de Emergencia Social, expidiendo los mecanismos necesarios para atacar las causas del fenómeno y disponer las medidas de

⁸ Fls. 315 a 348.

intervención y la devolución de los recursos, estableciendo antes de tal normativa, la Ley 35 de 1993 y Decreto 1228 de 1996 en cabeza del Juez Civil del Circuito los procesos de liquidación, así mismo, en el Código Penal se echaba de menos una regulación con sanciones efectivas.

Adicionalmente, señaló que con la regulación existente, esto es, el Decreto 1981 de 1988, la entidad realizó las siguientes actuaciones: publicó avisos y advertencia al público a través de los medios de comunicaciones, desde el 23 de diciembre de 2006 hasta el 14 de noviembre de 2008, resolvió preguntas de órganos como la fiscalía, gobernadores, alcaldes y particulares, en el sentido que tales empresas no estaban vigiladas por la Superintendencia Financiera, precisamente porque no estaban autorizadas para realizar operaciones de captación masiva y habitual de dineros al público.

Formuló excepciones de petición antes de tiempo, inexistencia de un daño cierto, falta de competencia y cosa juzgada constitucional, y propuso los eximentes de responsabilidad de culpa de la víctima y responsabilidad de un tercero.

1.3.6 Fiscalía General de la Nación⁹. Señaló que, no era posible el reclamo de la actora pues nadie podía alegar en su favor su propia culpa, circunstancia que se presentaba, pues esta decidida y conscientemente entregó su dinero a la captadora sin exigir ninguna garantía y contrariando las reglas de la experiencia.

Luego de relacionar las funciones que a cargo de la entidad señaló que, ninguna de ellas le imponía controlar empresas captadoras de dinero, además que, resultaba ilógico suponer que cualquier comisión de un delito era responsabilidad de la Fiscalía.

1.4 Trámite procesal

El presente proceso fue radicado inicialmente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰, en donde el 19 de abril de 2012, la Subsección B de la Sección Tercera declaró la falta de competencia y ordenó remitir el expediente a para que fuera repartido entre los juzgados de la sección tercera¹¹ a donde correspondió al Juzgado 36 Administrativo¹².

A través de auto del 22 de mayo de 2022, declaró la falta de competencia y ordenó remitir el proceso al Juzgado 35 Administrativo¹³ en donde se tramitaba una acción de grupo (2009-066), quien declaró su incompetencia y promovió el conflicto negativo de competencias¹⁴.

Con decisión de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferida el 8 de octubre de 2012 se resolvió que la competencia para conocer de la acción pertenecía al Juzgado 36 Administrativo de Bogotá¹⁵.

Mediante auto de 7 de marzo de 2013¹⁶ se admitió la demanda y se ordenó la

⁹ Fls. 372 a 378 c. 2.

¹⁰ Fl. 430 c. 1.

¹¹ Fl. 437 c. 1

¹² Fl. 440 c. 1.

¹³ Fls. 442 a 447 c. 2.

¹⁴ Fls. 8 a 13 c. 2.

¹⁵ Fls. 68 a 74 c. 2.

¹⁶ Fls. 105 a 107 c. 2.

notificación de la misma a las entidades demandadas, Presidencia de la República, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, Fiscalía General de la Nación y al Ministerio Público.

Por auto del 29 de abril de 2019¹⁷, se decretaron pruebas y finalmente en providencia de fecha 16 de marzo de 2020 se cerró el término probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión¹⁸.

1.5 Alegatos de conclusión

1.5.1 Demandante

No presentó escrito de alegaciones

1.5.2 El Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁹. Expuso que, no existía responsabilidad imputable a dicha entidad, por cuanto el posible daño padecido por los demandantes no tenía origen en una acción u omisión de ese Ministerio.

Por el contrario, fue la actuación de los demandantes, quienes pretendieron incrementar su patrimonio de manera ambiciosa sin desplegar la carga de cuidado y diligencia de la inversión entregó su dinero a la firma DMG, asumiendo todos los riesgos.

1.5.3 Superintendencia de Sociedades²⁰. Afirmó que la entidad no incurrió en omisión alguna, puesto que adelantó diferentes acciones administrativas en contra de las captadoras, que conllevó a múltiples multas y sanciones por incumplimiento de la normatividad vigente para ese entonces.

De otro lado, insistió en las excepciones formuladas al momento de contestar la demanda, haciendo especial énfasis en la de culpa de la víctima, porque los demandantes omitieron las medidas mínimas de precaución y cuidado al momento de entregar su dinero al grupo DMG, pues hizo caso omiso de las advertencias elevadas por las autoridades del Estado, desvirtuando así el nexo de causalidad respecto a la conducta de esa Superintendencia.

1.5.4 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Señaló que las pruebas aportadas no eran útiles y conducentes para demostrar la titularidad del inversionista por cuanto eran solo copias con sello notarial y con ausencia total de impresión, lo que no daba certeza que los demandantes fueron quienes realizaron la supuesta inversión.

Agregó que, no existía responsabilidad, pues el daño que alegaban los demandantes se debía ventilar ante la Superintendencia de Sociedades contra DMG por el incumplimiento del contrato que suscribió con estos.

1.5.5 Presidencia de la República²¹. Adujó que, en el expediente quedó demostrado que, los demandantes no tomaron las medias mínimas de previsión para entregar su

¹⁷ Fls. 380 a 383 c. 2.

¹⁸ Fl. 945 c. 2

¹⁹ Archivo digital “04.2012-0101 28-07-2020 alegatos”

²⁰ Archivo digital “13Alegatosuspersociedades”

²¹ Archivo digital “10.2012-101 alegatos DPS 31-07-2020”

dinero a la captadora y pasaron por alto las advertencias que, el Estado realizó en múltiples ocasiones a través de sus diferentes autoridades.

Finalmente señaló que, se demostró i) el conocimiento que los demandantes tenían del riesgo que asumían, ii) la ambición de obtener ganancias extraordinarias y prontas, iii) la decisión de entregar el dinero a la captadora solo tuvo en cuenta la referencia de terceros que habían actuado de la misma forma, iv) que los demandantes conocían de las sanciones que se habían tomado en contra de la captadora y pese a ello optaron por participar del esquema negocial.

1.5.6 Superintendencia Financiera de Colombia no presentó alegatos de conclusión.

1.5.7 Fiscalía General de la Nación no presentó alegatos de conclusión.

1.5.7 Ministerio público no rindió concepto.

II-. Consideraciones

2.1 Legitimación en la causa por activa

De conformidad con lo anterior, se tiene que en la acción de reparación directa existe legitimación en la causa por activa, cuando los demandantes demuestran en el juicio que ostentan la calidad de damnificados, esto es, su condición de perjudicados, por ser titulares de un presunto derecho que se ve conculcado por la Administración.

Es así que los demandantes, se encuentran legitimados en la causa por activa, ya que afirmaron ser las personas que sufrieron el daño, a causa la presunta omisión y tardía intervención de los entes demandados a la firma DMG Grupo Holding S.A.

2.2. Legitimación en la causa por pasiva

Las demandadas están legitimadas de hecho en la causa por pasiva, toda vez que en el escrito de demanda se formularon imputaciones de responsabilidad en contra de las mismas.

En lo atinente a la legitimación material, tiene que ver con la participación de cada una de las entidades en el eventual daño cuya reparación solicita la parte actora, por lo que constituye un asunto relacionado con el fondo de la controversia, y en tal sentido, se resolverá al abordar el tema de responsabilidad de las demandadas.

2.3. Problema jurídico

Se concreta en dilucidar sí, las entidades demandadas deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama los demandantes, con ocasión de las omisiones y falta de cumplimiento de las funciones administrativas constitucionales y legales que se les endilgó, relacionadas con el control de las actividades desarrolladas por la empresa DMG Grupo Holding S.A, que según afirma, condujeron a la pérdida de los dineros que invirtieron en dicha sociedad.

3. Caso concreto

A través del medio de control de reparación directa, la parte actora procura obtener la

declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas por la falla en el servicio consistente en la omisión de sus obligaciones de índole constitucional y legal, así como la tardía e inoportuna intervención de las mismas en las actividades desarrolladas por la empresa DMG Grupo Holding S.A, que según se afirmó, generó la pérdida del dinero invertido en las tarjetas prepago.

Es decir, que la responsabilidad de las entidades demandadas se enmarca dentro de la omisión o falta en el ejercicio de las funciones y atribuciones como organismos de control, vigilancia y supervisión. En tal sentido, el asunto debe analizarse de cara a la falla del servicio.²² Así, en un régimen de responsabilidad como este, corresponde acreditar con idóneos mecanismos probatorios, la producción del daño, la falla de la Administración, y el nexo causal entre estos dos elementos.

Por lo tanto, se examinará cuáles eran las obligaciones legales que concretamente tenían las entidades demandadas en relación con las actividades realizadas por la sociedad DMG Grupo Holding S.A, de su intervención y proceso de liquidación forzosa administrativa; si tales obligaciones fueron incumplidas por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio por dichas entidades públicas, y de ser así, si de haberse cumplido con esas obligaciones de manera oportuna, se hubiera podido interrumpir el proceso causal que produjo el daño alegado por la parte actora.

El Despacho resolverá este caso teniendo en cuenta tanto las pruebas allegadas al proceso como los asuntos que ya fueron resueltos que versan sobre el mismo asunto²³

3.1 Superintendencia de Sociedades

Se indicó en la demanda que esta entidad omitió el cumplimiento de sus deberes de inspección, vigilancia y control sobre la sociedad comercial DMG Grupo Holding S.A. A efectos de establecer si incurrió en la omisión que se endilgó, se tendrá en cuenta el marco normativo que regula su actividad y funciones, así:

El Decreto 1080 de 1996²⁴, vigente para la época de que tratan los hechos de la demanda, en su artículo primero, señalaba la naturaleza de la entidad, al precisar que la Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la Ley en relación con otras personas jurídicas o naturales.

En los términos del artículo 82²⁵ de la Ley 222 de 1985, el Presidente de la República

²² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007. C.p. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación No. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG)

²³ Expedientes Nos. 11001333103620100030100, 11001333103620110000700, 11001333103620110025500 y 11001333620120003800.

²⁴ Derogado por el artículo 30 del Decreto 1023 de 2012.

²⁵ "(...) **ARTICULO 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. (...) Texto subrayado fue declarado exequible a través de sentencia C-496 de 1998.

ejerce por conducto de la Superintendencia de Sociedades, las funciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales.

Respecto de las funciones de Inspección, el artículo 83 de la misma disposición, señaló:

"(...) Artículo 83. INSPECCION. La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.

En lo atinente a las de vigilancia, el artículo 84 refería que la misma consiste en:

"(...) 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.*
- 2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.*
- 3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.*
- 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 (...)"*

Por su parte, el artículo 85 precisaba en qué consistía el control que ejercía la entidad:

“(…) ARTICULO 85. CONTROL. El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

De ahí que la Corte Constitucional respecto a tales funciones, en sentencia C. 233 de 1997, precisó:

"mientras que la inspección comporta una leve y ocasional injerencia en las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia Bancaria, con el fin de confirmar y analizar información sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas; la vigilancia entraña un seguimiento permanente acompañado de facultades de más hondo calado, respecto de las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias y para velar por que en la formación, en el funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos". Por su parte, "la noción de control, introducida por el artículo 85 de la Ley 222 de 1.995, involucra atribuciones de mayor intensidad, ejercitables por la Superintendencia de Sociedades siempre que cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia atraviese por una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo que haga indispensable la adopción de correctivos enderezados a subsanarla".

El Decreto 4350 de 2006, determinó las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, así:

“ARTÍCULO 1°. Quedarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, siempre y cuando no estén sujetas a la vigilancia de otra Superintendencia, las sociedades mercantiles y las empresas unipersonales que a 31 de diciembre de 2006, o al cierre de los ejercicios sociales posteriores, registren:

a) Un total de activos incluidos los ajustes integrales por inflación, superior al equivalente a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales;

b) Ingresos totales incluidos los ajustes integrales por inflación, superiores al valor de treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales.

(…)

ARTÍCULO 2°. Quedarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, las sociedades mercantiles y las empresas unipersonales que, a 31 de diciembre de 2006 o al cierre de los ejercicios sociales posteriores, tengan pensionados a su cargo, siempre y cuando se encuentren en una de las siguientes situaciones:

a) Cuando después de descontadas las valorizaciones, el pasivo externo supere el monto del activo total;

b) Cuando registren gastos financieros que representen el cincuenta por ciento (50%) o más de los ingresos netos operacionales. Entiéndase por gastos financieros, los identificados con el Código 5305 del Plan Único de Cuentas;

c) Cuando el monto de las pérdidas reduzca el patrimonio neto por debajo del setenta por ciento (70%) del capital social;

d) Cuando el flujo de efectivo neto en actividades de operación sea negativo.

(…)

ARTÍCULO 3° Quedarán sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de

Sociedades, siempre y cuando no sean sujetos de la vigilancia de otra Superintendencia, las siguientes personas jurídicas.

a) Las sociedades mercantiles y las empresas unipersonales que actualmente tramiten, o sean admitidas o convocadas por la Superintendencia de Sociedades a un proceso concursal, en los términos del artículo 89 de la Ley 222 de 1995, o que adelanten o sean admitidas a un acuerdo de reestructuración de conformidad con la Ley 550 de 1999, o las normas que las modifiquen o sustituyan, respectivamente.

(...)

b) Las sociedades mercantiles y empresas unipersonales no vigiladas por otras Superintendencias, que se encuentren en situación de control que hagan parte de un grupo empresarial inscrito, en los términos de los artículos 26, 27 Y 28 de la Ley 222 de 1995, en cualquiera de los siguientes casos:

1- Cuando involucre pensionados a su cargo y el balance general consolidado presente pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del setenta por ciento (70%) del capital;

2- Cuando hagan parte entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios;

3- Cuando hagan parte sociedades mercantiles o empresas unipersonales, cuyo objeto sea la prestación de servicios de telecomunicaciones no domiciliarios;

4- Cuando hagan parte sociedades mercantiles o empresas unipersonales en acuerdo de reestructuración, liquidación obligatoria o en procesos concursales;

5- Cuando la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 265 del Código de Comercio, modificado por el artículo 31 de la Ley 222 de 1995, compruebe la irrealidad de las operaciones celebradas entre las sociedades vinculadas o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado.

(...)

ARTÍCULO 4º. *Quedarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, siempre y cuando no lo estén por otra Superintendencia, aquellas sociedades mercantiles y empresas unipersonales que señale el Superintendente por acto administrativo particular en los siguientes casos:*

a) Cuando de conformidad con el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, del análisis de la situación jurídica, contable y/o administrativa de la sociedad, o con ocasión de una investigación administrativa adelantada de oficio o a petición de parte, se establezca que la misma incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

1- Abuso de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que implique desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada, de las normas legales o estatutarias;

2- Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;

3- No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios de contabilidad generalmente aceptados;

4- Realización sistemática de operaciones no comprendidas en su objeto social.

b) Cuando respecto de bienes de la sociedad, o de las acciones, cuotas o partes de interés que integren su capital social, se inicie una acción de extinción de dominio, en los términos del artículo 3º de la Ley 793 de 2002.

(...)

ARTÍCULO 5º. *Estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en los términos que lo indican las normas legales pertinentes, respecto de cada una de ellas:*

a) *Las Sociedades Administradoras de Planes de Autofinanciamiento Comercial conforme lo establece el Decreto 1941 de 1986.*

b) *Las Sociedades Prestadoras de Servicios Técnicos o Administrativos a las Instituciones Financieras, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 110, parágrafo 1º, numeral 2, del Decreto 663 de 1993.*

c) *Los Fondos Ganaderos, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 15 de la Ley 363 de 1997.*

d) *Las Empresas Multinacionales Andinas, conforme a la Decisión 292 de 1991, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena.*

e) *Las Sucursales de Sociedades Extranjeras, al tenor de lo previsto por el artículo 470 del Código de Comercio.*

(...)

PARÁGRAFO 1º. *Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio conozca de una integración empresarial, deberá informar de tal operación a la Superintendencia de Sociedades.*

(...)

ARTÍCULO 7º. *Quedarán exentas de la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, a partir del primer día hábil del mes de abril de 2007, todas las sociedades mercantiles y empresas unipersonales que a la fecha de expedición del presente acto administrativo se encuentren vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, salvo que se hallen incurso en alguna de las causales que el presente decreto establece, en cuyo caso la vigilancia continuará. (...)."*

De la normatividad referida en líneas anteriores, se desprende que la Superintendencia de Sociedades ejercía las funciones de inspección²⁶, control y vigilancia en los términos indicados normativamente, respecto de las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia Financiera²⁷.

3.2 Superintendencia Financiera de Colombia

A juicio los demandantes, esta entidad incurrió en falla en el servicio por que actuó de manera tardía en relación con el deber que tenía que adelantar en ejercicio de sus competencias como *policía administrativa*.

En lo que respecta al marco normativo que fija las funciones y competencias de esta entidad, el artículo 335 de la Constitución Política prevé que la actividad financiera, bursátil y aseguradora y la relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, solo puede ser ejercida por autorización del Estado, contemplando así un régimen de intervención estatal, por cuanto tal actividad compromete el interés público, atribuyéndose en los términos del artículo 189.24 de

²⁶ Artículo 83 de la Ley 222 de 1995

²⁷ Las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera, antes Bancaria, son las indicadas en el numeral 2º del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que básicamente son las entidades financieras y de seguros.

la carta política al poder ejecutivo funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan tal actividad. No obstante, las mismas se cumplen a través de la Superintendencia Bancaria.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, junto con sus modificaciones introducidas por el Decreto 2359 de 1993 y la Ley 510 de 1999, reguló lo atinente a la naturaleza, objetivos y funciones que debe cumplir la Superintendencia Bancaria hoy Financiera, sobre la actividad bursátil, financiera, y aseguradora, al señalar:

“ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES. *La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos*

a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

b) Supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario.

c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.

d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la Ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas.

e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.

f) Supervisar en forma comprensiva y consolidada el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial que deban operar sobre tales bases, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito.

g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se dé la atención adecuada al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República.

h) Velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial.

i) Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas. (...)”

En ese sentido, como ya se refirió, la intervención del Estado respecto de las actividades señaladas en el artículo 335 de la Constitución Política, se han ejercido directamente por la Superintendencia Bancaria, (hoy Financiera) en los términos de

los Decretos 2739 de 1991, Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de Colombia, en adelante EOSFC)²⁸ y la Ley 964 de 2005, correspondiéndole entonces a tal organismo, supervisar el sistema financiero colombiano, para ello, ejerce la inspección, vigilancia y control de quienes realizan la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo o inversión de recursos recibidos (captados) del público, con el fin de preservar la estabilidad en tal campo, la seguridad y la confianza pública de los ciudadanos.

A la Superintendencia Financiera le corresponde la función de control y vigilancia sobre el sistema financiero, bursátil y asegurador objeto de control, cuya estructura según el artículo primero del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, corresponde a:

“(...) ARTICULO 1o. ESTRUCTURA GENERAL. El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera:

- a. Establecimientos de crédito.*
- b. Sociedades de servicios financieros.*
- c. Sociedades de capitalización.*
- d. Entidades aseguradoras.*
- e. Intermediarios de seguros y reaseguros (...)*”

El mismo estatuto en el artículo 326, señaló las funciones que debe cumplir la Superintendencia Financiera relativas a la aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades; sus actividades, control y vigilancia, supervisión, prevención y sanción, certificación y publicación al señalar:

“(...) ARTICULO 326. FUNCIONES Y FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Sustituido por el Decreto 2359 de 1993, Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan.

1o. Funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de aprobación u objeción:

- a) Autorizar la constitución y funcionamiento de las entidades vigiladas;*
- b) Aprobar la conversión, transformación, escisión de instituciones sujetas a su control, así como la cesión de activos, pasivos y contratos.*
- c) Autorizar el establecimiento en el país de oficinas de representación de organismos financieros y de re-aseguradores del exterior;*
- d) Objetar la fusión y la adquisición de entidades financieras y aseguradoras cuando a ello hubiere lugar de conformidad con las causales previstas en la Ley.*

2o. Funciones respecto de la actividad de las entidades. En el desarrollo de la actividad de las entidades, la Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones:

- a) Autorizar de manera general o individual, la apertura y cierre de sucursales y agencias en el territorio nacional;*
- b) Modificado por la Ley 1328 de 2009. Así mismo, podrá autorizar las inversiones de capital realizadas por las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la*

²⁸ “El artículo 325 del mencionado estatuto, señaló la **Naturaleza y objetivos** de la Superintendencia Bancaria.

Superintendencia Financiera de Colombia, efectuadas de manera directa o a través de sus filiales y subsidiarias, en entidades financieras, del mercado de valores, compañías de seguros, de reaseguros y en sucursales y agencias domiciliadas en el exterior.

Las matrices sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia requerirán de la mencionada autorización, cuando quiera que se pretenda incrementar la inversión de capital en una filial o subsidiaria del exterior. El Gobierno Nacional reglamentará los criterios de materialidad aplicables a dicha autorización.

c) Autorizar, con carácter general o individual, los programas publicitarios de las instituciones vigiladas, con el fin de que se ajusten a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y para prevenir la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal;

d) Autorizar los ramos, pólizas o tarifas de seguros, en los casos en que a ello haya lugar conforme a la Ley;

e) Aprobar, de manera general o individual, los planes de capitalización;

f) Establecer los horarios mínimos de atención al público por parte de las entidades vigiladas y autorizar, por razones de interés general, la suspensión temporal en la presentación del servicio de tales entidades;

*g) **Modificado por la Ley 795 de 2003.** Posesionar y tomar juramento a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales, a los funcionarios a que hace referencia el inciso primero del numeral 3 del artículo **102** del presente Estatuto, y en general, a quienes tengan la representación legal de las instituciones vigiladas, excepto los gerentes de sucursales.*

h) Conceder autorización a los establecimientos bancarios que los soliciten para que establezcan secciones de ahorro con el lleno de los requisitos consagrados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y disposiciones concordantes;

*i) **Modificado por la Ley 795 de 2003.** Pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las instituciones bajo su vigilancia. La Superintendencia Bancaria impartirá la autorización para la aprobación de los estados financieros por las respectivas asambleas de socios o asociados y para su posterior publicación en relación con aquellas entidades vigiladas que se encuentren comprendidas en los eventos o condiciones señalados por el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general.*

*j) **Modificado por la Ley 795 de 2003.** Aprobar la liquidación voluntaria de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia.*

*k. **Adicionado por la Ley 795 de 2003.** Dictar las normas generales a las cuales deberán sujetarse las entidades vigiladas para la publicación de sus estados financieros;*

*l. **Adicionado por la Ley 795 de 2003.** Ordenar a las instituciones vigiladas, cuando lo considere necesario o prudente, la constitución de provisiones o de reservas para cubrir posibles pérdidas en el valor de sus activos. Contra dichas órdenes sólo procederá el recurso de reposición, que no suspenderá el cumplimiento inmediato de las mismas.*

30. Funciones de control y vigilancia. *La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de control y vigilancia:*

*a) **Modificado por la Ley 964 de 2005,** Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades. Esta misma facultad será ejercida por la Superintendencia de Valores respecto de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia permanente.*

*b) **Modificado por la Ley 510 de 1999.** Dictar las normas generales que deben observar las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de*

conformidad con la ley.

*i) **Modificado por la Ley 795 de 2003.** Evaluar la situación de las inversiones de capital de las entidades vigiladas, para lo cual podrá solicitar a éstas, la información que requiera sobre dichas inversiones, sin que sea oponible la reserva bancaria.*

j) Verificar que las pólizas que deban poner las entidades aseguradoras a disposición de la Superintendencia Bancaria cumplan con los requisitos jurídicos y técnicos previstos en la Ley;

*l) **Adicionado por la Ley 795 de 2003.** Con el fin de realizar una supervisión comprensiva y consolidada, establecer en qué casos las entidades sometidas a su control y vigilancia deben consolidar sus operaciones con otras instituciones sujetas o no a su supervisión.*

*3.-Funciones de control y vigilancia, **Adicionada por el Decreto 3552 de 2005:***

a) Velar por que las instituciones vigiladas suministren a los usuarios del servicio la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado;

b) Dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten contra las instituciones vigiladas, por parte de quienes acrediten un interés jurídico, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes. Cuando se trate de asuntos contenciosos, dará traslado de las mismas a las autoridades competentes, si a ello hubiere lugar;

c) Absolver las consultas que se formulen relativas a las instituciones bajo su vigilancia y decidir las solicitudes que presenten los particulares en ejercicio del derecho de petición de información;

d) Coordinar con los organismos oficiales encargados de la inspección correspondiente, las actividades necesarias para el debido seguimiento de las inversiones que realicen las instituciones financieras en acciones de las sociedades cuyo objeto sea la prestación de servicios técnicos y administrativos;

e) Vigilar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República;

*f) De conformidad con el artículo **15** de la **Ley 35 de 1993**, la Superintendencia Bancaria vigilará dentro de su competencia legal los procesos de titularización que ejecuten las entidades sometidas a su control. En desarrollo de esta facultad la Superintendencia podrá disponer las medidas que sean indispensables para restringir las operaciones de titularización cuando las mismas puedan poner en peligro la solvencia de la institución o su estabilidad financiera, por estarse celebrando en condiciones que a su juicio no sean acordes con las del mercado, o porque impliquen la asunción de riesgos o responsabilidades que se califiquen como excesivos;*

g) Vigilar el cumplimiento de las disposiciones cambiarias por parte de las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario y las casas de cambio.

*4o. **Facultades de supervisión.** La superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de supervisión:*

a) Practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o jurídicas, no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general;

b) Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de sus negocios, o de los aspectos especiales que se requieran;

- c) Trasladar los informes de visita a las entidades inspeccionadas;*
- d) Adelantar averiguaciones y obtener la información probatoria que requiera de personas, instituciones o empresas ajenas al sector financiero, siempre que resulten necesarias en el desarrollo de su función de vigilancia e inspección y se cumplan las formalidades legales;*
- e) Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el procedimiento judicial, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones de inspección e investigación.*

*En desarrollo de esta facultad podrá exigir la comparecencia, haciendo uso de las medidas coercitivas que se consagran para estos efectos en el **Código de Procedimiento Civil**.*

*f) **Adicionado por la Ley 795 de 2003** Con el fin de realizar una supervisión comprensiva y consolidada, practicar visitas de inspección a entidades no sometidas a su control y vigilancia, examinar sus archivos y solicitar la información que se requiera para determinar si concurren los presupuestos para que ellas consoliden sus operaciones con entidades financieras o aseguradoras, o si existen vínculos u operaciones que puedan llegar a representar un riesgo para estas últimas.*

50. 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;*
- b) Imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo **108**, numeral 1o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización;*
- c) Adoptar cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:*
 - Establecer una vigilancia especial, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen;*
 - Coordinar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras las acciones pertinentes, de acuerdo con las disposiciones que regulen su funcionamiento;*
 - Promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada;*
 - Ordenar la recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales;*
 - Promover la cesión total o parcial de sus activos, pasivos o contratos o la enajenación de sus establecimientos de comercio a otra institución, y*
 - Disponer la fusión de la institución, en los términos previstos en el Capítulo II de, la Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas vigentes al respecto;*
 - ***Adicionado por la Ley 510 de 1999.** Ordenar la adopción de un plan de recuperación.*
- d) Tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presente alguno de los hechos previstos en el artículo **114** del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, a juicio del Superintendente Bancario, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación*

del ministerio de Hacienda y Crédito Público;

e) Dar inmediato traslado al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o al juez competente, según corresponda, de los negocios, bienes y haberes de las entidades intervenidas, para su liquidación;

f) Ordenar, de oficio o a petición de parte, como medida cautelar o definitiva, que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre si o adopten decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer;

g) Ordenar, de oficio o a petición de parte, que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer;

*h) **Derogado por la Ley 795 de 2003****

*i) Imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisor fiscal o empleados de la misma, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las Leyes a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria. **Conc.:** Decreto 1228 de 1996*

*j. **Adicionado por la Ley 795 de 2003.** Ordenar, en coordinación con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, la exclusión de activos y pasivos de un establecimiento de crédito, cuando la medida sea necesaria, a juicio del Superintendente Bancario, previo concepto del Consejo Asesor.*

*PARÁGRAFO 1o. **Adicionado por la Ley 795 de 2003:*** La adopción de la medida de exclusión de activos y pasivos a que se refiere el literal j) del presente numeral se mantendrá bajo reserva hasta la fecha en que se complete la transferencia de los pasivos para con el público objeto de la misma y se le notificará a la institución respecto de la cual recaiga la orden en el momento en que la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras lo consideren apropiado y en todo caso antes de la ejecución de la medida. Lo anterior con el fin de facilitar las actuaciones orientadas al desarrollo cabal de la medida con las instituciones financieras que sean potenciales destinatarias de la transferencia de los pasivos, las cuales también estarán obligadas a guardar reserva respecto de la medida que va a ser implementada y respecto de cualquier información que lleguen a conocer. El incumplimiento de las obligaciones impuestas a las instituciones financieras dará lugar a la aplicación de las medidas contempladas en los artículos **209** a **211** del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.*

*PARÁGRAFO 2o. ***Adicionado por la Ley 795 de 2003.** A la decisión de exclusión de activos y pasivos le será aplicable lo dispuesto en el numeral 4 del artículo **291** del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

6o. Funciones de certificación y publicidad. *Funciones adicionadas por el artículo 1 del Decreto 3552 de 2005. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de certificación y publicidad:*

*a) De acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su inspección y control permanentes, expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo **74** del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;*

b) Certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general.

Esta función se cumplirá con base en la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimientos de crédito, analizando la tasa de las operaciones activas mediante técnicas adecuadas de ponderación, y se cumplirá con la periodicidad que recomiende la Junta Directiva del Banco de la República.

Las tasas certificadas por la Superintendencia Bancaria se expresarán en términos efectivos anuales y regirán a partir de la fecha de publicación del acto correspondiente;

*c) Certificar, de conformidad con el artículo 305 del **Código Penal**, la tasa de interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, y
d) Publicar u ordenar la publicación de los estados financieros de las entidades sometidas a su control y vigilancia, así como de los ajustes o rectificaciones a tales estados financieros que ordene la Superintendencia Bancaria. Igualmente podrá publicar u ordenar la publicación de los indicadores de las instituciones vigiladas.*

PARÁGRAFO. La Superintendencia Bancaria asesorará al Gobierno Nacional en aquellas materias que tengan que ver con el desarrollo del sistema financiero y asegurador (...)”.

El numeral segundo del artículo 325 del EOSFC establece las entidades que son objeto de vigilancia por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, al señalar:

*“(...) 2o. **Entidades vigiladas.** Modificado por el artículo 72 de la Ley 795 de 2003. Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones:*

a) Aparte tachado derogado por el párrafo 5o. del artículo 75 de la Ley 964 de 2005 Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 368 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros y;

b) Oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior;

c) El Banco de la República;

d) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;

e) El Fondo Nacional de Garantías S.A.;

f) El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade;

g) Las casas de cambio, y

h) Las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente.

PARÁGRAFO 1o. Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente. PARÁGRAFO 2o. Derogado por el artículo 75 de la Ley 964 de 2005 (...)”

De conformidad con la citada normatividad, la Superintendencia Financiera ejerce funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades que hacen parte de la estructura general del sistema financiero y asegurador.

El Decreto 4327 de 2005 hizo alusión respecto de las entidades que serían vigiladas por la Superintendencia Financiera, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 72. ENTIDADES VIGILADAS. Corresponde a la Superintendencia Financiera de Colombia, ejercer la inspección y vigilancia de las entidades previstas en el numeral 2 del artículo 325 del Decreto 663 de 1993, y las normas que lo modifiquen o adicionen, las entidades y actividades previstas en el numeral primero del párrafo tercero del artículo 75 de la Ley 964 de 2005 y las normas que modifiquen o adicionen dichas disposiciones.

En todo caso, la Superintendencia Financiera de Colombia, ejercerá inspección y vigilancia respecto de todos aquellos que a la entrada en vigencia del presente decreto, se encontraban sujetos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores o de la Superintendencia Bancaria de Colombia, así como respecto de quienes determine la ley o el Gobierno Nacional.”

En el mismo sentido, el artículo 75 de la Ley 964 de 2005, estableció las entidades que estarían sometidas su inspección y vigilancia permanente, al referir:

“Entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores. Las bolsas de valores, las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales y sus miembros, las bolsas de futuros y opciones y sus miembros, las sociedades que realicen la compensación y liquidación de valores, contratos de futuros, opciones y otros; las sociedades comisionistas de bolsa, los comisionistas independientes de valores, las sociedades administradoras de fondos de inversión, las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, las sociedades calificadoras de valores, las sociedades titularizadoras, los fondos mutuos de inversión que a 31 de diciembre de cada año, registren activos iguales o superiores a cuatro mil (4.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha del respectivo corte, los fondos de garantía que se constituyan en el mercado público de valores, las sociedades administradoras de sistemas de negociación de valores, las cámaras de riesgo central de contraparte, las entidades que administren sistemas de negociación y registro de divisas y las sociedades administradoras de sistemas de compensación y liquidación de divisas.

(...)

2. Emisores de valores sometidos al control exclusivo de la Superintendencia de Valores. Aquellas entidades que tengan títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores que no se encuentren sometidos por ley a la inspección y vigilancia de otra entidad del Estado.

3. Fondos de Inversión. Son los fondos a que se refiere el Decreto 384 de 1980 (...).”

En este orden de ideas, las funciones de la Superintendencia Financiera y en especial las de control y vigilancia, se concretan y realizan sobre las entidades que ejercen actividad financiera, bursátil y aseguradora, tales como: bancos; compañías de financiamiento comercial; corporaciones financieras; cooperativas financieras; organismos cooperativos de carácter financiero; entidades oficiales especiales; sociedades fiduciarias; las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación; las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías; las sociedades comisionistas de bolsa independientes; comisionistas de bolsa de valores y de bolsas agropecuarias, agroindustriales y de otros productos básicos; las

sociedades administradoras de inversión; los fondos mutuos de inversión; los emisores de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores y las sociedades de capitalización, según las modalidades que la ley expresamente establece para cada tipo de entidad y en materia de seguros, las compañías y cooperativas de seguros sometidas a su inspección, vigilancia control.

De ahí que solo aquellas entidades que estructuran en términos generales el sistema financiero y las señaladas en el marco normativo precitado, podrán captar recursos del público, bajo el cumplimiento de los requisitos normativos enunciados y previa autorización de la Superintendencia Financiera, quedando precisamente bajo la vigilancia de este organismo.

Sin embargo, en el evento de que entidades o personas naturales o jurídicas no autorizadas por la Superintendencia Financiera realicen actividades de captación de dineros al público, como actividad propia financiera, el mismo EOSFC en el numeral cuarto del artículo 326 fijó en cabeza de dicha entidad, la **facultad de supervisión**, al señalar:

*“(...) 4o. **Facultades de supervisión.** La superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de supervisión:*

a) Practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o jurídicas, no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general;

d) Adelantar averiguaciones y obtener la información probatoria que requiera de personas, instituciones o empresas ajenas al sector financiero, siempre que resulten necesarias en el desarrollo de su función de vigilancia e inspección y se cumplan las formalidades legales;

f) Literal adicionado por el artículo 82 de la Ley 795 de 2003. Con el fin de realizar una supervisión comprensiva y consolidada, practicar visitas de inspección a entidades no sometidas a su control y vigilancia, examinar sus archivos y solicitar la información que se requiera para determinar si concurren los presupuestos para que ellas consoliden sus operaciones con entidades financieras o aseguradoras, o si existen vínculos u operaciones que puedan llegar a representar un riesgo para estas últimas (...).

Respecto de las facultades de prevención y sanción sobre entidades no sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, el numeral quinto de la misma disposición estableció como facultades sancionatorias frente a entidades no vigiladas, las siguientes:

*“(...) 5o. **Facultades de prevención y sanción.** La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:*

b) Imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108, numeral 1o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización; (...)

*“(...) ARTICULO 108. PRINCIPIOS GENERALES. 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.

PARAGRAFO 2o. La Superintendencia Bancaria podrá imponer las sanciones previstas en los artículos 209 y 211 a cualquier persona que obstruya o impida el desarrollo de las actuaciones administrativas que se adelanten para establecer la existencia de un eventual ejercicio ilegal de actividades exclusivas de las entidades vigiladas, así como a aquellas personas que le suministren información falsa o inexacta (...)"

3.3 El Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Se indicó en la demanda que esta entidad es responsable por haber actuado de manera tardía e ineficiente en lo tocante a adoptar medidas que condujeran a remediar la crisis social y económica que produjo DMG Grupo Holding S.A.

Lo primero que ha de señalarse es que si bien en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política le corresponde al Presidente de la República ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las entidades o personas jurídicas o naturales que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados por el público y que también ejerce tal control sobre entidades cooperativas y mercantiles, lo cierto es que la Corte Constitucional en sentencia C-496 de 1998, expresamente señaló que tales funciones no se cumplen en forma directa, al precisar:

"(...) Importa recordar que esta Corporación ya ha señalado reiteradamente que ni el Presidente ni las personas que, de acuerdo con el artículo 115 de la Carta, conforman el gobierno, están en condiciones materiales de cumplir por sí solos con las tareas que imponen los numerales 24 y 25 del artículo 189. Ello significa que se requiere de la creación de instituciones que tengan la capacidad de atender esas labores. Las mencionadas entidades - un prototipo de las cuales son las superintendencias - no actúan de manera autónoma, sino bajo la dirección del Presidente de la República, titular constitucional de la función de inspección y vigilancia. Estos organismos a los cuales la ley asigna competencias, las desarrollan bajo el control, dirección y orientación del Presidente y del ministro del ramo(..)".

En cuanto a esta entidad, según las voces del artículo 208 de la Constitución Política, siendo el presidente el jefe de la administración en la respectiva dependencia, le corresponde formular políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar las leyes. Es así que en los términos del artículo 58 de la Ley 489 de 1998, el Ministerio en general, tiene como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirige.

Adicionalmente, en los términos del Decreto 4712 de 2008²⁹, le corresponde la orientación del ejercicio de las funciones atribuidas a las entidades adscritas, entre ellas, la Superintendencia Financiera, el Fogafin y el Fogacoop, y las vinculadas; sin perjuicio de la potestad de decisión que le corresponde, así como de su participación en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos, entre otras.

En consecuencia, ejerciendo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público funciones de direccionamiento de políticas en el respectivo sector, y participar en la orientación, coordinación de las entidades adscritas y vinculadas, entre ellas la Superintendencia Financiera, no puede señalarse en los términos de la demanda que haya omitido o actuado en forma irregular o tardía, respecto a las medidas que debían o debieron adoptarse con en el caso de la sociedad DMG Grupo Holding S.A, por cuanto no se demostró que haya impedido u obstaculizado el ejercicio de las actividades que en el caso le correspondieron a la Superintendencia Financiera de Colombia como entidad adscrita al mismo.

Además, este Ministerio no fue ajeno a la problemática provocada por DMG Grupo Holding S.A, como lo refleja el proyecto de ley “Por el cual se modifica el Código Penal (Captación Masiva), presentado por el Ministro de Hacienda el 12 de septiembre de 2008,³⁰ al Congreso de la Republica.

Así las cosas, no puede señalarse en los términos de la demanda, que tal entidad haya omitido el cumplimiento de sus deberes o retardado los mismos, pues en todo caso, sumado a lo anterior, se verificaron anuncios de prevención a la ciudadanía con el objeto de alertar sobre las sociedades que se dedicaban a captar dineros en forma

²⁹ Señalando tal norma como funciones: “1. Participar en la definición y dirigir la ejecución de la política económica y fiscal del Estado. 2. Coordinar con la Junta Directiva del Banco de la República las políticas gubernamentales en materia financiera, monetaria, crediticia, cambiaria y fiscal. 3. Preparar, para ser sometidos a consideración del Congreso de la República, los proyectos de acto legislativo y ley, los proyectos de ley del Plan Nacional de Desarrollo, del Presupuesto General de la Nación y en general los relacionados con las áreas de su competencia.

4. Preparar los proyectos de decreto y expedir las resoluciones, circulares y demás actos administrativos de carácter general o particular, necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 5. Cumplir las funciones y atender los servicios que le están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para el efecto. 6. Coordinar, dirigir y regular la administración y recaudación de los impuestos que administra la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; y regular de conformidad con la ley, la administración y recaudo de las rentas, tasas, contribuciones fiscales y parafiscales, multas nacionales y demás recursos fiscales, su contabilización y gasto. 7. Preparar los proyectos para reglamentar el proceso de aforo, tasación y recaudo de los gravámenes arancelarios y los demás temas relacionados. (...)12. Contribuir al control y detección de operaciones relacionadas con el lavado de activos. 1(...) 14. Vigilar el uso de recursos públicos administrados por entidades privadas. En ejercicio de esta función podrá objetar la ejecución y administración de estos recursos, en las condiciones propuestas por el administrador de estos, cuando esta no se ajuste a la ley o a los lineamientos de la política económica y fiscal. (...) 19. Efectuar el seguimiento a la gestión financiera y a las inversiones de las entidades descentralizadas del orden nacional. (...) 23. Fijar las políticas de financiamiento externo e interno de la Nación, de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas, registrar y controlar su ejecución y servicio, y administrar la deuda pública de la Nación (...) 28. Ejercer el control en los términos establecidos en la ley respecto de las Superintendencias Financiera de Colombia y de la Economía Solidaria. 29. Impulsar y poner en ejecución planes de desconcentración y delegación de las actividades y funciones en el sector.(...)”

³⁰ Tomado de la dirección web: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-modifica/1345/>

ilegal y del riesgo que se asumía si se invertía en las mismas. Es así que, a fin de evitar el crecimiento del fenómeno de la captación ilegal, se acreditó que por intermedio de su ente supervisor se adelantó y adoptó el procedimiento pertinente para la época de los hechos, mediante investigaciones administrativas que culminaron con la suspensión inmediata de las actividades de la compañía Grupo DMG S.A.

3.4. Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica

A juicio de la demandante, el Gobierno Nacional, no realizó actuación alguna en busca de proteger los derechos de los particulares que tenían relaciones comerciales con DMG S.A, ni adoptó los criterios de intervención en tiempos razonables.

Advierte el Despacho que el Departamento Administrativo de Presidencia de la República fue creado mediante la Ley 3 de 1898 y reestructurado mediante el Decreto 3443 de 2010 , Decreto 3444 de 2010, el Decreto 3445 de 2010, el Decreto 4679 de 2010 y el Decreto 123 de 2011, vigentes para la época de los hechos.

Bajo esta normatividad, corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República asistir al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Gobierno, Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y prestar el apoyo administrativo necesario para dicho fin.

En este orden, dentro de las atribuciones del Presidente el Artículo 189, numeral 24 Constitucional, dispone la función de *“Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.”*

Con lo anterior, y de acuerdo a lo aprobado en el plenario, en el presente asunto no se advierte omisión alguna por parte de esta entidad ni mucho participación en los hechos censurados, porque a pesar de la información que circulaba sobre DMG, cuando se recaudó la prueba suficiente que advertía sobre la captación ilegal en la sociedad, el Gobierno profirió sendos Decretos, como lo fueron el 4333 de 2008, por el que declaró el estado de emergencia, el 4334 que definió el procedimiento administrativo de intervención, 4335, que concedió a los alcaldes facultades de policía para tomar medidas cautelares y el 4336 por el estableció que el delito de captación no sería excarcelable, y endureció las penas para la captación ilegal del dinero.

3.5. DIAN

En cuanto al objeto de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- es el de: *tiene como objeto coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias, los derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad”* .

Según el artículo 1º del Decreto 1321 del 26 de abril de 2011 vigente para la época de los hechos, a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, le competen las siguientes funciones:

“ARTÍCULO 1. COMPETENCIA. A la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, le competen las siguientes funciones:

La administración de los impuestos de renta y complementarios, de timbre nacional y sobre las ventas; los derechos de aduana; los derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional y los demás impuestos internos del orden nacional cuya competencia no esté asignada a otras entidades del Estado, bien se trate de impuestos internos o al comercio exterior; así como la dirección y administración de la gestión aduanera, incluyendo la aprehensión, decomiso o declaración en abandono a favor de la Nación de mercancías y su administración y disposición.

El control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones.

La administración de los impuestos comprende su recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución, sanción y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

La administración de los derechos de aduana y demás impuestos al comercio exterior, comprende su recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, sanción y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones aduaneras.

La dirección y administración de la gestión aduanera comprende el servicio y apoyo a las operaciones de comercio exterior, la aprehensión, decomiso o declaración en abandono de mercancías a favor de la Nación, su administración, control y disposición, así como la administración y control de los Sistemas Especiales de Importación-Exportación, Zonas Francas, Zonas Económicas Especiales de Exportación y las Sociedades de Comercialización Internacional, de conformidad con la política que formule el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la materia, para estos últimos, con excepción de los contratos relacionados con las Zonas Francas.

La administración de los derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional comprende su recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, sanción y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de estas obligaciones.

Le compete actuar como autoridad doctrinaria y estadística en materia tributaria, aduanera, de control de cambios en relación con los asuntos de su competencia, así como los atinentes a los Sistemas Especiales de Importación-Exportación, Zonas Francas, Zonas Económicas Especiales de Exportación y las Sociedades de Comercialización Internacional.

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desarrollará todas las actuaciones administrativas necesarias para cumplir con las funciones de su competencia.”

Atendiendo la precitada normatividad, la eventual omisión, e inoportuna intervención de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN no se encuentra acreditada, pues de los hechos probados, puede inferirse, que la entidad desplegó actuaciones frente a contribuyentes personas naturales o jurídicas, así mismo sus funciones se dieron acorde a la problemática que se venía presentado en el país para los años 2006 a 2008, por lo cual inició investigación para determinar los posibles captadores de dinero realizando los correspondientes procesos de fiscalización, esto es, recopilando

todos los documentos de soporte para la contabilidad de los contribuyentes, adelantado la investigación de carácter tributaria, aduanera y cambiaria, lo que implicaba labores de inteligencia que dieron como resultado los actos y decisiones previos a la mencionada intervención de la sociedad DMG, por lo que no se avizora participación en los hechos censurados.

3.6. Fiscalía General de la Nación

Respecto a la presunta responsabilidad que pueda corresponder a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se analizará a título de un defectuoso funcionamiento en la administración de justicia, pues se atribuye omisión en la función de administración de justicia.

Se encuentra probado en el plenario que desde finales del año 2006 se puso en conocimiento de la Fiscalía por parte del Superintendente Financiero, información sobre la presunta captación ilegal de dineros, donde se encontró que se realizaron diferentes reuniones con la Fiscalía General de la Nación, en el año 2008, en compañía de la Superintendencia Financiera y de sociedades, Ministerio de Hacienda, DIAN.

Sumado a lo anterior, de la sentencia de 19 de diciembre de 2009 se infiere la actividad desplegada por la Fiscalía General de la Nación, en el proceso penal adelantado en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, por el delito de lavado de activos y captación masiva de dineros, en el que resultó condenado el señor David Murcia Guzmán, en atención a las pruebas presentadas por el ente acusador lo que detona el cabal cumplimiento de sus funciones.

Así las cosas, no obran elementos probatorios de los que se infiera la falla imputada con respecto a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y relativo al retardo en el adelantamiento de la investigación, pues no solo basta con el señalamiento objetivo del transcurso del tiempo desde que se puso en conocimiento del mencionado ente la posible infracción penal, sino que debe demostrarse si efectivamente la omisión no obedeció a una justa causa, relativa eventualmente en el sub judice a la complejidad de la actuación, ya que fueron varias las investigaciones que se adelantaron en varias zonas del país, que finalmente se hizo necesario acumular y que en todo caso, culminaron con sentencia de condena en contra de los representantes legales de sociedades que en su momento se dedicaron a la captación ilegal de dineros al público, sin desconocer el hecho que solo para el mes de septiembre del año 2007 con la expedición de la Resolución 1634, se dispuso la suspensión de actividades de la sociedad GRUPO DMG S.A. al considerar que luego de practicadas las diligencias y la investigación respectiva se determinó por parte de la Superintendencia Financiera.

Lo anterior, sin desconocer que la H. Corte Constitucional en la sentencia C-135 de 2009, hizo un análisis cuidadoso de las dificultades referidas por el Gobierno Nacional que impidieron las decisiones sancionatorias administrativas y penales, al referir:

"(...) Así, en el informe presentado por el Superintendente Financiero se expone que los mecanismos empleados por los captadores para ocultar sus operaciones eran en extremo sofisticados, creados precisamente para eludir la definición de captación ilegal contenida en el Decreto 1981 de 1988. De conformidad con esta normativa para que se configure la captación ilegal es preciso que los dineros se reciban sin

tener como contraprestación el suministro de bienes o servicios, razón por la cual los captadores no autorizados acudieron a figuras tales como la 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 turísticos e inmobiliarios, entre otras. De este modo la sofisticación de los medios empleados consistía precisamente en acudir a sistemas ideados especialmente para engañar el público, disfrazar la actividad de captación y dificultar la labor de control estatal. Se diseñaron formas contractuales atípicas que permitían encubrir la real naturaleza del recaudo de dineros del público, a la vez que mediante expertos asesores legales se defendían interpretaciones poco ortodoxas del ordenamiento jurídico para darle un manto de legalidad a la actividad de las empresas captadoras. También se crearon empresas fachadas debidamente registradas en la cámara de comercio con objetos societarios vagos e indefinidos que permitían difuminar las operaciones de captación. La sofisticación de los medios empleados hacía necesaria la adopción de mecanismos de excepción que permitieran enfrentar la captación masiva no autorizada, valoración que a juicio de esta Corporación no resulta manifiestamente errada ni arbitraria.(...)” subrayado fuera del texto.

En este orden de ideas no se acreditó en el sub iudice, la omisión en el funcionamiento de la administración de justicia respecto de la Fiscalía General de la Nación, con respecto a la actividad comercial que desplegaba la Sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., ni mucho menos su participación en los hechos censurados.

4 El daño antijurídico

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como “*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “*el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”*”³¹.

Igualmente, se ha señalado:

*“... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual.”*³² (Negrilla fuera del texto)

En el sub lite, el daño alegado por los demandantes consiste en la pérdida de los dineros que tenían cargados en las tarjetas prepago adquiridas a la Sociedad Comercial DMG Grupo Holding S.A. y que se encuentran relacionadas en el cuaderno de pruebas.

Sin embargo, además de copia de las tarjetas solo obra en el expediente una

³¹ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945

³² Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998.

certificación expedida por la liquidadora de DMG Grupo Holding S.A. en la que manifiesta que revisada sus bases de datos no aparece información de la señora Ana Rovira Chicangana Jiménez³³.

Con los elementos probatorios relacionados en líneas anteriores, no se encuentra acreditado el negocio jurídico celebrado por ninguno de los demandantes y la sociedad Grupo DMG S.A, pues no se sabe de qué contrato o convenio se derivó la entrega de las tarjetas prepago. Se hizo alusión a propaganda voz a voz, pero no se saben los términos de la negociación.

De conformidad con lo anterior, el Despacho encuentra que, no se demostró que alguno de los accionantes haya depositado alguna suma de dinero a la Sociedad Grupo DMG ni si en la actualidad se encuentra pendiente de pago alguna suma de dinero.

Aunado lo anterior, el daño alegado no ostenta el carácter de cierto, pues, en primer lugar, el proceso de liquidación judicial de DMG Grupo Holding S.A. no ha culminado³⁴ por lo que no es dable verificar en este momento la ocurrencia o no de un daño ni la cuantía definitiva del mismo, es decir, no se puede establecer finalmente si le será o no devuelta la totalidad de su dinero al demandante. En ese sentido, el daño es hipotético más no cierto ni real.

Bajo este entendido, no es procedente el reconocimiento de un daño, cuando el mismo Gobierno determinó un procedimiento legal para la devolución de los dineros que hasta el momento no ha culminado, por lo que no se sabe cuál será el saldo final o si se logrará cubrir la totalidad de lo invertido por los demandantes.

Adicionalmente, el Despacho no puede pasar por alto que, en el proceso fue decretada la declaración de parte de cada uno de los demandantes y ninguno de ellos asistió ni justificó su inasistencia dentro del término señalado. Situación que no puede pasar desapercibida pues configura la presunción señalada en el artículo 205 del Código General del Proceso.

En consecuencia, y una vez revisadas las preguntas presentes en los cuestionarios de interrogatorio de parte presentados por la Superintendencia de Sociedades el 15 de agosto de 2019³⁵ y la Superintendencia Financiera de Colombia el 16 de agosto de 2019³⁶, el Despacho señala que 3 de ellas cumplen las condiciones señaladas en la norma a las cuales se les aplicará la presunción señalada:

1. Sírvase indicarle al Despacho, como 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 de los fenómenos de pirámides.
2. Manifieste si desde la fecha en que entregó sus dineros a la captadora y hasta antes de la intervención, usted redimió los puntos ofrecidos en las tarjetas entregadas por la captadora.
3. Sírvase informar al Despacho, como es cierto, si o no que, usted conocía el riesgo que generaba el hecho de entregarle dineros voluntariamente a terceros, como es el caso de esta captadora.

³³ Fls. 431 a 432 c. 3.

³⁴ Información que se extrae de la documentación allegada al expediente y de la página web <http://www.dmgholdingintervenida.com.co/>

³⁵ Fl. 936 c. 1.

³⁶ Fl. 938 c. 2.

4. Manifieste al Despacho como es cierto, sí o no que usted tuvo conocimiento por radio, prensa, televisión, internet o por comentarios a voces que DMG Grupo Holding S. A. captó dinero del público y no cumplió con la devolución del dinero.
5. Sírvase indicarle al Despacho, como es cierto, sí o no que usted conocía el riesgo que generaba el hecho de entregarle dineros voluntariamente a terceros, como el DMG Grupo Holding S. A.

En conclusión, el Despacho puede dar por cierto el hecho que todos los accionantes conocían los riesgos que les implicaba entregar su dinero a una entidad que no se encontraba autorizada por los organismos de control para cooptar dinero, incluso con el conocimiento de que estas habían advertido a la comunidad de sus riesgos.

Así mismo, puede darse por demostrado, según la respuesta afirmativa a la pregunta 2 y al realizar un análisis integral de las pruebas³⁷ que, los demandantes no demostraron no haber redimido el dinero que les habían entregado inicialmente a la sociedad DMG, circunstancia que apoya la tesis de que no existe un daño demostrado.

Lo anterior conduciría preliminarmente a negar las pretensiones, por cuanto el daño es el primero de los elementos de la responsabilidad del Estado.

No obstante lo anterior, si se aceptara que los demandantes entregaron la suma que afirmaron en los hechos del libelo a la firma DMG, tampoco se estructuran los elementos axiológicos de responsabilidad en cabeza de las entidades demandadas, como se analizará a continuación.

3.2 Falla en el servicio –Imputabilidad del daño

Los demandantes señalaron que perdieron las sumas de dinero invertidas en la firma DMG Grupo Holding S.A, debido a la omisión de las entidades demandadas, respecto de sus obligaciones de índole constitucional y legal, así como la tardía e inoportuna intervención de las mismas en las actividades desarrolladas por la empresa.

Las funciones generales de control, inspección y vigilancia, y las particulares relacionadas con la captación de dineros que le correspondía tanto a la Superintendencia de Sociedades como a la Superintendencia Financiera y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público fueron reseñadas normativamente en líneas anteriores, por lo que se han de analizar las pruebas recaudadas para evidenciar las omisiones endilgadas por los demandantes.

Las Superintendencia Financiera de Colombia y de Sociedades allegaron documentos en medio magnético que al revisarlos se tiene lo siguiente:

- Mediante escritura Pública No. 1033 del 8 de abril de 2005, se constituyó la sociedad denominada Grupo DMG S.A., en la cual se estableció como su objeto social:

“(...) explotar, producir y/o comercializar comprar y vender, intermediar en la adquisición, en Colombia o en el exterior de toda clase de electrodomésticos,

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 6 de octubre de 1998. Exp. No. 5076

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. La comercialización de productos veterinarios, plantas y productos agrícolas como alimentos y plantas medicinales para lo cual podrá crear su propio laboratorio de producción de productos naturales, farmacéuticos homeopáticos. Importación y exportación, reparación, ensamble de equipos de oficina como son fotocopiadoras, duplicadores digitales, computadores, impresoras de punto, burbuja laser, telefax c, calculadora, cámaras fotográficas y de video, invertir en toda clase de efectos públicos o valores bursátiles o en empresas que desarrollen actividades de diversos tipos... tomar y dar dinero en préstamo con o sin intereses, celebrar toda clase de operaciones de crédito...”.

- La Superintendencia Financiera de Colombia, por medio de la Resolución 1634 de 12 de septiembre de 2007, dispuso la suspensión de actividades de la sociedad Grupo DMG S.A, decisión confirmada por la Resolución 1806 de 2007, en la que se dispuso:

*“**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. (...) **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 (...)”*

- Mediante escritura Pública No. 1238 del 7 de abril de 2006, se constituyó la sociedad denominada DMG Grupo Holding S.A., en la cual se estableció un objeto social diferente al de Grupo DMG S.A. A través de escritura pública No. 2162 del 16 de junio de 2006, se aclaró la constitución de DMG Grupo Holding S.A.

- Las sociedades Grupo DMG S.A y DMG Grupo Holding S.A, no estaban constituidas como entidades financieras en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. De todas formas, se precisa que el vínculo comercial de los aquí demandantes a través de las tarjetas que los facultaba para adquirir bienes y productos, fue con la primera de las sociedades mencionadas, y una vez se realizaron las visitas en inspecciones por cuenta de la Superintendencia Financiera, se constituyó la nueva sociedad.

- El 20 y 21 de septiembre de 2007, la Superintendencia Financiera publicó avisos en diferentes medios de comunicación, entre ellos el Tiempo, el Llano Siete Diaz, advirtiendo sobre la suspensión de la empresa DMG S.A, en los siguientes términos:

“(...) Superintendencia Financiera de Colombia

AVISA AL PÚBLICO

1º Que la sociedad GRUPO DMG S.A., con domicilio principal en la ciudad de Bogotá y con oficinas, además, en los Departamentos de Putumayo, Nariño, Cauca, meta, Boyacá, Cundinamarca y Magdalena, NO es una institución financiera sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y, por lo tanto, no se encuentra autorizada para captar recursos del público en forma masiva y habitual.

2º Que mediante Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007 la Superintendencia Financiera de Colombia le ordenó a la sociedad GRUPO DMG S.A. suspender en forma inmediata la venta de “Tarjetas Prepago DMG”, en la medida que éstas no impliquen como principal contraprestación para los adquirentes de las mismas, el suministro de bienes y servicios.

3º Que mediante la Resolución mencionada, la Superintendencia Financiera de Colombia le ordenó a la sociedad GRUPO DMG S.A. la presentación de un plan orientado a corregir la actividad de captación masiva y habitual de dineros del público.

Dado en Bogotá, DC, septiembre de 2007”.

- De acuerdo con la Bitácora de registro de medios, se advierten pronunciamientos de superintendentes y demás funcionarios sobre captación ilegal registrando numerosas publicaciones, desde el 23 de diciembre de 2003 hasta el 1º de julio de 2008, en diferentes medios de comunicación entre estos, el Tiempo, Revista Cambio, Diario el Llano, Diario Nuevo Putumayo, Portafolio, Canal RCN, W Radio, Darío la Patria, el Universal, El Colombiano, Caracol Radio, Vanguardia Liberal entre otros, en los que se advierte al público que el Grupo DMG no se encontraba autorizada por la Superintendencia Financiera para recibir o captar dineros.

- La Procuraduría General de la Nación, el 6 de diciembre de 2011, profirió fallo absolutorio, adelantado en contra de funcionarios de la Superintendencia Financiera por la “*Presunta omisión en el cumplimiento de sus funciones y posible intervención tardía en el ejercicio de las mismas para evitar o contener la captación masiva y sin autorización de dineros del público presentada en el país, que originó la declaratoria del Estado de Emergencia Social del 17 de noviembre de 2008.*”

- La Superintendencia Financiera de Colombia levantó en el mes de septiembre de 2007, un informe sobre el cumplimiento de la Resolución No. 1634 de 12 de septiembre de 2007, en el que concluyó que “*La Sociedad GRUPO DGM S.A está dando cumplimiento a lo dispuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia*”.

- Mediante Oficios de 4 y 10 de octubre de 2007, la Superintendencia Financiera requirió al representante legal de Grupo DMG S.A, a fin de que informara el monto de los recursos, cuentas de participación, recursos obtenidos de préstamos de terceros, entrega de mercancías en establecimientos propios, venta de mercancías por convenio, entre otros.

- Los días 20 de noviembre 2007, 1º, 16 y 17 de enero de 2008, la Superintendencia Financiera requirió al señor David Murcia Guzmán a fin de que informara sobre el plan de desmonte y devolución presentada por la sociedad, a raíz de la Resolución No. 1634 de 2007.

- El Superintendente Delegado para Intermediarios Financieros remitió información de la Sociedad Grupo DMG S.A a la Fiscalía General de la Nación, a fin de comprobar la posible captación masiva y habitual de dineros al público, a través de los Oficios 1º de noviembre de 2006 y remitió la Resolución 1634 de 2007.

Así mismo, remitió fotocopia de la Resolución 1634 de 12 de septiembre de 2007, a las Cámaras de Comercio de Bogotá, Santa Marta, Montería, Tunja, entre otras, para inscribir en el registro mercantil dicho acto administrativo.

- El 20 de septiembre de 2007, la Superintendencia Financiera informó al Procurador Regional de Putumayo que el Grupo DMG S.A no se encontraba sometido a control, inspección y vigilancia de esta entidad, ni estaba autorizada para desarrollar operaciones propias de las de establecimiento de crédito, ni demás entidades financieras.

- La Superintendencia de Sociedades requirió el 4 de marzo de 2008 al representante legal de DMG Grupo Holding S.A, para que suministrara la contabilidad de la sociedad.

- Adicionalmente las pruebas dan cuenta de actuaciones seguidas por la misma antes de la expedición del Decreto 4334 de 17 de noviembre de 2008 respecto a la sociedad DMG Grupo Holding S.A, entre ellas se destacan: oficio 300-000111 de 2 de abril de 2008 a través del cual se ordenó la práctica de una toma de información de la sociedad, diligencia que se surtió entre el 9 de abril y 6 de mayo de 2008, encontrándose como faltas, la omisión de convocatoria del máximo órgano social, de elección de miembros suplentes de la junta directiva, ausencia de actas, contabilidad atrasada, deficiencia en los libros de contabilidad entre otras.

- Mediante resolución 351-002416 de 2008 se decretó de oficio, formal investigación administrativa; resolución 351-002359 de 9 de julio de 2008 que dispuso someter a control a la sociedad ordenando un plan de mejoramiento; resolución de noviembre 12 de 2008, a través de la que se impuso multa a la sociedad; resoluciones a través de las que se impuso multa a los representantes legales de la sociedad y al revisor fiscal.

- En Acta de reunión de 28 de mayo de 2008, consta que se reunieron el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la DIAN, Superintendencia Financiera y la UIAF, con el propósito de hacer seguimiento a las acciones adelantadas frente a las actividades ilegales de captación masiva y habitual de dineros del público.

- El 12 de septiembre de 2008 el Ministro de Hacienda sometió a consideración del Congreso de la Republica, el proyecto de ley “Por el cual se modifica el Código Penal (Captación Masiva).

- La Superintendencia Financiera remitió un informe a la Corte Constitucional en el que hizo un recuento pormenorizado de la actuación adelantada por esta entidad a fin de intervenir, investigar y sancionar a personas que desarrollaban actividades de captación, en el que manifestó:

“El Estado de las investigaciones administrativas antes de la declaratoria de la emergencia dio como resultado que en el caso de 49 eventuales captadores, estos demostraron que no estaban efectuando dicha captación, al amparo de la regulación

vigente para la época de los hechos y 5 situaciones en la que se demostró la existencia de las causales de captación y por ende se adoptaron medidas cautelares, a saber:

*Captador Resolución de la medida.
Sociedad Grupo DMG RESOLUCION 1634 DE SEP/2007”*

(...) En relación con este captador ilegal en la primera fase de las indagaciones la Superintendente llevo a cabo dos visitas de inspección. En la primera la información entregada fue mínima y no se pudieron establecer los supuestos de la captación debido principalmente a que no en los registros contables disponibles ni en la documentación presentada, se evidenciaban los pasivos para con el público. DMG S.A. según la documentación presentada, era un grupo que se dedicaba a crear empresas y estaba en una etapa improductiva desarrollando diferentes proyectos de investigación, Productos Naturales canal Body Channel, sistemas constructivos entre otros.

Se realizó una segunda visita y tampoco se pudieron establecer los supuestos de la captación por las mismas razones de la primera visita, sin embargo, si se observó movimientos de público realizando operaciones y la existencia de documentos denominados condiciones de uso y reglamento de tarjetas prepago, Para esta fecha aún no se había actualizado la contabilidad.

En abril 3 de 2007 DMG S.A remitió los estados financieros certificados en donde se evidenciaba la existencia de un pasivo denominado Ingresos Recibidos por anticipado que correspondía a las tarjetas prepago. Con este indicio se programó la tercera visita, la cual se realizó entre mayo y junio de 2007 y que no abarco la oficina principal, sino también otras oficinas donde operaban (...).”

- Mediante oficios del 23 de noviembre de 2016, 28 de noviembre de 2016 y 28 de noviembre de 2016, las firmas RCN Televisión, RCN Radio, CMI Noticias y Caracol Televisión remitieron en medio magnético, copia de las notas emitidas por dichos medios de comunicación donde funcionarios de la Superintendencia Financiera advertían a los ciudadanos, sobre los riesgos de invertir dinero en empresas de captación no autorizadas por dicha entidad.

En desarrollo de la emergencia social, el Gobierno Nacional expidió los siguientes decretos:

- **Decreto 4334 de 2008:** Por el cual se expidió el procedimiento de intervención estatal a través 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, con el fin de adoptar medidas administrativas tendientes a suspender inmediatamente las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, entre ellas, las pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generaban abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregularmente.

Norma que dotó a la Superintendencia de Sociedades de competencia para adoptar medidas de toma de posesión, para devolver de manera ordenada las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas producto de esas actividades.

En cuanto a la devolución de dineros, previa toma de posesión dispuso el procedimiento y los criterios a seguir.

-Mediante sentencia C-145 de 2009, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las disposiciones demandadas del Decreto 4334 de 2008, con excepción del literal h) del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008 que fue declarado inexecutable.

Decreto 4335 de 2008: Mediante el cual se dotó de facultades y se establecieron funciones a los Alcaldes y Gobernadores para detener de manera cautelar, la actividad de captación o recaudo no autorizado de los recursos del público.

Decreto 4336 de 2008: Por el cual se modificó el Código Penal para hacer más severas y proporcionales las consecuencias punitivas de la captación masiva y habitual de recursos del público, sin autorización legal.

Del acervo probatorio se tiene que, en lo atinente a **la eventual omisión e inoportuna intervención en la que pudo incurrir la Superintendencia de Sociedades**, debe precisarse que, partiendo del marco normativo referenciado en líneas anteriores, le correspondía a dicha entidad ejercer control sobre las actividades desarrolladas por la sociedad DMG Grupo Holding S.A. constituida como una sociedad mercantil, cuyo objeto social era la comercialización de bienes y servicios.

Sin embargo, los mismos argumentos reseñados frente a la Superintendencia Financiera de Colombia, sirven para establecer que la citada sociedad realizó actividades que no correspondían a las enunciadas en su objeto social relativas a la **“captación de dineros al público”**, sin autorización legal, actividad cuya vigilancia era del resorte de la Superintendencia Financiera de Colombia, pero por la presencia de las circunstancias específicas ya relacionadas, relativas al uso de sofisticados modelos jurídicos de contratación y tecnológicos se dificultó por parte de la misma, el establecimiento probatorio que condujere a la demostración de esa irregularidad.

No obstante la Superintendencia de Sociedades, a través de Oficio 300-000111 del 2 de abril de 2008, ordenó la práctica de una toma de información de la sociedad DMG Grupo Holding S.A, diligencia que se surtió entre el 9 de abril y 6 de mayo de 2008; encontrándose como faltas, la ausencia de convocatoria del máximo órgano social, para elección de miembros suplentes de junta directiva, ausencia de actas, contabilidad atrasada, deficiencia en los libros de contabilidad, entre otras, las cuales se solicitó subsanar y luego de varios requerimientos en tal sentido, a través de Resolución 351-002416 de 2008 se decretó de oficio formal investigación administrativa, expidiéndose la Resolución 351-002359 de 9 de julio de 2008 la que dispuso someter a control a la sociedad, ordenando un plan de mejoramiento. Actuación en la que además fueron expedidas sendas resoluciones a través de las que se impuso multas a cada uno de los representantes de la sociedad y al revisor fiscal.

En este orden de ideas, no puede desconocer el Despacho que, la Superintendencia de Sociedades hizo uso de las facultades normativas vigentes para el momento, en el sentido de dar inicio a una investigación administrativa en contra de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. en cumplimiento de lo normado en la Ley 222 de 1995³⁸, lo que dio lugar a las diligencias y decisiones ya referidas.

Lo anterior, por cuanto en uso de las facultades legales a cargo de la

³⁸“5. La práctica de investigaciones administrativas cuando se presenten irregularidades o violaciones legales o estatutarias (...) la superintendencia adelantará la respectiva investigación y de acuerdo con los resultados, decretará las medidas pertinentes según las facultades asignadas en esta ley (...)”

Superintendencia de Sociedades, para la época de los hechos le correspondían las relativas a la verificación de los requisitos de sociedades mercantiles no sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con respecto a la constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, **pues solo con la expedición del Decreto 4334 de 2008, se le confirió facultades de intervenir, investigar y sancionar a tales sociedades.**³⁹

Por las mismas razones, puede inferirse que no se presentó la supuesta intervención tardía que se endilgó a la Superintendencia de Sociedades, pues como ya se refirió, solo con la expedición del Decreto de Emergencia Social 4333 del 17 de noviembre de 2008, y en desarrollo de este, se otorgó competencia a la Superintendencia de Sociedades para intervenir de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera de Colombia 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, pudiendo ordenar la toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

Por lo tanto, la intervención de la Superintendencia de Sociedades a la sociedad DMG Grupo Holding S.A, se originó en la declaratoria del Estado de Emergencia Social y en cumplimiento de las precisas facultades extraordinarias que le fueron conferidas por virtud de tal disposición, las que antes de su vigencia no tenía.

Adicionalmente quedó demostrado que; i) la sociedad DMG Grupo Holding S.A con Nit No. 9000914110 correspondía a una persona jurídica diferente a Grupo DMG S.A. que se identificaba con No. Nit 900031001, ii) no estaba autorizada por la Superintendencia Financiera para ejercer la actividad financiera, por cuanto para ello requerían el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 53 del EOSFC, entre ellos, solicitud ante dicha entidad para obtener permiso de funcionamiento y autorización de constitución como sociedad anónima mercantil o asociación cooperativa, pagar la totalidad del capital mínimo requerido, acreditar la capacidad técnica, operativa y administrativa, inscripción ante el Fondo de Garantías de instituciones Financieras FOGAFIN, o el fondo de garantías de entidades cooperativas FOGACOOOP y el correspondiente permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia Financiera, sin que ninguna de tales circunstancias se hubiese verificado, por lo que en principio, no le correspondía a la Superintendencia Financiera ejercer control sobre la actividad comercial que para tal momento desplegaba la sociedad DMG Grupo Holding S.A.

³⁹ Ello en los términos de las siguientes disposiciones: *ARTÍCULO 1o. INTERVENCIÓN ESTATAL. Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.*

ARTÍCULO 2o. OBJETO. La intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades.

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

También se acreditó que, la sociedad Grupo DMG S.A. se hallaba inscrita en la Cámara de Comercio y desarrollaba, según su **objeto social** las siguientes actividades: *“explotar, producir y/o 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, materias primas, repuestos, hallaba 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 agencia miento de empresas nacionales e extranjeras, mediante participación directa o asociada, dedicadas a actividades conexas con las anteriores. La comercialización de productos veterinarios, plantas y productos agrícolas como alimentos y plantas medicinales para lo cual podrá crear su propio laboratorio de producción de productos naturales, farmacéuticos homeopáticos. Importación y exportación, reparación, ensamble de equipos de oficina como son fotocopiadoras, duplicadores digitales, computadores, impresoras de punto, burbuja laser, telefax c, calculadora, cámaras fotográficas y de video, invertir en toda clase de efectos públicos o valores bursátiles o en empresas que desarrollen actividades de diversos tipos... tomar y dar dinero en préstamo con o sin intereses, celebrar toda clase de operaciones de crédito (...)”*, actividades que no se relacionan con la del ejercicio de actividad financiera, bursátil o aseguradora.

Sin embargo, también se demostró que la Superintendencia Financiera se percató desde el año 2006, de la existencia de personas jurídicas que, sin estar autorizadas, se dedicaron a la captación masiva de dineros al público, bajo varias modalidades que no le permitieron al ente de control, detectar de manera temprana la actividad ilícita que en tal sentido desarrollaban. Es así que, respecto de las funciones de **supervisión** previstas en el artículo 326 del EOSF adelantó desde el año 2006 y durante el año 2007, varias visitas y diligencias respecto de la actividad que para tal momento desplegaba la sociedad Grupo DMG S.A, con el fin de establecer si desarrollaba actividades financieras y por lo tanto verificar las condiciones de las mismas, y las posibles sanciones que correspondería adoptar.

Con fundamento en tales actuaciones, la Superintendencia Financiera estableció que la sociedad Grupo DMG S.A efectivamente se encontraba captando dineros al público en forma no autorizada y que, por lo tanto, desarrollaba actividades ilegales. Fue así que en cumplimiento de las funciones **sancionatorias** previstas en el literal a) del artículo 108 del EOSF, el 12 de septiembre de 2007 expidió la Resolución 1634 por medio de la cual ordenó la suspensión de las operaciones de las tarjetas prepago DMG.

Adicionalmente, la Superintendencia Financiera publicó en medios masivos de comunicación de amplia circulación, avisos al público en los que plasmó en más de una oportunidad, las advertencias sobre las captaciones ilegales de dinero.

Por otra parte, adelantó desde el año 2006, varias investigaciones contra personas jurídicas a efectos de establecer si ejercían actividades que pudieran tipificarse como de captación ilegal de dineros, efectuando publicaciones desde el año 2006 de advertencia a la ciudadanía sobre los riesgos de invertir dineros en las sociedades que ofrecían utilidades mayores, culminado con imposición de sanción para las sociedades **Grupo DMG S.A.** y Superservi, entre otras. Lo anterior ante la dificultad de establecer efectivamente durante las investigaciones que se adelantaron, la captación ilegal de dineros por parte de las investigadas, debido a la implementación

que efectuaron de sofisticados sistemas jurídicos y tecnológicos.

En estas condiciones, el Despacho no encuentra demostrada la falla en el servicio que se le atribuyó a la Superintendencia Financiera por la intervención de la sociedad DMG Grupo Holding S.A, por cuanto si bien no ejerció directamente la función de supervisión y sanción con respecto a la citada sociedad, sino frente a otros establecimientos que ejercían la misma actividad, y de los cuales estableció el carácter ilícito de la misma por captar recursos al público sin autorización, el Despacho no puede desconocer los fundamentos que el Gobierno Nacional esgrimió para decretar el estado de emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008, que fueron avalados por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-135 de 2009, la que declaró su exequibilidad, al señalar:

“(...) No obstante, cobran aquí importancia otros argumentos esgrimidos por el Gobierno Nacional, el aparte motiva del Decreto 4333 de 2008, para justificar la insuficiencia de los poderes estatales ordinarios: (i) la afirmación que las modalidades de captación y recaudo masivo de dineros del público operaban bajo sofisticados sistemas que dificultaban la actuación de las autoridades, (ii) la necesidad de establecer una legislación especial que regulara el procedimiento de devolución de los dineros captados,(...)”.

En efecto, aunque cada una de estas razones será examinada a continuación, en general todas apuntan a la misma dirección: señalar la insuficiencia de la legislación vigente al momento en que se adopta la medida excepcional para conjurar la grave perturbación al orden social causada por la masiva captación ilegal. Nótese que el decreto contiene una valoración cualitativa, pues se reconoce que existen medios ordinarios pero se afirma que estos no son suficientes para conjurar la grave perturbación del orden público.

*Respecto del primer argumento consistente en que la sofisticación de los medios empleados por los captadores dificultaba la actuación de las autoridades estatales, aunque el Decreto 4333 de 2008 no explica en que estriba la susodicha sofisticación este extremo ha sido ampliamente explicado por los intervinientes y en los informes relacionados en el acápite probatorio. Así, en el informe presentado por el Superintendente Financiero se expone que **los mecanismos empleados por los captadores para ocultar sus operaciones eran en extremo sofisticados, creados precisamente para eludir la definición de captación ilegal contenida en el Decreto 1981 de 1988. De conformidad con esta normativa para que se configure la captación ilegal es preciso que los dineros se reciban sin tener como contraprestación el suministro de bienes o servicios, razón por la cual los captadores no autorizados acudieron a figuras tales como la 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 turísticos e inmobiliarios, entre otras. De este modo la sofisticación de los medios empleados consistía precisamente en acudir a sistemas ideados especialmente para engañar el público, disfrazar la actividad de captación y dificultar la labor de control estatal. Se diseñaron formas contractuales atípicas que permitían encubrir la real naturaleza del recaudo de dineros del público, a la vez que mediante expertos asesores legales se defendían interpretaciones poco ortodoxas del ordenamiento jurídico para darle un manto de legalidad a la actividad de las empresas captadoras. También se crearon empresas fachadas debidamente registradas en la cámara de comercio con objetos societarios vagos e indefinidos que permitían difuminar las operaciones de captación. La sofisticación de los medios empleados hacía necesaria la adopción de mecanismos de excepción que permitieran enfrentar la captación masiva no autorizada, valoración que a juicio de esta Corporación no resulta manifiestamente errada ni arbitraria.***

Los otros dos argumentos empleados por el ejecutivo para sustentar el juicio valorativo sobre la insuficiencia de la legislación ordinaria son la necesidad de profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero y la necesidad de 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. Ninguna de estas valoraciones sobre la insuficiencia de los mecanismos ordinarios resulta manifiestamente errada o arbitraria, porque por una parte, no carece de asidero razonar que la población más pobre resulta más afectada con la pérdida de los recursos invertidos en actividades de captación no autorizadas, en esa medida aunque ya existieran en el ordenamiento jurídico mecanismos dirigidos a facilitar su acceso al sistema financiero, éstos en todo caso resultarían insuficientes para atender la especial coyuntura que generó la declaratoria de la emergencia social. Por otra parte, como previamente se señaló la legislación ordinaria vigente no establecía competencias claras en cabeza de las autoridades locales para perseguir la captación ilegal, de manera tal que la insuficiencia de los medios ordinarios en este caso parece evidente.

Por las anteriores razones encuentra esta Corporación que el juicio valorativo sobre la suficiencia de los poderes ordinarios en cabeza de las autoridades estatales no resulta manifiestamente errado o arbitrario y en consecuencia la declaratoria del estado de emergencia social se ajusta a los requisitos materiales establecidos en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos. (Negrilla fuera del texto)

De otra parte, no se puede afirmar que las demandadas Superintendencia Financiera de Colombia y Superintendencia de Sociedades hubiesen omitido las funciones propias y en especial, las relacionadas con la captación masiva de dineros del público que realizaban al margen de la ley, varias sociedades que no se encontraban autorizadas para cumplir esas funciones.

Para el efecto basta observar que el Gobierno Nacional intervino a esas empresas, entre las que se cuenta DMG Grupo Holding S.A., precisamente con fundamento en los informes de dichas Superintendencias, tal y como se desprende de los considerandos plasmados en los Decretos 4333, 4334, 4335 y 4336, todos de 2008.

Finalmente, se pudo configurar incluso un hecho de culpa exclusiva de la víctima, en la medida que los demandantes entregaron su dinero voluntariamente a la entidad captadora, con la promesa de ganancias enormes que se sabe, ninguna entidad bancaria les otorga, luego era perfectamente previsible el riesgo al cual se sometieron al entregar su dinero a una sociedad que ofrecía entre el 30 y el 50% de ganancia en la inversión, lo que de acuerdo con la economía nacional no era creíble.

A pesar de lo anterior, los demandantes decidieron invertir en la captadora, con lo cual puso en riesgo sus finanzas, luego se configuró la culpa exclusiva de la víctima, con lo que, en caso de presentarse alguna eventual omisión por cuenta de las entidades demandadas, no procede la indemnización de perjuicios a favor del actor por quebrantamiento del nexo causal.

5. Conclusión

En síntesis, de las pruebas aportadas dentro del sub iudice, se concluye:

Los demandantes no lograron demostrar que el daño que alegaban, consistente en la pérdida del dinero que afirman invirtieron en las tarjetas prepago, ostente el carácter

de cierto, real, concreto y determinado.

No ostenta el carácter de cierto, pues, en primer lugar, no existe certificación de la liquidadora de DMG que señale que en las bases de datos obra registro de consignación de dineros de propiedad de alguno de los demandantes. En segundo lugar porque el proceso de liquidación judicial de DMG Grupo Holding S.A. no ha culminado⁴⁰ por lo que no es dable verificar en este momento la ocurrencia o no de un daño ni la cuantía definitiva del mismo, es decir, no se puede establecer finalmente si le será o no devuelta la totalidad de su dinero a los demandantes. En ese sentido, el daño es hipotético o eventual más no cierto ni real.

Esa categoría de daño no es indemnizable, como lo ha señalado desde antaño la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado al señalar⁴¹:

“La Sala ha dicho, en reiterada jurisprudencia, que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto⁴², es decir que no trate de meras posibilidades, o de una simple especulación:

“Ha sido criterio de la Corporación⁴³, que el daño para su reparación, además de antijurídico debe ser cierto, sin que haya lugar a reparar aquellos que constituyan una mera hipótesis o sean eventuales, y en todo caso los que no pudieren llegarse a comprobar fehacientemente en el proceso respectivo.”

“En este sentido, la doctrina nacional igualmente ha esbozado su criterio según el cual, el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización, y que eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual - sin dar derecho a indemnización -, o de cierto - con lo cual surge entonces la posibilidad de derecho a indemnización -, pero jamás puede recibir las dos calificaciones⁴⁴.”⁴⁵”.

En ese sentido, el daño en el presente asunto es eventual o hipotético, en la medida que puede configurarse o no, ya que, aún no ha culminado la liquidación de DMG Grupo Holding S.A., luego puede ocurrir que a los demandantes se le devuelva dentro de dicho trámite, la totalidad de dineros que dicen, invirtieron en las tarjetas prepago, lo que se sabrá únicamente cuando culmine la liquidación.

Si en gracia de discusión se aceptara que los demandantes entregaron las sumas que afirmaron en los hechos del libelo a la firma DMG, tampoco se estructuran los elementos axiológicos de responsabilidad en cabeza de las entidades demandadas, pues no se encuentra demostrada la falla del servicio por omisión o acción tardía por parte de las demandadas, en los términos analizados con respecto a cada una de las entidades.

⁴⁰ Información que se extrae de la documentación allegada al expediente y de la página web <http://www.dmgholdingintervenida.com.co/>

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2001, MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente 25000-23-26-000-1993-9314-01 (12555).

⁴² Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia de 7 de febrero de 2000, expediente: 11649, actor: Jesús Antonio Arce Jiménez.

⁴³ Ver Sentencias de 17 de febrero de 1994. Exp. 6783 y de 9 de mayo de 1995, expediente 8581.

⁴⁴ Puede consultarse en este sentido la obra “El Daño” de Juan Carlos Henao, Uniexternado, 1998.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 11614, actor: Andrés Cuervo Casabianca y otra.

Las demandadas Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito, Presidencia de la República, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Fiscalía General de la Nación, carecen de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto ninguno tiene como función o atribución la vigilancia, supervisión o inspección de las sociedades que se dedican a la captación de dineros del público.

Las demás entidades demandadas por su parte, acreditaron que en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales de inspección, vigilancia y control, frente a las sociedades que en su momento se dedicaron a captar dineros al público, adelantaron las investigaciones y diligencias que finalmente llevaron a imponer sanciones, entre ellas a la sociedad Grupo DMG S.A, alertando a la comunidad sobre tal fenómeno y de los riesgos de invertir en sociedades que no contaran con el aval de la Superintendencia Financiera, a través de varios avisos publicados en medios masivos de comunicación.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Sociedades ordenó la práctica de una toma de información de la sociedad Grupo DMG S.A, encontrándose con faltas como la ausencia de convocatoria del máximo órgano social para la elección de miembros suplentes de junta directiva, ausencia de actas, contabilidad atrasada, deficiencia en los libros de contabilidad entre otras, las que se solicitó subsanar y luego de varios requerimientos en tal sentido, a través de Resolución 351-002416 de 2008 se decretó de oficio la investigación administrativa, dentro de la que fueron expedidas sendas resoluciones del 12 de septiembre de 2008, a través de las cuales se le impuso multa a la sociedad.

El Gobierno Nacional, a través del Decreto 4333 de 2008, declaró el Estado de Emergencia, partiendo de hechos relevantes como la sofisticación de los medios empleados por sociedades como Grupo DMG S.A. que impedían de una manera expedita que las Superintendencias Financiera y de Sociedades adoptaran de manera más ágil las decisiones administrativas y judiciales que finalmente tomaron. Motivos que fueron avalados por la Corte Constitucional en Sentencia C-135 de 2009.

En ese sentido, carece de respaldo probatorio la tardía intervención que se adujo en la demanda como presupuesto de la falla del servicio. Así las cosas, se negarán las pretensiones de la demanda.

Se desprende de todo lo anterior que, el problema jurídico planteado debe resolverse de manera negativa, pues en el presente caso NO hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas.

5. Costas

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

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación por pasiva de los demandados

Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Presidencia de la República y la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: NEGAR la totalidad de pretensiones de la demanda, frente a las accionadas Superintendencia Financiera de Colombia y Superintendencia de Sociedades. por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

Nmma

Firmado Por:

Luis Eduardo Cardozo Carrasco

Juez

Juzgado Administrativo

036

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: **99df1847de1e21b0ab70c458b9c86d44d77c5a096e9498ac467d3f15e8c48315**

Documento generado en 28/07/2022 04:34:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>