

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	11-001-33-31-037-2010-00273-01
Actor:	CLAUDIA LILIANA CHAVARRIO ALVARADO
Demandado:	SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y OTROS
Tema:	NIEGA FALLA EN EL SERVICIO
Sentencia N°:	SC3 - 21012777
Sistema:	ESCRITURAL

Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, el 12 de junio de 2019, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones¹

La señora Claudia Liliana Chavarrio Alvarado, a través de apoderado judicial promovió demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa, contra la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Sociedades, por los perjuicios que les fueron causados, con motivo de la presunta falla en el servicio que condujo a la pérdida patrimonial sufrida por la accionante por haber adoptado de manera tardía medidas de intervención a la sociedad comercial DMG Grupo Holding S.A.

Como consecuencia de la anterior declaración sean condenadas a reconocer y pagar los perjuicios morales y materiales causados a la accionante.

2.2. Hechos²

¹ Folio 20 del cuaderno 1

² Folios 21 del cuaderno 1

El apoderado judicial de la parte demandante reseñó los hechos de los cuales se destacan:

- La señora Claudia Liliana Chavarrio Alvarado comenzó relaciones comerciales con el Grupo DMG Holding S.A. el 30 de diciembre de 2007, suscribiendo contrato para adquirir los servicios que ofrecía y disfrutar de sus beneficios.

- Con dicha firma suscribió contratos el 8 de julio de 2008 por \$40.000.000 y el 8 de octubre de 2008 por \$6.000.000. Por dichos convenios le fue entregadas unas tarjetas con los logos Globalmarketing Prodicity Card y Prodicity Caard DMG Grupo.

- El 17 de noviembre de 2008, el Gobierno Nacional, a través de la Superintendencia de Sociedades intervino a las sociedades DMG GRUPO S.A y DMG GRUPO HOLDING S.A., impidiéndole continuar sus actividades normales al sellar sus sucursales y ordenar la incautación y posesión de sus bienes. Posteriormente, ordenó su liquidación y comenzaron las acciones penales en contra de los directivos, socios y miembros de la compañía.

- Pese a los organismos de control y vigilancia del país, las sedes del DMG funcionaron durante aproximadamente 7 años y 8 meses, sin ninguna complicación. Precisa la demanda que, la Superintendencia Financiera y de Sociedades permitieron a las compañías DMG existir, funcionar, permanecer, crecer, multiplicarse y captar los dineros de los ciudadanos que confiaron en las instituciones y en la credibilidad de la legalidad de dichas empresas.

- Uno de los ciudadanos afectados fue la aquí demandante, quien aduce con la demanda de la referencia, sufrir daños morales y materiales al ver disminuir y perder su patrimonio económico. Dejó de obtener las ganancias prometidas y debió salir del país para buscar nuevas expectativas de vida.

- Mediante Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007, la Superintendencia Financiera de Colombia ordenó la suspensión inmediata de las operaciones consistentes en la recepción de dinero de público mediante el mecanismo de ventas de tarjetas prepago DMG, en razón a que dicha actividad constituía una forma de captación masiva y habitual de dineros del público sin contar con la debida autorización.

- Con Resolución No. 1806 del 8 de octubre de 2007, se confirmó la Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007. Sin embargo, la Superintendencia Financiera de Colombia no actuó ni ejecutó lo ordenado en dicho acto, permitiendo a la sociedad continuar sus actividades, tampoco desplegó actividades con el fin de advertir la calidad de ilegal de la misma, por el contrario, la sociedad siguió laborando y se multiplicó con varias sedes y conformar su similar como lo es el Grupo Holding.

2.2. Contestación de la demanda por parte de la Superintendencia de Sociedades³.

A través de escrito radicado el 18 de septiembre de 2013, el apoderado judicial de la entidad demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

Empieza por precisar que las sociedades como DMG Grupo Holding S.A. nunca ejerció su actividad bajo el imperio de la Ley ni bajo la vigilancia del Estado. Se camufló como una sociedad legal a quien no se le puede exigir autorizaciones y requisitos para su ejercicio. Atendiendo la forma como fue concebido el objeto social de las captadoras amparadas bajo el ropaje de sociedades comerciales como es el caso de DMG GRUPO HOLDING S.A., fue el primer peldaño de la escalera ilegal que concibió para disfrazar la captación de dinero del público.

Relata que se concretó un hecho sobreviniente e imprevisto sobre la apariencia de legalidad de la sociedad DMG con la que se impidió y dificultó la actuación de las autoridades, comoquiera que la actividad de captación masiva se encontraba camuflada y eran constitutivas de abuso del derecho y fraude de la ley. Esa circunstancia, eliminó la responsabilidad del Estado, representado en este caso por los entes demandados.

Explica la entidad demandada que el Estado nunca consintió la actividad ilegal, por el contrario, se avisó del fenómeno por prensa escrita, hablada y radiodifundida desde el año 2006 y aun así, la demandante en el año 2008 entregó sus dineros a DMG Grupo Holding S.A. Reseña y enlista cada una de las publicaciones que la entidad hizo en los distintos diarios del país relativo a advertencias al público, previniendo a la ciudadanía en general que debían abstenerse de colocar recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público.

En ese sentido, se encuentra en desacuerdo con lo afirmado en la demanda y solicita sean negadas las pretensiones de la demanda por no ser la entidad que causó los daños que alega la señora Claudia Liliana Chavarrio Alvarado.

2.3. Contestación de la demanda por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Mediante memorial del 19 de septiembre de 2012⁴, la entidad demandada empieza por explicar las diferencias entre las sociedades GRUPO D.M.G. S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A. en razón a que ostentan razones sociales diferentes.

La primera de ellas, fue constituida como sociedad mercantil el 8 de abril de 2005 y fue intervenida por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante

³ Folio 95 c.1.

⁴ Folio 131 a 157 c. 1

Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007, confirmada con la resolución No. 1806 del 8 de octubre de 2007. Por su parte, DMG Grupo Holding S.A. se constituyó por escritura pública del 7 de abril de 2007 y fue intervenida por la Superintendencia de Sociedades a través de auto 400-014640 del 21 de noviembre de 2008 y se encuentra en liquidación judicial por orden del auto No. 420-0245569 del 15 de diciembre de 2009, confirmado con auto 400-001119 el 3 de febrero de 2010.

En lo que atañe a sus funciones, relata que, aún antes de los Decretos de Emergencia por parte del Gobierno Nacional, cumplió a cabalidad sus ocupaciones de vigilancia en los términos previstos en la Ley. Adelantó las actuaciones administrativas pertinentes respecto de algunas organizaciones de las que oportunamente tuvo conocimiento irregular de dichas organizaciones, con el propósito de evitar, precisamente que más personas fueran engañadas y optaran por entregar sus dineros en los negocios que ellas adelantaban.

Dentro del marco legal de estado de Emergencia Económica y Social creado con el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, la entidad demandada asumió nuevas medidas de cara a enfrentar el funcionamiento de DMG Grupo Holding S.A., por lo que no le asiste razón a la demandante con la afirmación de que la Superintendencia de Sociedades omitió realizar las funciones de vigilancia y control, ni mucho menos una acción tardía.

Pone de presente que quienes hoy abogan como víctimas han sido partícipes de las conductas que ahora, solo después de la pérdida de sus dineros, reconocen como irregulares y/o ilegales, so pretexto de haber obrado confiadamente, y en su momento, lejos de facilitar las actividades del Estado, concurren a simular las operaciones de captación masiva y habitual de recursos del público suscribiendo una serie de documentos utilizados para blindar operaciones de cuyas pérdidas hoy se duelen.

III. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En Sentencia del 31 de marzo de 2017, el Juzgado 37 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá⁵, resolvió:

“PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Declarar la prosperidad de la excepción “falta de legitimación en pasiva” propuesta por los apoderados de la Superintendencia de Sociedades y de la Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

(...)

CUARTO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante, Por Secretaría líquidense las costas incluyendo las agencias en derecho fijadas en la parte motiva de esta providencia."

⁵ Folios 484 a 527 c. 10

Previa síntesis de las etapas procesales y de las posiciones jurídicas de las partes, el A-quo analizó los cargos formulados y las pruebas allegadas y se pronunció sobre las excepciones planteadas por las entidades demandadas.

Señaló que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia de Sociedades, comoquiera que no contaba con las competencias legales para intervenir por la captación masiva y habitual de dineros del público ni para adoptar medidas cautelares para enervar dichas actividades.

En efecto, en virtud el artículo 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995 y del artículo 2° de Decreto Ley 1080 de 1996, la Superintendencia de Sociedades ejerce el control subjetivo de las sociedades comerciales dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económicas de las empresas.

En ejercicio de las funciones de supervisión la Superintendencia tiene atribuciones para verificar que las empresas no ejerzan actividades ajenas a su objeto social. Ante la prosperidad de la excepción, rechazó las pretensiones de la demanda y se abstiene de examinar las restantes.

Ahora bien, conforme al fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección "C", Expediente No. 2012-078, Magistrada Ponente Laura Halima Liévano Jiménez, transcrito en la sentencia de primera instancia, el fallador encontró que no existía responsabilidad por parte de la Superintendencia Financiera, por lo que negó las pretensiones de la demanda y declaró la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada.

A forma de conclusión, se resalta de lo transcrito lo siguiente: *"(...) no es posible afirmar que la superintendencia financiera haya incurrido en falla del servicio puesto que actuó de acuerdo a las facultades otorgadas por la ley, e informo por los medios masivos de comunicación sobre los riesgos de captación masiva de recursos por parte de las denominadas "pirámides".*

Adicionalmente la Subsección advierte que el perjuicio cuya indemnización se pretende dentro del presente proceso no deriva de las acciones u omisiones en que hubiera podido incurrir la administración sino de la conducta imprudente, negligente y azarosa de quienes esperando una inverosímil ganancia hicieron cuantiosas "inversiones en entidades en la frontera de la Ley."

Finalmente, respecto a la condena en costas señaló que en aplicación a lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y el artículo 365 del CGP y por tratarse de condena en costas objetiva, a la parte que resulte vencida en el proceso se condenará al pago de las misas. En este caso, comoquiera que se negaron las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte actora a pagar la suma que resulte de la

liquidación que se adelantará por Secretaría, incluyendo la suma de un (1) SMLMV por concepto de agencias en derecho.

IV. DEL ESCRITO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial de la parte demandante, dentro del término legal, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia bajo las siguientes consideraciones⁶:

Empieza por observar que la sentencia de primera instancia no cumple con los requisitos establecidos por el artículo 170 del CCA, ya que no analiza ni los hechos de la demanda, ni las pruebas allegadas, ni los argumentos esgrimidos por las partes y en especial, los expuestos por la parte actora, pues se limita a transcribir la demanda y las excepciones propuestas. No realiza un leve comentario sobre los argumentos o alegatos de conclusión presentados por las partes, lo que muestra falta de formalidad y motivación de la providencia.

Ataca la sentencia de primera instancia en el sentido de que no analizó de fondo la responsabilidad o no de las demandadas en los hechos expuestos en la demanda, sino por el contrario, se abstuvo de examinar el medio probatorio en pro de los intereses de la demandante y declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del extremo demandado.

Dichos presupuestos de legitimación, en criterio de la parte actora debieron examinarse al inicio del proceso, incluso antes de admitir la demanda, evitando el desgaste de aparato judicial por más de 7 años.

Precisa que los decretos de emergencia económica fueron emitidos con posterioridad a la ocurrencia de las omisiones y fallas estatales sobre las cuales se fundamenta la acción aquí referida y en ellos se reconoce la falta de actividad estatal para proteger la inversión ciudadana a pesar de la existencia de la normatividad legal que les atribuía tal función y se reconoce además como hecho notorio la proliferación de empresas dedicadas a recaudar dineros del público y la existencia de entidades Estatales encargadas de vigilar, proteger y sancionar las empresas infractoras.

En ese sentido, insiste la parte actora que la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Sociedades incurrieron en falla en el servicio por cuanto incumplieron con los deberes y obligaciones a su cargo y sin argumento válido, pues la excusa de no existir normatividad suficiente no es óbice para evitar que la empresa DMG captara dinero del público sin el control estatal.

Finalmente, manifiesta su desacuerdo con las costas fijadas por el Juzgado de primera instancia, en primer lugar, porque el sustento normativo no se encontraba

⁶ Folios 532 a 533 c. 10

vigente al momento de la presentación de la demanda y porque la conducta asumida por la parte actora no ha sido de mala fe y por lo tanto no se le deben imponer costas en su contra.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por acta individual de reparto de 6 de marzo de 2019, correspondió el conocimiento del asunto al suscrito Magistrado sustanciador⁷.

El Despacho, a través de auto de 15 de noviembre de 2019, admitió el recurso de apelación y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público⁸.

Finalmente, con auto de 21 de febrero de 2020, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto respectivamente⁹.

VI. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Entidad demandada- Superintendencia de Sociedades¹⁰

El apoderado judicial de la entidad demandada radicó memorial el 4 de marzo de 2020, en el que especificó la inexistencia de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad en su contra.

La ley, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar la improcedencia de la presente acción, por cuanto existe un proceso de intervención de las captadoras ilegales que ha sido creado por ley y dentro del cual deben identificarse los realmente perjudicados y establece el monto real de los perjuicios, hasta que dicha actividad no sea realizada, el supuesto daño que se alegaría en este proceso no deja de ser un daño hipotético o probable, ante lo cual debe desestimarse la demanda sin entrar siquiera a analizar la existencia de los otros elementos que podrían conducir a declarar la responsabilidad de las entidades estatales demandadas.

Añade que, en el presente caso la responsabilidad de la entrega de dineros por parte de la demandante a la captadora, siendo esta una entidad no autorizada para captar dineros del público, es exclusiva de la presunta víctima quien libremente asumió el riesgo de entregar sus recursos desatendiendo el cuidado y la diligencia requerida en el manejo de sus propios negocios.

De tal manera que la causa eficiente del daño que alega haber sufrido el demandante lo fue su actitud descuidada y negligente quien de manera ligera y descuidada entregó sus dineros a la captadora, por lo tanto, es inadmisibles que

⁷ Folio 543 c. 10

⁸ Folio 545 c. 10

⁹ Folio 547 c. 10

¹⁰ Folio. 548 c. 10

pretenda el resarcimiento de dicho perjuicio cuando es universalmente aceptado que nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

No son de recibo los reproches que hace la parte actora cuestionando la tardía actuación de las autoridades, puesto que, el marco jurídico vigente antes de la declaratoria de emergencia impedía una actuación más rápida y eficaz por parte de las autoridades competentes, por cuanto exigía el despliegue de una actividad administrativa probatoria importante, que permitiera demostrar la procedencia de la intervención estatal, dichas actividades eran aún más difíciles si se trataba, como lo afirma la demandante de operaciones realizadas en “una modalidad casi cifrada” ante la cual era necesario determinar con plena certeza la actividad de captación ilegal de dineros y para ello, previo a la medida de intervención, debía constatar la configuración de las condiciones a la que la Ley hace referencia mediante visitas que arrojaran sustento fáctico que justificara la medida.

Precisa que, la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Sociedades, desde su creación ha estado orientada a ejercer la supervisión de las sociedades comerciales con el propósito que en su constitución y funcionamiento y en desarrollo de su objeto social, se acomoden a la ley y a los estatutos, competencias que involucran una verificación de su información jurídica, económica, contable y financiera.

Con respecto a la intervención, control, investigación y sanción respecto de las personas naturales y jurídicas de derecho privado que sin contar con autorización previa desarrollaron las actividades de captación, manejo aprovechamiento e inversión de los recursos del público, la Superintendencia de Sociedades hasta el 17 de noviembre de 2008, carecía en absoluto de facultades ordinarias, para intervenir, investigar y sancionar y las entidades llamadas por ley a intervenir en tales situaciones, carecían de las herramientas normativas suficientes para verificar la captación ilegal.

Precisa que DMG es el único responsable de las vicisitudes infringidas a las personas que le entregaron dineros a cambio de ganancias exorbitantes, asumiendo a conciencia el grave riesgo, con las graves consecuencias conocidas. A esto debe sumarse la responsabilidad que cabe a cada uno de los “inversionistas” y en este caso a la demandante, por haber arriesgado voluntariamente su dinero en una actividad que, antes de la declaratoria de emergencia social de que trata el Decreto 4333 de 2008 ya era considerada ilegal a las luces del código penal.

6.2.- De la parte demandante.

Recalca que, contrario a lo afirmado por las demandadas, el Estado antes de la intervención de la comercializadora DMG, ya contaba con un ordenamiento suficiente y eficaz que le otorgaba los mecanismos ordinarios necesarios para evitar el funcionamiento y proliferación de empresas hoy catalogadas como captadoras ilegales de dinero público y podía realizar bajo su imperio tanto la vigilancia como su control y tomar medidas necesarias para su intervención.

Insiste en que, la inobservancia por las demandadas del ordenamiento jurídico es evidente ya que permitieron durante varios años el funcionamiento, auge y posicionamiento del mercado de las sociedades del grupo DMG hoy intervenidas, lo cual produjo hecho notorio inductor de absoluta confianza en el público para relacionarse comercialmente con ellas, convirtiéndose tal hecho en causa generadora de daños económicos y morales respecto de la demandante.

Solicita que se analice el acervo probatorio anexado al demandante y se verifique con cada una de las documentales la veracidad de los hechos expuestos en la demanda. Con lo que se puede concluir la omisión por acción de las demandadas, las cuales generan responsabilidad patrimonial a su cargo.

Manifiesta no estar de acuerdo con la excepción denominada “culpa exclusiva de la víctima” por cuanto su argumentación se encuentra infundada. Las mismas entidades demandadas se han escudado en que durante todo el tiempo que investigaron a las empresas del grupo DMG no pudieron establecer cuál era su verdadera y real actividad y se declararon engañadas, a pesar de contar con los funcionarios especializados y los medios conducentes e idóneos para investigarlas, suspenderlas, sancionarlas e impedir que siguieran ejerciendo las funciones que le eran sospechosas relativas a la capación ilegal de dineros. Por lo tanto, no tienen autoridad para exigirle a la demandante que indagara sobre la legalidad de las actividades de la empresa.

6.3.- Parte demandada- Superintendencia Financiera de Colombia.

Explica que no puede proceder el recurso de apelación impetrado, comoquiera que el escrito solamente corresponde a una crítica sobre la estructura de la sentencia de primera instancia, sin mayor sustento legal o fáctico.

Infiere que existen suficientes argumentos que permiten concluir que en el presente caso no se presentó la supuesta falla del servicio. El juez valoró en su integridad el acervo probatorio pertinente y conducente a demostrar que la actuación de la Superintendencia Financiera fue diligente y apegada a los mandamientos legales que las normas le imponían antes y después de decretada la emergencia social.

Insiste en que la causa eficiente del daño fue la actitud descuidada y negligente de cada una de las personas que libre, voluntaria y espontáneamente entregaron sus dineros a las personas jurídicas y organizaciones dedicadas al ejercicio de la captación ilegal de recursos, como lo es DMG HOLDING S.A. Por esta razón, no es viable atribuir la responsabilidad a las entidades demandadas, máxime cuando la Superintendencia Financiera desplegó una ardua labor para prevenir a la comunidad en general sobre los riesgos que implicaba entregar su dinero a terceros no autorizados para recibir en forma masiva, dineros del público.

Finalmente, reseña los actos administrativos mediante los cuales la entidad demandada adoptó medidas respecto a la sociedad Grupo DMG S.A., con lo que pretende demostrar que la omisión que alega la demanda no tiene ningún sustento.

6.4.- El representante del Ministerio Público no allegó concepto definitivo.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

7.1.1. Jurisdicción y competencia

Conforme al artículo 82¹¹ del C.C.A., la Jurisdicción Contencioso Administrativa conoce de las controversias originadas en la actuación de las entidades públicas, en este caso, las súplicas de la demanda están encaminadas a la declaratoria de responsabilidad de las Superintendencias de Sociedades y Financiera.

Esta Subsección es competente para conocer el presente asunto, de conformidad con el artículo 133 numeral 1° del Código Contencioso Administrativo, el cual establece que corresponde al Tribunal conocer en segunda instancia:

“1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efectos distinto al que corresponda”

De otra parte, la Sala señala que de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley y de los aspectos que son accesorios a lo impugnado.

7.1.2. De la caducidad de la acción

La demandante pretende se declare la responsabilidad de las entidades, por haber incurrido en falla del servicio, al haber ejercido en forma tardía las funciones de vigilancia, inspección y control sobre la sociedad DMG Grupo Holding S.A., lo cual le impidió recobrar el dinero que invirtió a través de la celebración de contratos con

¹¹Artículo 82 C.C.A. OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

dicha sociedad, por la interrupción de la ejecución de los mismos, cuando se dispuso la intervención estatal.

El Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia social, a través del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, y mediante el Decreto 4334 de la misma fecha, declaró la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollaran o participaran en actividades financieras, entre estas la sociedad DMG Grupo Holding S.A. Por lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., el término de caducidad de la acción de reparación directa en el presente asunto debe contabilizarse a partir del 18 de noviembre de 2008.

En el presente caso no opera la caducidad de la acción, toda vez que la demanda se interpuso dentro de los dos años siguientes a la fecha de la intervención estatal a DMG Grupo Holding S.A., de conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A.

En ese sentido, el término de caducidad corría desde el 19 de noviembre de 2008 hasta el 19 de noviembre de 2010. Comoquiera que la demanda fue presentada el 11 de noviembre de 2010¹², sin tener en cuenta el término de suspensión de la caducidad con la solicitud de conciliación extrajudicial, se tiene que la demanda de la referencia fue presentada oportunamente.

7.1.3. Legitimación en la causa

El H. Consejo de Estado ha señalado que “...la legitimación en la causa, por el lado activo, es la identidad del demandante con el derecho subjetivo, es decir, quien tiene la vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho”¹³.

De acuerdo con lo anterior, para establecer la legitimación en la causa en acciones de reparación directa, es necesario precisar cuál es el daño alegado en la demanda y quiénes pueden resultar perjudicados como consecuencia del mismo y, a su vez, quién está obligado legalmente a responder por su causación, teniendo en cuenta la *causa petendi* de la demanda.

En este caso, el daño irrogado es la pérdida del dinero invertido por la demandante en la sociedad DMG Grupo Holding S.A. y la *causa petendi* es la omisión en el cumplimiento de las funciones de inspección, control y vigilancia, sobre las actuaciones de esta sociedad, que permitieron la captación ilegal de dinero por parte de la misma, lo que ocasionó que con la posterior intervención estatal no pudiera

¹² Folio 28 c. 1

¹³ H. Consejo de Estado, Sentencia de 13 de febrero de 1996, Proceso No. 11.213.

reclamar el dinero invertido, por lo cual, quienes, eventualmente, podrían responder por los perjuicios causados, son los encargados de dichas funciones.

7.1.3.1. Por activa

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2342 del Código Civil, puede pedir la indemnización el dueño de la cosa o el titular del derecho sobre el cual ha recaído el perjuicio o quien tiene la cosa con obligación de responder por ella, pero sólo en ausencia del dueño, es decir, que quien pretende la indemnización de los perjuicios generados por la vulneración de un derecho propio, debe acreditar la titularidad respecto del mismo.

En cuanto a la legitimación en la causa por activa en este proceso, se demostró que la demandante invirtió su dinero en la sociedad Grupo DMG S.A. a través de la adquisición de “*tarjetas prepago*”, lo cual la hace titular del derecho al patrimonio económico sobre el cual alega se generaron los perjuicios reclamados y, por ende, damnificado.

7.1.3.2. Por pasiva

Al tenor de los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, es obligado a la indemnización “...*el que ha inferido daño a otro...*”, lo cual significa que, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por falla en la prestación del servicio, quien debe indemnizar el perjuicio es la entidad, a cuyo cargo se encuentra el cumplimiento de la obligación incumplida.

En este caso, la obligación que se estima insatisfecha es la de inspeccionar, vigilar y controlar a la sociedad DMG Grupo Holding S.A., por lo cual el daño invocado en la demanda provendría de las actuaciones de la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Financiera de Colombia.

La Ley 222 de 1995, en sus artículos 82 y s.s., señala que el Presidente de la República, a través de la Superintendencia de Sociedades, ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales y define estas funciones de la siguiente manera:

“ARTICULO 83. INSPECCION (sic).

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

ARTICULO 84. VIGILANCIA.

La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias.

b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad.

c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados.

d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.

Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:

1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.

(...)

4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.

5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.

(...)

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.

En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos...”

Según lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1080 de 1996, **“Por el cual se reestructura la superintendencia de sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos”**, la **Superintendencia de Sociedades es** un organismo técnico, 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**.

EL artículo 2 del Decreto precitado señala que, entre otras funciones, a la Superintendencia de Sociedades le corresponde:

“4. Solicitar, continuar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica o administrativa de cualquier sociedad no vigilada por la Superintendencia Bancaria, o sobre operaciones específicas de la misma;

5. 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;

6. Disponer, mediante acto administrativo de carácter particular, el control de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra Superintendencia, y ordenar los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo de esa compañía;

7. Ejercer las funciones que para los casos de inspección, vigilancia o control le asignan los artículos 82, 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995; (...)

12. Someter a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades a cualquier sociedad no vigilada por otra Superintendencia, cuando 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”

Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4327 de 2005, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene a su cargo las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, además, supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y

confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados. Pese a que la sociedad DMG no estaba constituida como una institución financiera, realizó operaciones de captación de dinero del público y, en consecuencia, dicha Superintendencia ejerció funciones de carácter preventivo, que, a juicio del demandante, fueron insuficientes, tardías e incompletas.

De acuerdo con lo expuesto, las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia sí tenían a su cargo las funciones cuyo incumplimiento, aduce la demandante, causó el daño que solicita reparar, por lo cual están legitimadas en la causa por pasiva.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante, el problema jurídico se contrae a establecer: Si la pérdida de los recursos invertidos por la demandante a través de la celebración de contratos comerciales con la sociedad DMG Grupo Holding S. A., es imputable a las demandadas, como consecuencia de su intervención tardía y de la omisión de las funciones de vigilancia, inspección y control sobre dicha sociedad.

Se debe revocar la condena en costas impuesta a la parte demandante, toda vez que no existió justificación para su imposición, más allá del hecho de haber sido vencida en el proceso?

7.3. TESIS DE LA SALA

La pérdida de los recursos invertidos por la demandante en la celebración de contratos comerciales con la sociedad DMG Grupo Holding S.A., no es imputable a las demandadas, debido a que es un daño en el patrimonio de la demandante que está en el deber de soportar, es decir, no tiene la característica de antijurídico, pues la decisión de invertir sus recursos fue en ejercicio de los derechos a la libertad personal y libre disposición de la propiedad privada y con pleno conocimiento de la asunción del riesgo que esta implicaba.

Pese a lo resuelto por el Juez de instancia, no está acreditada en el plenario una razón para haber impuesto condena en costas a la parte demandante, por cuanto en el proceso contencioso-administrativo, el acceso a un recurso efectivo no puede condicionarse a que se proceda con grado de certeza a que habrá decisión favorable a las pretensiones, y la desestimación de las mismas no justifica por sí misma dicha condena, a menos que se pruebe que hubo temeridad, mala fe, maniobras dilatorias u otras dignas de reproche.

VIII. CONSIDERACIONES GENERALES

8.1. De la responsabilidad extracontractual del Estado

Colombia asume la forma de Estado Social de Derecho, que tiene como fin esencial "...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución..."; así, la responsabilidad del Estado abarca los fines establecidos en el artículo 2 de la misma¹⁴ y su obligación frente a los derechos de los ciudadanos es reparatoria y comprende, además, el respeto, la protección, garantía y realización de éstos:

*"El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente"*¹⁵.

En concordancia con lo anterior, en el artículo 90 de la Constitución Política se consagra:

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

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

En virtud de tal consagración, se ha discutido si la naturaleza de la responsabilidad del Estado es objetiva o subjetiva; sin embargo, lo destacable de la misma es que introdujo la noción de daño antijurídico, como aquel que no se está en el deber jurídico de soportar y, en tal medida, se parte de la existencia del mismo para atribuirle responsabilidad al Estado a través de los distintos títulos de imputación, tal y como ha sido la tendencia en la jurisprudencia de la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, quien sobre el particular, señala:

"Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos". Como bien se sostiene en la doctrina,

¹⁴ Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional)”¹⁶.

8.2. Del título de imputación aplicable.

Teniendo en cuenta que la parte demandante señala que las demandadas omitieron el cumplimiento de sus funciones de vigilancia, inspección y control sobre la sociedad GRUPO DMG S.A. y que la intervención a la misma se hizo de forma tardía y que tales actuaciones y omisiones le ocasionaron un daño en su patrimonio económico, el título de imputación aplicable es el de falla probada en el servicio.

La falla probada en el servicio es un título de imputación en virtud del cual debe verificarse el incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones a su cargo o el cumplimiento tardío o inadecuado de las mismas, es decir, debe probarse que el Estado no actuó o actuó inadecuadamente y que la acción u omisión causó el daño respecto del cual se solicita la indemnización.

La valoración subjetiva de las actuaciones del Estado cuando se acude a este título de imputación, no implica que no deban valorarse los elementos de la responsabilidad del Estado, puesto que de acuerdo con la cláusula de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Carta Política, el daño que se reclama debe tener la singularidad de ser antijurídico y es el primer presupuesto que debe comprobarse que existe para proseguir con la imputación; de igual manera, deberá comprobarse que efectivamente la acción u omisión de la administración produjo ese daño antijurídico, lo que se logra con la prueba del nexo causal. Lo anterior, ha sido reafirmado por el H. Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2016, en la que se señaló:

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, 19 de octubre de 2011, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. No. 1999-00606-01(20861).

“De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto”¹⁷.

Por su parte, el tratadista Juan Carlos Henao, ha resaltado la importancia de que el estudio de la responsabilidad parta de establecer la existencia del daño:

“El daño, es entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio, la razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería, sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad (...)

*Sin embargo, en ocasiones a pesar de existir daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. **En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre**”¹⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

IX. CASO CONCRETO

El juicio de imputación debe hacerse: (i) Constatando la existencia del daño antijurídico y (ii) Examinando si corresponde atribuirlo fáctica y jurídicamente a las

¹⁷ Consejo de Estado, 8 de junio de 2016, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. No. 47001-23-31-000-2009-00164-01(39583).

¹⁸ HENAO, Juan Carlos, El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 36 a 38.

Superintendencias de Sociedades y Financiera, de acuerdo con el título de imputación de falla probada del servicio.

9.1. De los hechos probados

De las pruebas recaudadas en el proceso se verificaron los siguientes hechos, relevantes para dilucidar el problema jurídico:

- La demandante era portador de dos tarjetas prepago de DMG Grupo, de las cuales anexó fotocopia autenticada (fls. 5 y 6 c. 2). Y a folio 19 obra manifestación jurada que indica el monto de las tarjetas.

- De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad DMG Grupo Holding S.A. el 27 de agosto de 2010, con matrícula No. 01609898 de 22 de junio de 2006, se encontraba intervenida por la Superintendencia de Sociedades, lo cual se ordenó a través de Auto 400-014073 de 17 de noviembre de 2008 (fls. 8 a 12, c. 2).

- De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de agosto de 2010, la sociedad Grupo DMG S.A., con matrícula No. 01486068 de 7 de junio de 2005, se encontraba intervenida por la Superintendencia de Sociedades, lo cual se ordenó a través de Auto 400-014640 de 21 de noviembre de 2008 (fls. 8 a 12, c. 2).

-. Certificado de libertad del inmueble vendido por la demandante (fls. 13 a 15 c.2)

-. Copias de las publicaciones en el periódico El Tiempo, Regiones, de los años 2007 y 2008, mediante los cuales se avisó al público que la Sociedad GRUPO DMG no tenía autorización legal para captar dineros del público, de forma masiva y habitual, bajo ninguna modalidad (fl. 391 a 413 c. 2)

- Mediante Resolución No. 1634 de 12 de septiembre de 2007, el Superintendente Delegado Adjunto para las Supervisión Institucional de la Superfinanciera, adoptó medidas cautelares respecto de la sociedad Grupo DMG S.A., resolución confirmada a través de la Res. No. 1806 de 2007 (cuaderno 3).

- Mediante Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008, el Presidente de la República de Colombia declaró el estado de emergencia social. En la parte considerativa de dicho decreto se señaló:

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

Que, con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas

de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- A través del Decreto 4334 de 17 de noviembre de 2008, el Presidente de la República decretó:

“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 2°. 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 3°. Naturaleza.- *El presente procedimiento de intervención administrativa se sujetará exclusivamente a las reglas especiales que establece el presente decreto y, en lo no previsto, el **Código Contencioso Administrativo**. Las decisiones de toma de posesión para devolver que se adopten en desarrollo del procedimiento de intervención tendrán efectos de cosa juzgada erga omnes, en única instancia, con carácter jurisdiccional.*

ARTÍCULO 4°. 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.*

ARTÍCULO 5°. Sujetos.- *Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos”*

- En diligencia del 2 de octubre de 2015, se dejó constancia que la demandante no asistió al interrogatorio decretado dentro del proceso.

9.2. Del daño antijurídico

Sobre el daño antijurídico, el H. Consejo de Estado ha señalado:

“Se desliga, de esta manera, la antijuridicidad del daño de su causación antijurídica; esta última será, en adelante "...un simple criterio de imputación de daños que, junto a otros criterios (tales como la ilegalidad del acto, el riesgo creado en peligro de terceros o, según algunos autores el enriquecimiento indebido), permite trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio de la administración y, eventualmente, dirimir también el reparto de responsabilidades entre aquélla y el agente físico cuya conducta haya causado el daño. El empleo de uno u otro criterio de imputación dependerá en cada caso de la clase o tipo de evento lesivo que, en concreto, se haya producido pudiendo abarcar, a título de ejemplo, desde la denegación ilegal de una licencia hasta la renovación legal de otra, desde el mal estado de una vía pública, desde una información televisiva legal e inculpable hasta la cancelación ilegal y culpable de una empresa periodística, desde una avería en una instalación técnica hasta el empleo de la coacción

directa por las fuerzas de la policía, etc." El daño antijurídico, que el derecho español prefiere denominar "lesión"; "...será, entonces un concepto más estricto que daño, que perjuicio, será un perjuicio antijurídico al margen de cualquier idea subjetiva - y no, por consiguiente, cuando no concurren causas de justificación expresas que legitimen el perjuicio, de modo que la lesión se dará exclusivamente cuando se produzca un daño que el sujeto determinado no tenga obligación de soportar. Dicho en palabras de García de Enterría "El concepto técnico de daño o lesión, a efecto de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona. Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño de "causales de justificación." Este punto lo explica así el profesor García de Enterría "la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto"¹⁹

En este caso, el daño que la demandante solicita sea reparado es el detrimento en su patrimonio económico, debido a que invirtió sus recursos en la sociedad Grupo DMG S.A y por la intervención estatal a esta sociedad no le fue posible recuperar su inversión. Ahora bien, el detrimento de su patrimonio no es trasladable al Estado, pues en este caso, la pérdida de sus recursos es atribuible a la decisión que tomó, en ejercicio del derecho a la libertad personal, de invertir en una sociedad sin la debida diligencia y cuidado que deben tener los particulares frente a los negocios que celebren.

En reciente pronunciamiento, en un caso similar al de autos, esta Sala de Decisión señaló que no se constató la existencia del daño antijurídico, en aquella oportunidad señaló:

"Ante tal planteamiento, es preciso señalar que, si bien en la demanda la parte accionante asegura nunca haber conocido "que la comercializadora DMG grupo holding, tuviera ninguna actividad ilegal y a su contrario contaba con una representación comercial reconocida", lo cierto es que no demostró diligencia en el manejo de su patrimonio, al no acreditar que verificó la legalidad de las prácticas desplegadas por la sociedad intervenida, como por ejemplo, a través de los registros mercantiles de la captadora, o petición dirigida a la Superintendencia Financiera mediante la cual indagara sobre la legalidad de la entidad o preguntara sobre la procedencia de los dineros con los que se le habrían de reconocer las "utilidades y/o rendimientos" exorbitantes prometidos. Es decir, si bien las actuaciones y relaciones de los ciudadanos están protegidas por la buena fe (Art. 83 CP) el cual le permite que ante las relaciones sociales o económicas que entablan de manera natural tengan la confianza de que los demás actores también lo actúen en las mismas condiciones, pero que,

¹⁹ Consejo de Estado, sentencia de 21 de octubre de 1999, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Rad. No. 10948-11643

esencialmente, la pertenencia a la sociedad política organizada como estado de derecho, éste cumpla con el deber de garantizar el goce y ejercicio de sus derechos de manera pacífica y tranquila (Art. 2 CP), también lo es que los ciudadanos tienen deberes mínimos de cuidado y diligencia sobre el ejercicio de sus libertades y derechos, por lo tanto, cuando entran en la sociedad en su dimensión de mercado, proveedora de bienes y servicios, entonces, deben asumir riesgos básicos como es que frente a la oferta de ganancias y utilidades exageradas o poco comunes, lo que se le exigiría es que averiguaran o analizaran este tipo de negocios, si no, deben asumir el riesgo de que resulte ilegal o fraudulento.

Ahora bien, cuando una persona hace inversiones de dinero de esa naturaleza para obtener mucha rentabilidad, se presume que actúa con cierta racionalidad para comprender los riesgos y adoptar las previsiones a que haya lugar en beneficio de sus propios intereses. De esta forma, entrar al mercado en las condiciones de el (sic) demandante y para obtener esa utilidad, es distinto que la participación continua y permanente de los agentes sociales. Es decir, el paradigma del mercado como proveedor de bienes y servicios, donde la persona despliega todas sus libertades y derechos, tiene por lo menos “dos postulados básicos: el primero es el principio de racionalidad; el segundo es la concepción del mercado de competencia perfecta que adoptan los economistas como plasmación institucional ideal de aquél.”²⁰ Lo que se busca con estas dos premisas es determinar la “motivación para la cooperación racional y su contenido sustancial”. Así que, desde esta teoría lo que se pretende es explicar y justificar el orden político, moral y jurídico desde el principio de racionalidad, de tal manera que el participante del mercado debe comportarse racionalmente en tanto que coopera en su construcción e individualmente decide a partir de la maximización de la utilidad. En consecuencia, el demandante adoptó una decisión en el marco de un mercado riesgoso, entonces, la pregunta es quién debe asumir ese riesgo? La respuesta vendrá a partir de saber si el demandante actuó racionalmente.

Pero también desde la perspectiva de la teoría de las “capacidades”, es decir, ya no desde el mercado sino desde la “capacidad de hacer y de ser”²¹ de la persona para ejercer sus propios derechos, la pregunta seguramente cambia porque el problema es saber si el demandante contaba con los mecanismos o condiciones personales para adoptar esa decisión de realizar ese tipo de negocio y, por tanto, de asumir ese riesgo. Sin embargo, si (sic) ahondar en esta teoría, simplemente debemos señalar que aquí también le corresponde al demandante demostrar que el estado la sometió a dichos riesgos insalvables e irresistibles, o que debido al incumplimiento de los deberes normativos de las autoridades públicas, Superintendencia, la indujeron a ese error y con ello le impusieron un carga pública que no tenía porqué (sic) soportar o, como pretende, que debido a la falta de vigilancia y control fue que sufrió el daño. Pero obsérvese que también este marco exige una decisión del demandante y es con base en ella que tendrá que abordarse el problema del daño antijurídico y la imputación del mismo. En este sentido, invertir altas sumas de dinero para obtener mucha rentabilidad, es completamente legítimo ya que se trata de los intereses personales en ejercicio de las libertades y derechos, pero deducir que el estado es responsable por haber decidido en asuntos propios de cierta manera que le generó un daño, es imputarle, en principio, responsabilidades que están por fuera de la razón de ser del estado. Pues una razón sencilla es que un ciudadano tiene como deber principal e inicial el cuidado de sí y de sus propios

²⁰ Coleman, Jules. “Riesgo y Daño. (2010). Marcial Pons. Madrid. pp. 39-61

²¹ Nussbaum, Martha. Crear capacidades. (2012). Barcelona. Paidós.

intereses, en eso consiste el derecho fundamental a la libertad personal. (Art. 13 a 16 CP)".²²

En el *sub lite*, debe reafirmarse lo expuesto en la sentencia pretranscrita, en atención a que sobre la demandante recaía la obligación de analizar la inversión que realizaba, mínimamente, establecer la existencia de la persona jurídica con quien celebraba el negocio y cuál era su objeto social, si estaba autorizada para la captación de recursos del público, si los rendimientos ofrecidos estaban dentro de parámetros de normalidad y, de lo contrario, si era posible que la sociedad garantizara lo ofrecido a través de actuaciones legales; si la demandante omitió ser diligente y cuidadoso en la valoración de tales aspectos, le corresponde asumir las consecuencias de su omisión, por lo tanto está obligada a soportar el daño irrogado por la sociedad incumplida y tendrá como mecanismo de defensa las acciones frente a ésta.

No es aceptable que la demandante pretenda atribuir al Estado la consecuencia de un acuerdo de voluntades entre particulares, so pretexto de las funciones de inspección, control y vigilancia que este debe ejercer sobre las sociedades mercantiles y las entidades prestadoras de servicios financieros, toda vez que estas funciones no implican que deba remplazarse la voluntad de los particulares, impidiendo que celebren negocios a su libre albedrío, ni que cuando se presente incumplimiento de alguna de las partes, el Estado sea responsable; estas funciones garantizan la sujeción a la ley y la Constitución Política de las sociedades mercantiles, en la medida en que sus facultades se lo permitan y sin afectar los derechos de los particulares a la libertad personal y a la disposición de la propiedad privada.

Es menester resaltar, que en la demanda se afirma que la intervención estatal no permitió que la demandante recobrara el dinero que invirtió, es decir, paradójicamente, el cumplimiento de las funciones de control de la Superintendencia de Sociedades impidió que obtuviera la utilidad que esperaba y el reintegro del dinero invertido, de lo cual se colige que deben distinguirse dos momentos, el momento anterior a la intervención estatal y el posterior a dicha intervención; en el primero, la demandante no encontró reparos sobre la actuación de la sociedad Grupo DMG S.A. y pese a celebrar negocios con la misma y ser testigo de los rendimientos exagerados que ofrecía, no dio noticia a las autoridades competentes para constatar su legalidad; en el segundo momento, cuando el Estado advirtió la ilegalidad de las actividades de la sociedad y tomó medidas administrativas y penales para evitar que continuaran, la demandante le reclamó por la pérdida de sus recursos, haciéndolo responsable, a su juicio, por cumplir sus funciones de forma tardía.

²² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 23 de noviembre de 2016, M.P. José Elver Muñoz Barrera, Rad. No. 11-001-33-31-031-2010-00232-01.

Se recalca que en un primer momento la demandante tenía el deber de establecer si la sociedad estaba autorizada para la captación de dineros del público, pues este aspecto no se presume, la ley establece los mecanismos para que los particulares puedan tener acceso a los certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas en los que está consignado su objeto social, es decir, esta no es una información privilegiada de las superintendencias encargadas de su vigilancia, la connotación de las relaciones contractuales exige su publicidad, para que la decisión libre y voluntaria esté protegida de actividades fraudulentas de quienes actúan sin la debida habilitación legal.

De igual manera, está probado que incluso antes de la intervención de la sociedad Grupo DMG S.A., la Superintendencia Financiera emitió avisos al público, informando que ésta sociedad no estaba autorizada para la captación de dineros y venta de “*tarjetas prepagos*” y advirtiéndolo, en general, sobre la importancia de tener cuidado en las inversiones y las consecuencias de entregar dinero a personas no autorizadas para su captación; no obstante, no hay constancia que ante esas advertencias la demandante haya acudido a las autoridades a denunciar que DMG seguía captando dinero del público. Por el contrario, no tuvo inconveniente en adquirir tarjetas prepago, pese a que conocía o debía conocer de la situación irregular que rodeaba la presunta renta exorbitante ofrecida.

Ciertamente nadie puede derivar provecho de su propia culpa o dolo (*Nemo auditor propiam turpitudinem allegans*), de manera que resulta inaceptable que los ciudadanos pretendan derivar ventajas o ganancias que ciertamente se saben excesivos o inusuales, para luego imputar la responsabilidad por la pérdida o daño a terceros o al Estado, presuntamente por no haber actuado o por haberlo hecho tardíamente, cuando la persona no tuvo el buen sentido de prevenir su propia exposición al daño. El hecho de que el Estado, a través de sus autoridades, tenga la competencia de inspección vigilancia y control de ciertas actividades consideradas como estratégicas para la Nación, el mercado y la comunidad, no exime de responsabilidad a los ciudadanos de velar por su propio cuidado y de obrar con la prudencia y la responsabilidad mínimos requeridos para el manejo de sus negocios, prudencia y responsabilidad que se deben observar en grado creciente en la medida en que los negocios e inversiones comprometen en grado considerable los bienes, recursos y patrimonio propios.

Esta prudencia y cuidado brillan por su ausencia en las actividades desplegadas por la demandante, quien animada por la perspectiva de una renta exagerada y rápida, no dudó en comprometer parte considerable de su dinero y de sus bienes en una operación sobre cuya legalidad pesaban serias dudas, ampliamente divulgadas por las autoridades demandadas.

Esta Sala de decisión encuentra que la demandante asumió el riesgo de la inversión, inicialmente, al realizarla sin el debido análisis del negocio celebrado y sin consultar sobre las actividades de la sociedad comercial y después, al continuar con la misma, pese a las advertencias de la Superintendencia Financiera.

Sobre la asunción del riesgo, el H. Consejo de Estado ha señalado:

“Siendo la propiedad un derecho y una función social que implica obligaciones (art. 58 C.P.), corresponde al Estado garantizar el derecho en los términos atrás expuestos y a sus titulares velar por su seguridad e integridad, en principio, de acuerdo con las circunstancias y por ello la exposición o la asunción de riesgos fueron tenidos por la doctrina como excluyentes de la antijuridicidad del daño.

La Sala advierte cómo la doctrina española reconoce la asunción de riesgos dentro de las causas de exclusión de la antijuridicidad del daño. Según enseña José Manuel Busto en su obra “la antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad extracontractual”, recientemente publicada, tal fenómeno de exclusión se encuentra “caracterizado por referirse a supuestos en los que no hay aceptación de un daño actual, sino aceptación de exponerse a un daño eventual, con un ámbito de aplicación constreñido a sectores de actividad potencialmente generadores de resultados dañosos” (pág. 36)”²³

En conclusión: (i) El daño alegado no tiene la característica de antijurídico, porque la demandante tiene la responsabilidad de asumirlo, toda vez que era un riesgo al que se exponía al celebrar un negocio privado bajo las condiciones expuestas, esto es, con una contraprestación exagerada y fuera de los parámetros de normalidad, sin siquiera verificar que la sociedad Grupo DMG S.A., estuviera autorizada para la captación de dinero del público y que la procedencia de las utilidades fuera legal, riesgo que asumió en ejercicio de los derechos a la libertad personal y libre disposición de la propiedad privada y (ii) La intervención estatal es una actuación legal de la Superintendencia de Sociedades a la cual no puede atribuírsele como consecuencia un daño antijurídico, pues la demandante tiene el deber de soportar las consecuencias del ejercicio de las funciones de control sobre la sociedad Grupo DMG S.A., que desarrollaba actividades contrarias a la ley, aunque esto implique su liquidación e impida que esta recupere su inversión fuera del proceso liquidatorio.

Bastan las anteriores consideraciones para declarar infundados los reparos formulados contra la sentencia en el recurso de apelación. En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia de negar las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, se precisa que, se niegan las pretensiones con base en los argumentos que aquí se exponen y no por la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por las entidades demandadas.

7.8. De la condena en costas en primera instancia

La parte apelante, manifiesta su desacuerdo con las costas fijadas por el Juzgado de primera instancia, en primer lugar, porque el sustento normativo no se encontraba vigente al momento de la presentación de la demanda y porque la conducta asumida

²³ Consejo de Estado, sentencia de 27 de enero de 2000, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Rad. No. 8490.

por la parte actora no ha sido de mala fe y por lo tanto considera que, no se le deben imponer costas en su contra.

La Sala considera que el artículo 171 del CCA, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, en la medida que depende de la conducta asumida por las partes en el proceso, cuya remisión a la norma supletoria, es decir, Código de Procedimiento Civil, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contenciosos administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes.

En ese sentido, debe revocarse la condena en costas impuesta a la parte demandante, debido a que esta procede tras una apreciación de la conducta de la parte, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

Analizado dicho aspecto, la Sala estima que en esta oportunidad no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por la parte demandante.

7.9. Condena en costas en segunda instancia

La Sala considera que el artículo 171 del CCA²⁴, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, “*la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas*”, asume categórico que la alocución “*dispondrá*”, significa: “*mandar lo que se debe hacer*”²⁵, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, en su modalidad de expensas y gastos del proceso.

²⁴ “CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

²⁵ Ver www.rae.es

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia del 31 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Administrativo de Bogotá D.C., en el sentido de no condenar en costas a la parte actora en primera instancia.

SEGUNDO: Sin condena en costas (expensas y gastos del proceso) en esta instancia.

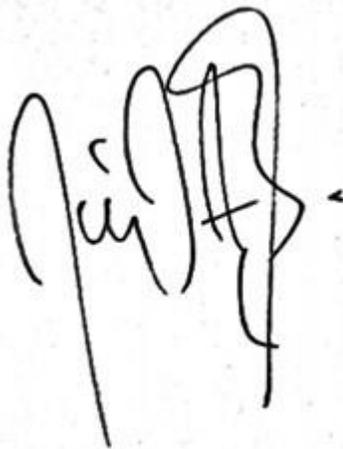
TERCERO: Dar cumplimiento a esta sentencia de acuerdo con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJESE** las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 7).



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada