



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

Bogotá D.C., 30 de marzo de 2022

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	1100133310362011-00014 00
Procesos Acumulados	:	110013331037 2011 00008 00 (Juz. 37 Adtivo) 110013331037 2011 00011 00 (Juz. 37 Adtivo) 110013331032 2011 00012 00 (Juz. 32 Adtivo)
Demandante	:	Darwin Manuel Moreno Díaz
Demandado	:	Nación - Superintendencia Financiera de Colombia y otros

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 16**

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

El señor **Darwin Manuel Moreno Díaz** presentó cuatro demandas en ejercicio de la acción de reparación directa, que en principio fueron conocidas por los 37, 32 y 36 Administrativos y que con posterioridad fueron acumuladas en la presente causa. Demandas presentadas 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 sociedad DMG Grupo Holding S.A**, a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

***Primera:** Que la Nación - Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos Nacionales -DIAN, y la Agente Interventora designada para la sociedad DMG – Grupo Holding S. A., son administrativa y extracontractualmente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales causados a mi mandante Darwin Manuel Moreno Díaz con ocasión de las acciones y omisiones en el cumplimiento de sus funciones, en que incurrieron todas y cada una de las demandadas y que solo cesaron con la declaratoria del Estado de Emergencia Social dispuesto en el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 a la cual dio lugar tal inoperancia e inactividad de, así como con la declaratoria del Estado de Emergencia Social con el arbitrario procedimiento de intervención para devolver dispuesto por el Decreto 4334 de la misma fecha, con la intervención decretada contra la Sociedad Comercial DMG – GRUPO HOLDING S.A. NIT 900091410 por auto 400-014079 también de esa fecha proferido por la Superintendencia de Sociedades mediante la toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y establecimientos de comercio y con la materialización de dicha intervención desde el*

amanecer de ese mismo 17 de noviembre de dos mil ocho (2008).

Segunda: *Que la Nación - Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos Nacionales -DIAN, y la Agente Interventora designada para la sociedad DMG – Grupo Holding S. A., son responsables y deben pagar en mi favor los perjuicios materiales que ocasiono a mi mandante señor Darwin Manuel Moreno Díaz, el hecho de intervenir de la Sociedad DMG – Grupo Holding S. A., en la suma que se demuestre a través de este proceso, dividiendo la indemnización en histórica o consolidada y futura, actualizándola desde la fecha de su causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia conforme a al índice de precios al consumidor debidamente certificado por el DANE y en aplicación del artículo 178 del C.C.A.*

Tercera: *Que igualmente la Nación - Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos Nacionales -DIAN, y la Agente Interventora designada para la sociedad DMG – Grupo Holding S. A., deben pagar a mi mandante señor Darwin Moreno por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 100 smmlv a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.*

Cuarta: *Que las sumas que arrojen los daños materiales, sin actualizar, devengaran intereses de mora correspondientes, desde el 3 de diciembre de 2008 y hasta la fecha en que se materialice el pago.*

Quinta: *Que la demandada debe pagar las costas y agencias en derecho del proceso.¹*

1.2. Hechos de la demanda

Los hechos de la demanda en los cuales el demandante fundamenta sus pretensiones, se resumen a continuación²:

“1. La sociedad DMG registrada en Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número de matrícula 01609898 el día 22 de junio de 2006 y con nit No. 900091410-0 asignado por la DIAN de Bogotá hacia el mes de mayo de 2008 el demandante adquirió una Tarjeta Prepago por la suma de \$10.000 la cual cargó ante esa misma firma con la suma de 10.000.000 que le serían convertidos en efectivo el día 3 de diciembre de ese año 2008 en caso de no haber realizado utilidades o compra de artículos en los establecimientos asociados a dicha sociedad o el saldo si las hubiere hecho.

2. El 17 de noviembre de 2008, mediante Decreto 4333 el Gobierno Nacional decretó el Estado de Emergencia Social y mediante el Decreto 4334 de la misma fecha y en desarrollo del anterior expidió un procedimiento de intervención consecuencia de lo cual y de manera especial, con la participación de las autoridades administrativas pertinentes intervino a la sociedad DMG, cuyas sedes fueron tomadas con el apoyo de la fuerza pública, no con el fin de investigarla y conocerla desde adentro, verificar el origen de sus recursos, la legalidad de sus operaciones, etc., y determinar si podría seguir funcionando o no, sino con la misión de acabarla sin darle la más mínima oportunidad de demostrar la legalidad de sus actos, licitud de sus recursos, seriedad y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones con las ya conocidas consecuencias adversas para los tarjetahabientes.

3. La arbitrariedad y decidida intervención para el exterminio, cierre y sellamiento de la sociedad DMG dispuesta al amparo de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 causó gravísimo daño patrimonial a mi mandante, pues propició lo que no había sucedido hasta entonces; que dicha firma ya no pudiera convertir en efectivo a mi mandante ni a personal alguna, los dineros cargados en las tarjetas prepago.

¹ Se transcriben las pretensiones de uno de los procesos, dado que las otras demandas son exactamente iguales.

² Fls. 14 a 21 c. 1.

4. Semejante proceder causó a mi mandante tortuoso y grave daño moral, no solo por la desesperación y angustia propiciados por lo que se presentó como inminente pérdida del dinero cargado en las tarjetas prepago, sino además por el escarnio público, burlas y calificativos deshonrosos que derivaron incluso de la intervención de la Presidencia de la República dimensionada y magnificada con “sevicia publicitaria” por los medios de comunicación que hacían apología a su proceder, como también lo hicieron los mal llamados “artistas” y “humoristas” que se burlaron de la desgracia ajena del momento mediante canciones, chistes y otros actos que por lo tormentoso del momento, se constituyeron en graves agresiones morales.

5. Igualmente, agresiones morales de ciudadanos que sin conocer siquiera la existencia mucho menos la razón de ser o clase de actividad a que se dedicaba la Comercializadora DMG, ni realizar algún ejercicio mental o estudio que les permitiera elementos de juicio para sostener inteligentemente sus apreciaciones, sustentándose en las afirmaciones del Presidente de la República y la apología de los medios de comunicación, calificaban a nuestra comercializadora como mafiosa e ilícita.

6. Todo ello sin contar con los graves daños morales por el negativo golpe de opinión que se propusieron generar los medios de comunicación a partir de la alocución presidencial, en contra de DMG, lo que constituyó además, en limitación y frustración de nuestros derechos fundamentales a la dignidad, el buen nombre, la libertad de empresa, así como la libre expresión y aclaración de la situación y lo que es más grave, el debido proceso, por que sus referencias fueron más que acusaciones, verdaderas sentencias.

7. La intervención estatal sobre DMG culminó en que, del dinero cargado por mi mandante en sus tarjetas prepago, la interventora dispusiera la entrega en su favor, de solo \$275.000, que mi mandante no ha reclamado por considerarlo más una nueva ofensa que un acto de defensa de sus intereses.

8. Responsable del incumplimiento en que ha incurrido la sociedad DMG de no convertir en efectivo los dineros cargados en la Tarjeta Prepago de mi mandante, sin duda que es el Gobierno Nacional porque hasta ese 17 de noviembre de 2008, dicha firma a ninguna persona había incumplido o defraudado en lo referente a tal conversión

9. La Nación - Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos Nacionales -DIAN, y la Agente Interventora designada para la sociedad DMG – Grupo Holding S. A., incurrieron en ostensibles negligencias e imprudencia al proceder de la forma en que lo hicieron, desconociendo todos los derechos que como persona jurídica tenía la intervenida DMG.

10. Ese comportamiento negligente de la Nación - Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos Nacionales -DIAN, y la Agente Interventora designada para la sociedad DMG – Grupo Holding S. A., trajo como consecuencia la pérdida del dinero que mi mandante había cargado en su tarjeta prepago, lo cual constituye grave daño material.

11. El dolor y la angustia que produjo en mi mandante la injusta pérdida de su dinero y la impotencia frente al agresivo, dañino e injusto proceder estatal, le ocasionó innegablemente perjuicios morales que la demandada igualmente está obligada a indemnizar, conforme al artículo 90 de la Constitución Política.

12. Esa negligencia observada por La Nación - Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Dirección de Impuestos Nacionales -DIAN, y la Agente Interventora designada

para la sociedad DMG – Grupo Holding S. A., se tradujo en una evidente falla del servicio presunta, surgiendo a favor de mi mandante la acción de reparación directa de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

(...)

a. La Presidencia de la República, es responsable de haber expedido el 17 de noviembre de 2008, de forma arbitraria los decretos 4333 y 4334, presumiendo y pregonando sin sustento ni fundamento que por el solo hecho de utilizar la modalidad de las tarjetas prepago se desarrollaba “actividad financiera” y con base en semejante acomodada inferencia dispuso un procedimiento de intervención mediante la “toma de posesión de los bienes de la intervenida, para devolver” en todo el territorio nacional, que entre otros, desconoce y atropella el derecho al debido proceso, proceder con el cual deja en evidencia, que la intención primordial era desactivar y acabar la firma DMG sin importarle el daño que con ello iba a causar a tanto a esta firma comercial como a sus tarjetahabientes, dolo que deriva del hecho de no haber previsto ni adoptado el ejecutivo, medidas tendientes a la conservación del patrimonio de dicha empresa y necesarias para evitar la pérdida de los dineros cargados en las tarjetas prepago y garantizar su reintegro, sino todo lo contrario, para arrastrar temerariamente con los derechos de unos y otros.

b. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es responsable de no haber obrado diligentemente en cumplimiento de su obligación, desde el mismo momento de creación y entrada en funcionamiento de la firma DMG para evitar que funcionara o continuara funcionando, si es que en realidad sus actividades eran ilícitas y/o dando lugar a que su pasividad fuera suplida el 17 de noviembre de 2008, por los decretos de intervención estatal antes referidos.

c. La Superintendencia Financiera es responsable de haber omitido en cumplimiento de su deber examinar las actividades de la firma DMG desde el mismo momento de iniciación de operaciones de dicha firma, para determinar la naturaleza de sus actividades y en caso de hallarlas verdaderamente impropias de la actividad comercial y/o encajadas en otra clase de actividad, emitir el concepto correspondiente para actuar directamente o solicitar la intervención de la autoridad pertinente para evitar si es que a ello había lugar que por el funcionamiento de dicha firma se colocara en riesgo los derechos patrimoniales de los tarjetahabientes, inactividad que suplicó arbitrariamente el ejecutivo el 17 de noviembre de 2008, cuando argumentando supuestas “actividades financieras” de dicha firma entre otras profirió los decretos 4333 y 4334 de 2008, cuya materialización propicio la pérdida de los dineros cargados en las tarjetas prepago por los tarjetahabientes.

d. La DIAN es responsable de no haber actuado oportunamente para el ejercicio de sus funciones, desde el mismo día de iniciación de operaciones de la firma DMG hacer que esta corrigiera o adecuara su actuar si es que este no era el apropiado y/o en caso de persistencia, haber informado lo pertinente a las instituciones o dependencias correspondientes a fin de obtener su intervención con el fin de evitar que siguiera desarrollando tales actividades y llegado el caso coadyuvar para que la misma no siguiera funcionando dado el riesgo que implicaba entonces por los tarjetahabientes si es que ello era así, inactividad que suplió el ejecutivo el 17 de noviembre de 2008 con la expedición de los decretos 4333 y 4334.

e. La Superintendencia de Sociedades es responsable: 1. De la falta de efectiva actividad en ejercicio de sus funciones de vigilancia para haber evitado el funcionamiento de la firma comercial DMG si es que esta en verdad no cumplía con los requisitos que se lo permitieran, con lo cual permitió el riesgo de los dineros cargados en las tarjetas prepago y contribuyo a la pérdida de los mismos, y 2. De haber materializado ese 17 de noviembre de 2008, la arbitraria decisión del ejecutivo al proferir el auto de intervención de la sociedad comercial DMG disponiendo lo pertinente para a partir de ese 17 de noviembre de 2008, desaparecerla contribuyendo nuevamente y de manera muy eficiente en la pérdida

tanto del capital social de la empresa como su patrimonio comercial, sustentos del cumplimiento de las obligaciones de la citada firma que dicho sea de paso, solo vino a incumplir por la intervención estatal que desconociéndole todos sus derechos, le quito la totalidad de sus bienes y acabó con sus negocios comerciales.

f. La interventora, al materializar afanosamente el 17 de noviembre de 2008 la intervención decretada por la Superintendencia de Sociedades con base en los de alguna manera arbitrarios decretos estatales, improvisó su actuar propiciando aparentemente la pérdida de la información y antecedentes relacionadas con la adquisición de las tarjetas prepago y las respectivas cargas de dinero en ellas (llama poderosamente la intención e indica de alguna manera proceder ocultado, el que curiosamente no haya encontrado los antecedentes en referencia, pero si tenga información exacta de lo cargado en las tarjetas prepago, así como de las utilidades realizadas).

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1 DMG Grupo Holding S. A. en Liquidación

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda e indicó que sus actuaciones obedecieron al cumplimiento de un deber legal consagrado en el Decreto 4334 de 2008, razón por la cual con su actuar no podría causar daños antijurídicos y por ello no podría imputársele responsabilidad.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva puesto que las pretensiones de la demanda endilgaban una presunta responsabilidad por el deficiente cumplimiento y/u omisión de las funciones de inspección, vigilancia y control de las actividades relacionadas con el manejo y captación no autorizada de dineros del público.

Agregó que no era procedente la acción de reparación directa puesto que la Superintendencia de Sociedades obraba como juez de la causa, tanto en la intervención como en el consecuente proceso de liquidación judicial, como lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-145 de 2009, puesto lo que el accionante buscaba en el fondo era la devolución de los dineros entregados a DMG.

Indicó que, no se encontraban demostrados los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado, a saber, daño, imputación y nexo de causalidad. Además, indicó que no se configuraba el daño en la medida en que la naturaleza propia de los negocios celebrados entre quienes entregaron el dinero y el Grupo DMG antes de su intervención, conllevaba un altísimo riesgo financiero y por ello no era procedente trasladar el efecto negativo de este riesgo a las demandadas.

Alegó como causal de eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima, puesto que, el hecho de que el demandante decidiera colocar recursos en manos de entidades no autorizadas para ello, obedeció a su libre albedrío.

Finalmente señaló que el modelo de negocio presentado por las personas captadoras no tenía ninguna posibilidad de sostenimiento, pues tal nivel de productividad no se veía en ninguna clase de negocio. Agregó que, en razón a esa imposibilidad material de rentabilidad, las medidas que desplegó el Estado fueron las más acertadas.

1.3.2 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

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, el demandante sostuvo 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 la Superintendencia Financiera publicó en varias oportunidades en medios masivos de comunicación 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. Además, sostuvo que, 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, el demandante no demostró que por la acción u omisión de la DIAN se le causará un daño.

1.3.3 Presidencia de la República

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, el demandante no describió 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 reclama como generadores del daño.

Indicó que, la Corte Constitucional a través de sentencia C-135 de 2008 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.

Señaló la existencia de las excepciones previas de indebida representación, falta de legitimación en la causa por pasiva, la indebida representación, caducidad de la acción, falta de legitimación en la causa por activa, falta de competencia. Adicionalmente señaló la ocurrencia del eximente de responsabilidad de hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima.

1.3.4 Superintendencia Financiera de Colombia

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 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.

1.3.5. Superintendencia de sociedades

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

Formuló las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, falta de legitimación en la causa por pasiva, petición antes de tiempo, y los eximentes de responsabilidad de hecho de un tercero,

1.3.6 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

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 han formulado pretensiones idénticas a las que formula 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 nexa 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 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 nexa 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, el demandante no podía excusar su negligencia en la verificación de si la entidad tenía

o no autorización del Estado, sino que para lograr una reparación del daño debía verificar si efectivamente existía un acto administrativo expedido por la autoridad competente para autorizar su funcionamiento, 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 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 determinara 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, es 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 el demandante en la firma DMG.

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

1.4 Trámite procesal

Mediante auto de 1 de marzo de 2011 se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la misma a las entidades demandadas y al Ministerio Público³.

Por auto del 20 de marzo de 2012, el Despacho declaró la nulidad de lo actuado al considerar que se configuraba la causal de falta de competencia funcional⁴, decisión que fue revocada por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 5 de septiembre de 2012⁵.

Mediante auto del 19 de junio de 2015, se decretó la acumulación de los procesos 110013331037 2011 00008 00 y 110013331037 2011 00011 00 que adelantaba el Juzgado 37 Administrativo y el 110013331032 2011 00012 00 a cargo del Juzgado 32 Administrativo.

Por auto del 2 de agosto de 2016⁶, se decretaron pruebas y finalmente en providencia de fecha 27 de mayo de 2020 se cerró el término probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión⁷.

El 28 y 29 de marzo de 2022, se celebró audiencia de reconstrucción parcial de los cuadernos que conformaban el proceso 110013331037201100000800 que inicialmente se adelantó en el Juzgado 37 Administrativo de Bogotá, en la que las partes remitieron copias de las actuaciones que se surtieron en proceso judicial.

1.5 Alegatos de conclusión

1.5.1 Demandante

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

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

Por el contrario, fue la actuación del demandante, quien pretendió 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 Sociedades. 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 el demandante omitió las

3 Fls. 29 y 30 ibidem.

4 Fls. 477 a 483 ibidem.

5 Fls. 519 a 527 ibidem.

6 Fl. 76 a 79 c. 2.

7 Fl. 329 c. 2

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 Superintendencia Financiera de Colombia. Indicó que estaba demostrado el actuar diligente y oportuno de la entidad dentro del marco legal vigente para el momento de los hechos, con miras a encarar en el fenómeno de la captación masiva de dineros al público, de ahí que resultaba inadmisibles endilgarle omisión alguna respecto a la ejecución de sus funciones, pues en ejercicio de aquellas alertó oportunamente sobre los riesgos de invertir en las organizaciones dedicadas a esas actividades, a pesar de lo cual, el demandante decidió libre y voluntariamente entregar su dinero a un tercero.

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 el demandante, se encuentra legitimado en la causa por activa, ya que afirmó ser la persona que sufrió el daño, a causa la 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 el demandante, 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 invirtió en la misma.

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 del 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.⁸ 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 asunto⁹.

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 1996¹⁰, 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 82¹¹ de la Ley 222 de 1985, el Presidente de la República 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

8 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)

9 Expedientes Nos. 11001333103620100030100, 11001333103620110000700 y 11001333103620110025500.

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

11 "(...) 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.

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 1º. *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 2º. *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 3º *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 inspección¹², control y vigilancia en los términos indicados normativamente, respecto de las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia Financiera¹³.

3.2 Superintendencia Financiera de Colombia

A juicio del demandante, 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 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*

12 Artículo 83 de la Ley 222 de 1995

13 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.

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)¹⁴ 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.*

¹⁴ "El artículo 325 del mencionado estatuto, señaló la Naturaleza y objetivos de la Superintendencia Bancaria.

- 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 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.

5o. 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 parágrafo 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 parágrafo 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 2008¹⁵, 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 DGM Grupo Holding S.A, como lo refleja el Acta de reunión de 28 de mayo de 2008 sector Hacienda, en la que asistieron 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. Así como también 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, 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 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.

15 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.(...)”

3.4. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

En la demanda se indicó que el DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN no actuó oportunamente en el ejercicio de sus funciones desde el mismo día en que la Sociedad DGM GRUPO HOLDING inicio las operaciones como comercializadora, a fin de obtener la intervención de dicha sociedad.

En cuanto al objeto de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- es el de: *“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, 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, que producto de su presunta inactividad en su función de controlar las obligaciones tributarias haya generado el no pago de los recursos reclamados por el accionante.

Además, conforme a la problemática que se venía presentado en el país para los años 2006 a 2008, se dio inicio a 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, que en nada generaba afectación de los interés del aquí demandante.

3.5 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”¹⁶.*

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.”¹⁷ (Negrilla fuera del texto)*

En el sub lite, el daño alegado por el demandante consiste en la pérdida de los dineros que tenía cargados en su tarjeta prepago adquirida a la Sociedad Comercial DMG Grupo Holding S.A. Se dijo que Darwin Manuel Moreno invirtió las sumas de \$10.000.000 y \$15.000.000.

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportó al expediente las siguientes pruebas:

-. Certificaciones expedidas el 12 de noviembre de 2010 por la Secretaría Administrativa del Grupo de Intervenidas de la Superintendencia de Sociedades, mediante la que se indicó

16 Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945

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

que el señor **Darwin Manuel Moreno Díaz**, figura como afectado dentro del proceso de Intervención de DMG Grupo Holding S.A, cuya acreencia reclamada y reconocida dentro del proceso asciende a la suma de \$25.000.000, respecto de la cual en el año 2009 se le reconoció la suma de \$275.000¹⁸.

En audiencia llevada a cabo el 2 de noviembre de 2016, se recaudó a iniciativa del extremo pasivo, el interrogatorio del demandante Darwin Manuel Moreno Días, en el que señaló que entregó el dinero a cambio de una tarjeta mediante la que podía adquirir bienes y servicios con muy buenos rendimientos por el pago de publicidad. Que los entregó porque nunca vio nada fraudulento en DMG.

El demandante aseguró que no redimió en bienes el dinero que había depositado en la Comercializadora DMG y que no recibió el dinero que la Liquidadora intentó regresarle.

Con los elementos probatorios relacionados en líneas anteriores, no se encuentra acreditado el negocio jurídico celebrado por el demandante Darwin Manuel Moreno Días y la sociedad Grupo DMG S.A, pues no se sabe de qué contrato o convenio se derivó la entrega de la tarjeta 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, el señor Darwin Manuel Moreno Días demostró el depósito de dinero en la sociedad Grupo DMG S.A, y que en la actualidad se encuentra pendiente de pago la suma total de \$25.000.000. La parte actora hizo consistir el daño en la pérdida de los valores invertidos.

Dicho daño no ostenta el carácter de cierto, pues, en primer lugar, el proceso de liquidación judicial de DMG Grupo Holding S.A. no ha culminado¹⁹ 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 el demandante.

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 el demandante entregó la suma que afirmó 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 en seguida.

3.6 Falla en el servicio –Imputabilidad del daño

El demandante señaló que perdió 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.

18 Fl. 8 c. 1 del expediente 110013331032 2011-00013 00.

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

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 el demandante.

La Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Sociedades allegaron documentales que al revisarlas 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, 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.,²⁰ 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

20 CD 4\DMG- Parte Administrativa\DMG 2015-59979\PAPELES DE TRABAJO\PAPELES DE TRABAJO 4 005. FI. 1

aclaró la constitución de DMG Grupo Holding S.A.²¹

- 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 ilegal²² 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,²³ 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,

21 CD 4\DMG- Parte Administrativa\DMG 2015-59979\PAPELES DE TRABAJO\PAPELES DE TRABAJO 4 005. Fl. 34.

22 CD –fl. 344 c. 1.

23 CDs visibles a fls. 266

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.

-. La Superintendencia de Sociedades allegó, prueba documental que da 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 2008²⁴ 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.

24 CD rotulado como “Exp: 59979 DMG-7” Parte Administrativa\DMG 2015-59979\INSPECCION 1 fl. 29

-. 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 (...).²⁵

-. 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 entidad²⁶.

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

25 Fl. 71 del C. 5. CD DMG 1, archivo 5 fl. 137 y ss.
26 CD visible a fl.266.

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 1995²⁷, 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 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.²⁸

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.

De otra parte, frente a la eventual omisión, e inoportuna intervención de la Superintendencia Financiera de Colombia, no se encuentra acreditada, ya que, puede inferirse, partiendo de las pruebas reseñadas anteriormente, como lo son los informes rendidos por el Superintendente Financiero y el Director Legal para Intermediarios Financieros, en primer lugar 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

27“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 (...)”

28 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.

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 citada entidad ejercer control sobre la actividad comercial que para tal momento desplegaba la sociedad DMG Grupo Holding S.A.

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 genero 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 las 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, el demandante decidió 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.

4. Conclusión

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

El demandante no logró demostrar que el daño que alega, consistente en la pérdida del dinero que afirma invirtió en las tarjetas prepago, ostente el carácter de cierto, real,

concreto y determinado.

No ostenta el carácter de cierto, pues, en primer lugar, el proceso de liquidación judicial de DMG Grupo Holding S.A. no ha culminado²⁹ 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 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 señalar³⁰:

“La Sala ha dicho, en reiterada jurisprudencia, que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto³¹, es decir que no trate de meras posibilidades, o de una simple especulación:

“Ha sido criterio de la Corporación³², 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 calificaciones³³.”³⁴”.

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 al demandante se le devuelva dentro de dicho trámite, la totalidad de dineros que dice, invirtió en las tarjetas prepago, lo que se sabrá únicamente cuando culmine la liquidación.

Si en gracia de discusión se aceptara que el demandante entregó las sumas que afirmó 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.

Las demandadas Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 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

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

30 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).

31 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.

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

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

34 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.

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 y la Presidencia de la República.

SEGUNDO: NEGAR la totalidad de pretensiones de la demanda, frente a las accionadas Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Presidencia de la República y la Sociedad DMG Grupo Holding en Liquidación 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: **d9b3c4f2f7c3b46176ef7521709ccb6f9994c19125c247aaf8a55808361e005e**

Documento generado en 30/03/2022 03:22:42 PM

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

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