

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE: **FRANKLIN PÉREZ CAMARGO**
Expedientes acumulados: 110013331032**2011**-00009-02
 110013331032**2011**-00007-00
Demandante: Diana Rubiela López Prieto
Demandado: Presidencia de la República y otros
Asunto: Sentencia segunda instancia – Confirma
Medio de control: Reparación directa

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 14 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado 32 Administrativo de Bogotá, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

El 20 de enero de 2011, mediante apoderado judicial, la señora Diana Rubiela López Prieto presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra de la Nación - Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Sociedades, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la sociedad DMG Grupo Holding S.A., con la finalidad de que se declararan administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios causados por la intervención estatal a la sociedad DMG. Para el efecto, la parte demandante formuló las siguientes pretensiones¹ -teniendo en cuenta que la demanda fue adicionada- (fls. 8-16, cp1 y fls. 856-872, c2):

Primera: Que la NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – SUPERINTENDENCIA FINANCIERA; la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES; y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” y la Agente Interventora designada para la

¹ Las pretensiones son las mismas que fueron presentadas en el proceso acumulado 110013331032**2011**-00007-00 (fls. 2-7 y 348-364, c4).

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 Señora DIANA RUBIELA LÓPEZ PRIETO, 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 dispuesta por el gobierno nacional mediante Decreto 4333 del diecisiete (17) de noviembre de dos mil ocho (2008) a la cual dio lugar tal inoperancia e inactividad, así como con esa declaratoria del Estado de Emergencia Social, con el arbitrario procedimiento de intervención para devolver dispuesto por Decreto 4334 de la misma fecha, con la intervención decretada contra la Sociedad DMG – GRUPO HOLDING S.A. con NIT. 90091410 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 diecisiete (17) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Segunda: Que la NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – SUPERINTENDENCIA FINANCIERA; la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES; y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” y la Agente Interventora designada para la Sociedad DMG – GRUPO HOLDING S.A., son responsables y deben pagar a favor de mi Poderdante Señora DIANA RUBIELA LÓPEZ PRIETO, los PERJUICIOS MATERIALES ocasionados tanto con las señaladas acciones y omisiones institucionales, como con la expedición de los citados Decretos 4333 y 4334 del diecisiete (17) de noviembre de dos mil ocho (2008), la disposición de intervención de la Sociedad DMG – GRUPO HOLDING S.A., y la materialización de tal decisión, 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 al ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR debidamente certificado por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA “DANE” y en aplicación del artículo 178 del C.C.A.

Tercera: Que igualmente la NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – SUPERINTENDENCIA FINANCIERA; la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES; y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” y la Agente Interventora designada para la Sociedad DMG – GRUPO HOLDING S.A., deben pagar a mi mandante por concepto de PERJUICIOS MORALES, el equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (100 SMLV) vigentes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

Cuarta: Que las sumas que arrojen los DAÑOS MATERIALES, sin actualizar, devengarán intereses de mora correspondientes, desde el veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009) y hasta la fecha en que se materialice el pago.

Quinta: Que la demandada debe pagar las costas y agencias en derecho del Proceso.

Sexta: Que se dé cumplimiento a la Sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

2. Hechos

Del expediente se extraen los siguientes hechos relevantes:

La sociedad DMG Grupo Holding S.A., se constituyó mediante escritura pública, posteriormente registrada ante la Cámara de Comercio de Bogotá el 22 de junio de 2006 y según la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá tenía asignado el NIT No. 90091410-0 y, dentro de las actividades que desarrollaba, se encontraba la de compra y venta al detal y comercialización de toda clase de bienes y servicios.

Las actividades desarrolladas por la sociedad mencionada las realizaba a través de dos sistemas i) tarjetas prepago para garantizar el flujo de dinero y la utilidad comercial del caso por medio de incentivos y ii) tarjetas de puntos por publicidad para garantizar la publicidad de la sociedad.

La señora Diana Rubiela López Prieto para el mes de agosto de 2008 adquirió una tarjeta prepago de \$10.000 con la suma de \$15.000.000 para compra de bienes y servicios en las empresas y establecimientos a ella afiliados, pactando que para el 26 de febrero de 2009 le sería convertido en efectivo el saldo que le quedara en caso de haber realizado utilidades o compra de artículos y afirmó que la señora López Prieto no realizó ninguna compra según la certificación 5451.

Así mismo recibió una tarjeta de puntos por publicidad con el logo GLOBAL MARKETING cargada con \$22.500.000, redimibles por dinero efectivo a razón un peso por cada punto.

Mediante el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional y, en esa misma fecha expidió, en desarrollo del anterior, el Decreto 4334 para intervenir, mediante la toma de posesión de bienes, haberes y negocios a la sociedad DMG por las captaciones y recaudos no autorizados.

Ese mismo 17 de noviembre de 2008, la Superintendencia de Sociedades profirió el auto 400-014079 en virtud del cual se dispuso la intervención de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. y, en consecuencia, se llevó a cabo la diligencia de cierre, colocación de sellos y cambio de guarda de las oficinas, sucursales, agencias y establecimientos de comercio de la sociedad.

Afirmó que la agente interventora de DMG no encontró antecedentes de compra de la tarjeta prepago, sino un documento denominado “capital entregado” por los valores de \$15.000.000 y \$7.500.000, generando así

unos perjuicios por cuanto no pudo convertir en efectivo los dineros cargados en las tarjetas.

3. Fundamentos de la demanda

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en que las accionadas tomaron arbitrariamente la decisión de intervenir a la sociedad DMG Grupo Holding S.A., desprotegiendo a las familias afectadas, toda vez que esa intervención conllevó a la pérdida de documentación, negocios, empresas, inversiones y demás activos del grupo DMG que implicaba el cumplimiento de las obligaciones contraídas, esto es, el pago de los dineros que la demandante tenía cargado en sus tarjetas prepago, constituyendo así una falla en el servicio público a cargo del Estado.

Argumentó que las demandadas incurrieron en una ostensible negligencia e imprudencia al declarar el estado de emergencia para contrarrestar un presunto “mal proceder” de personas naturales y jurídicas comprometidas con actividades financieras no autorizadas, perjudicando a quienes invirtieron su dinero en la sociedad, entre ellos, la señora Diana Rubiela López Prieto.

4. Trámite procesal de primera instancia

- El 15 de febrero de 2011 se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones correspondientes (fls. 19-20, cp1), decisión que fue corregida a través de auto del 12 de abril de 2011 (fls. 28-29, cp1).

- Mediante memoriales del 18 de febrero, 6, 9 y 10 de mayo de 2011, la Procuraduría 83 Judicial ante Jueces Administrativos, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Presidencia de la República y la Superintendencia Financiera de Colombia, respectivamente, presentaron recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda (fls. 21-24, 36-42, 54-59 y, 61-63 cp1).

- El 29 de noviembre de 2011, el juzgado resolvió no reponer los autos recurridos, argumentando que la jurisdicción administrativa es competente, se agotó el requisito de procedibilidad y se cumplieron los requisitos formales de la demanda (fls. 119-128, cp1).

- El 1° de diciembre de 2011, la sociedad DMG Grupo Holding S.A. contestó la demanda (fls. 130-142, cp1).

- El 27 de enero de 2012, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales presentó la contestación de la demanda (fls. 169-180, cp1).

- El 1° de febrero de 2012, la Presidencia de la República contestó la demanda (fls. 187-205, cp1).

- El 8 de febrero de 2012, la Superintendencia de Sociedades, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Superintendencia Financiera presentaron contestación a la demanda (fls. 279-334, 256-419, cp1 y 509-542, c2).

- El 8 de febrero de 2012, la parte actora presentó adición a la demanda (fls. 586-872, c2), la cual fue admitida el 27 de marzo de 2012 (fls. 909-910, c2) y contra la cual se presentó recurso de apelación por parte de la Presidencia de la República (fls. 911-912, c2).

- Las partes demandadas contestaron la adición de la demanda en el siguiente orden y en las siguientes fechas:

- Superintendencia de Sociedades el 12 de abril de 2012 (fls. 913-920, c2).
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 24 de mayo de 2012 (fls. 921-952, c2).
- Superintendencia Financiera el 23 de mayo de 2012 (fls. 1055-1059, c2).
- Presidencia de la República el 24 de mayo de 2012 (fls. 1068-1075, c2).

- El 28 de agosto de 2012 se abrió la etapa probatoria y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 1093-1012, c3), decisión contra la cual la demandada, Presidencia de la República y la parte demandante, presentaron recurso de apelación (fls. 1113-1114 y 1119-1120, c3), y esta Corporación los resolvió el 10 de julio de 2014 (fls. 1238-1239, c3).

- Mediante auto del 2 de octubre de 2012, el juzgado decretó la acumulación del proceso bajo radicado No. 2011-0007, por tener por cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 157 y 158 del estatuto de procedimiento civil, se encuentran en la misma instancia, el juez es competente, se pueden tramitar por el mismo procedimiento, se fundamentan en los mismos hechos y se trata de las mismas partes (fls. 1166-1167, c3).

- Por auto del 18 de octubre de 2017 se cerró la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 1309, c3).

- El 14 de mayo de 2019 se profirió sentencia de primera instancia en la que se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 1484-1500, cp2).

- El 6 de junio de 2019, la parte demandante apeló la decisión anterior (fls.

1502-1511, cp2).

5. Contestación de la demanda

- La sociedad **DMG Grupo Holding S.A.** contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma por considerar que sus actuaciones obedecieron al cumplimiento de un deber legal consagrado en el Decreto 4334 de 2008, por otro lado señaló que no hay responsabilidad del Estado por cuanto no se configuraron los requisitos para que ella proceda, esto es, no existe un daño antijurídico imputable a la administración por cuanto se trataba de contratos privados que por sus características conllevaban un altísimo riesgo financiero relacionado con la ganancia o pérdida de dinero, de manera que se configuró una culpa única y exclusiva de la víctima atendiendo a que la demandante se encontraba en plena libertad de entregar su dinero bajo el conocimiento del riesgo existente.

Por otro lado, advirtió que la petición se hizo antes de que el proceso de intervención estatal arrojara un resultado del que se tuviera la certeza del daño causado con la totalidad de los activos que la sociedad DMG tenía a su cargo y solo hasta que finalizara el trámite de la devolución del dinero, evidenciar que se le causó un perjuicio cierto.

Finalmente dijo que existía imposibilidad del sostenimiento del modelo de negocio presentado por las personas captadoras de dinero del público, de forma tal que no podía respaldar el retorno de rendimientos prometidos y por ello considera que las medidas de intervención por parte del Estado fueron las más acertadas.

- La **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma por considerar que las competencias de las entidades se encuentran debidamente regladas y la expedición de los Decretos 4333 y 4334 de 2008, mediante los cuales se decretó el estado de emergencia económica y se tomaron medidas de intervención a la sociedad DMG no se relaciona con la actividad desarrollada por la DIAN. Seguidamente hizo referencia a que la jurisdicción constitucional ha establecido que no es predicable responsabilidad alguna en cabeza de las demandadas toda vez que la actividad de captación masiva y habitual de los recursos del público afectaba de manera grave e inminente el orden social del país, por lo que se hacía necesaria la intervención estatal.

Así mismo, señaló que en su cabeza no se configuró el título de imputación de falla del servicio por negligencia e imprudencia en su proceder, teniendo en cuenta que del cúmulo de competencias que por ley le fueron asignadas, no se encuentra la de ejercer la vigilancia o control de los entes

captadores de dinero o las facultades de prevención en el ejercicio ilegal de la actividad financiera pues, según el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ello se encuentra en cabeza de la Superintendencia Financiera.

Concluyó estableciendo que es de conocimiento público que dicha entidad (DIAN), dentro de sus competencias, desplegó su actividad de control y fiscalización a las empresas que conformaban en Grupo DMG, en el sentido de verificar su contabilidad e iniciar todas las actividades relacionadas con la generación de impuestos, retención en la fuente e intereses, motivo por el cual, no puede generarse responsabilidad en su cabeza.

- El **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de respaldo fáctico y jurídico teniendo en cuenta que la declaratoria del Estado de Emergencia Social, con el fin de conjurar la crisis desatada por las firmas ilegales captadoras de dinero del público en forma masiva, fue declarada exequible por la Corte Constitucional. Dijo que no se configuraron los elementos necesarios para declarar la responsabilidad estatal: i) inexistencia de un hecho antijurídico imputable a él por cuanto la expedición de los decretos se realizó conforme a los artículos 215 y 335 constitucionales y, adicional a ello, manifestó que no le compete la inspección, vigilancia y control de las personas que captan dineros del público; ii) no existe un daño cierto, real y cuantificable e; iii) inexistencia de nexo causal, constituyéndose el hecho de un tercero (DMG) y culpa exclusiva de la víctima.

Finalmente manifestó que el Gobierno Nacional sí tomó las medidas previas para combatir la captación ilícita de dineros del público antes de declarar el estado de emergencia por medio de investigaciones que permitieron tomar acciones preventivas y sancionatorias en algunos de los casos, pero ello no fue suficiente porque se evidenció que el fenómeno de captación se extendió en muchas regiones del país, afectando el orden público nacional, lo que generó el estado de excepción, materializado en los decretos alegados en la demanda.

- La **Superintendencia de Sociedades** al contestar la demanda señaló que el modus operandi de las captadoras no autorizadas no estaba concentrado en una sola zona geográfica del país, sino que se distribuían en diferentes localidades con una apariencia de legalidad y por ello, las personas que accedían a ellas, no brindaban información alguna, hasta tanto no iniciaron con la adopción de medidas cautelares, de manera que fue la crisis social la que generó el derrumbamiento masivo de las pirámides, así como la insuficiencia de las medidas ordinarias vigentes, lo que dio lugar a declarar el Estado de Emergencia Social, con fundamento en el cual se expidió una nueva reglamentación con el fin de detener las

captaciones ilegales.

Dijo que la supervisión que debía ejercer estaba dirigida a que las compañías en su constitución y funcionamiento cumplan con la ley y los estatutos sociales y no para calificar la legalidad o ilegalidad de la actividad comercial de las empresas intervenidas. Y que fue hasta tanto se expidieron los decretos en estado de excepción, que pudo actuar conforme a la ley en el control y erradicación de las prácticas no autorizadas en todo el territorio nacional.

Concluyó manifestando que los responsables de los posibles daños que llegase a sufrir la demandante, eran las personas naturales o jurídicas que realizaron la actividad de captación masiva no autorizada de recursos del público disfrazada de la modalidad de venta de tarjetas prepago y la comercialización de productos y servicios con apariencia de legalidad. En consecuencia, no es la Superintendencia de Sociedades la responsable por los daños que DMG hubiese podido generar, configurándose en primer lugar el hecho de un tercero y, en segundo lugar, la culpa exclusiva de la víctima.

- El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto no existió una omisión o falta en su proceder por cuanto su actuar fue eficaz con los instrumentos legislativos con los que contaba para el momento en que se detectó la existencia de las primeras pirámides y, posteriormente, con las herramientas a su alcance desde que se decretó el Estado de Emergencia Económico.

Argumentó que, a la luz de las normas constitucionales vigentes y, con fundamento en el criterio de la prevalencia del interés público en ellas consagrado, no es posible permitir el ejercicio de la actividad financiera, bursátil y aseguradora de manera libre y sin intervención estatal y, en ese orden de ideas, no es dable afirmar que el Estado no realizó las actuaciones tendientes a prevenir y detener la proliferación de las actividades de captación masiva de dineros del público, pues inició investigaciones administrativas y advirtió al público en general el riesgo que implicaba el depósito de dinero a entidades no autorizadas desde el año 2005, por lo que no se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad estatal y, en caso de considerarse, se presentó la excepción de *riesgo tomado* toda vez que la parte demandante se expuso voluntariamente a los perjuicios sufridos y, la excepción de *hecho de un tercero* en cabeza de la sociedad DMG Grupo Holding S.A.

- La **Superintendencia Financiera de Colombia** al contestar la demanda señaló que desde 1982 se conocía el término de captación masiva y

habitual de dinero, pero que el fenómeno que vivió el país por los hechos alegados en la demanda no tenía precedentes e hizo necesario la adopción de medidas para contrarrestar la proliferación de las captadoras ilegales, dentro de las cuales se destaca la declaratoria del Estado de Emergencia Social en los términos del artículo 215 constitucional.

Lo anterior para indicar que actuó en la oportunidad debida y adoptó las medidas pertinentes dentro del marco legal correspondiente, desplegando una intensa actividad administrativa dirigida no sólo a comprobar los supuestos de captación masiva y habitual de dineros del público contenidos en el Decreto 1981 de 1988, sino que, avisó al público en general sobre la existencia de distintas organizaciones dedicadas de manera ilegal o no autorizadas a la captación de dineros, por los diferentes medios de amplia circulación en el país. Finalmente señaló que se presentó la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

6. Pruebas aportadas al expediente

- Copia del auto del 420-024569 del 15 de diciembre de 2009, proferido por la Superintendencia de Sociedades (fls. 144-165, cp1).
- Copia de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 (fls. 206-218, cp1).
- Copia de la sentencia C-135 de 2009 proferida por la Corte Constitucional (fls. 221-278, cp1).
- Copia de las publicaciones de los diferentes medios de comunicación del país referentes a la captación ilegal de dineros (fls. 335-353, 452-476, cp1; 652-721, 874-897, 973-1000, c2; 1300-1304, 1147-1149, 1305, c3 y; 315, c4).
- Copia del documento denominado “desde el 2006, el Gobierno Nacional advirtió sobre el riesgo de las pirámides captadoras ilegales y tomó las acciones” (fls. 441-451, cp1).
- Copia de la providencia del 14 de septiembre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso 2011-032 (fls. 477-496, cp1).
- Copia de la providencia del 12 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso 2009-115 (fls. 497-507, cp1).
- Copia de los conceptos sobre la declaratoria del estado de emergencia social (fls. 420-440, c1 y 953-972, c2).

- Copia de las intervenciones y el concepto de la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso de constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008 (fls. 543-617 y 636-644, c2).
- Copia de las observaciones al informe preliminar de la Auditoría Especial realizada por la Superintendencia Financiera (fls. 618-634, c2).
- Copia del informe presentado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Viceministro de Comercio Exterior dirigido al congreso (fls. 645-651, c2).
- Copia del auto proferido el 4 de febrero de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso bajo radicado 2001-1247 (fls. 729-738, c2).
- Copia de la providencia del 29 de septiembre de 2011 por el Consejo de Estado, dentro del proceso 2008-0096 (fls. 739-753, c2).
- Copia de la acción de grupo 2009-374 que cursó en el Juzgado Segundo Administrativo de Popayán (fls. 755-842, c2).
- Copia de la providencia del 29 de enero de 2009 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Popayán, dentro del proceso 2008-446 (fls. 844-850, c2).
- Copia del oficio del 30 de noviembre de 2010 por la Liquidadora de DMG Grupo Holding S.A. (fl. 873, c2).
- Copia de las reclamaciones realizadas por la demandante (fls. 900-903, c2 y 371, c4).
- Copia de la providencia del 30 de marzo de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo, dentro del proceso 2011-032 (fls. 1002-1020, c2).
- Copia de la providencia del 14 de septiembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso 2011-032 (fls. 1023-1041, c2).
- Copia de la providencia del 12 de octubre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso 2009-115 (fls. 1043-1054, c2).
- Copia de las certificaciones emitidas por los canales RCN y Caracol televisión (fls. 1060-1062 y 1158-1168, c2).

- Copia de la certificación emitida por DMG Grupo Holding S.A. sobre la devolución de dineros efectuado a la demandante (fls. 1154-1156, c3).
- Copia de la tarjeta prepago (fl. 899, c2 y 398, c4).
- Copia de certificado de cámara de comercio de DMG Grupo Holding S.A. (fls. 1-2, c5).
- Copia de la petición elevada por la demandante a la agente interventora de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. (fl. 3, c5).
- Copia de la declaración extraproceso rendida por la demandante ante la Notaría 14 de Bogotá (fl. 5, c5).

7. Sentencia de primera instancia

El 26 de julio de 2017, el Juzgado Segundo Administrativo de Girardot profirió sentencia en la que decidió negar las pretensiones de la demanda para arribar a esa decisión, el *a quo* consideró (fls. 1484-1500, cp2):

(...) este Despacho valorando los recortes e informaciones de prensa, de manera racional, y ponderada, y contrastado con los demás medios de prueba que obran en el proceso, arroja a las siguientes conclusiones:

- Que la demandante no verificó ante la Superintendencia Financiera de Colombia si la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., estaba autorizada para captar dineros del público.
- Que la demandante tuvo conocimiento por radio, prensa, televisión y por comentario a voces, que la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., captaba dineros del público.
- Que fue la propia demandante quien hizo caso omiso no solo a las advertencias que se publicitaron en los diferentes medios de comunicación, sino a las cargas que le eran exigibles al momento de celebrar un negocio jurídico frente al cual el Estado en su momento no podía intervenir.

No puede pasarse por alto que inclusive en el escrito de demanda se señala que la entrega de dinero que efectuó la señora Diana Rubiela López Prieto a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., se vio incentivada por los altos intereses que ofrecía pagar dicha empresa a diferencia de las entidades financieras y por su amplia trayectoria que tenía el mercado nacional, sin que se preocupara, cuando menos por conocer la naturaleza y legalidad de la empresa a la cual estaba depositando sus ahorros, así como la procedencia de los dineros que daban las utilidades tan exorbitantes, fuera de toda lógica económica y financiera.

Así las cosas, para este Despacho se encuentra acreditado el “daño” sufrido por la señora Diana Rubiela López Prieto, consistente en la merma del patrimonio, dado que después de haber invertido un total de \$15.000.000 en el grupo DMG, a través de la modalidad de tarjeta prepago, solo le fue devuelto \$275.000; sin embargo, el mismo no denota el carácter de antijurídico, ya que fue propiciado por la propia afectada.

Considera este Despacho que la señora Diana Rubiela López Prieto, inobservó los más elementales cánones de la prudencia, la buena fe y la previsión al momento de invertir su capital en dicha empresa, obrando con anuencia y aceptación del peligro que implicaba este tipo de transacción ante los voluminosos y prontos rendimientos que se le prometieron, sin siquiera analizar la proveniencia de los dineros que se prometían como contraprestación por la entrega del capital o, en el caso particular, de la adquisición de las tarjetas prepago, y solo se confió en que las demás personas también entregaban sus dineros a esa entidad y recibían a cambio los rendimientos prometidos.

De manera que, como no logró demostrarse que el daño sufrido por la demandante, consistente en la merma de su patrimonio, denotara la calidad de antijurídico -al haber sido propiciado por la propia afectada-, vano resulta efectuar el estudio de los demás elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado.

8. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación argumentando que (fls. 1502-1511, cp2):

i) El a quo omitió pronunciarse respecto de la “*petición antes de tiempo*” determinada por esta Corporación (Tribunal Administrativo de Cundinamarca) dentro del proceso 2011-0007.

ii) Se planteó un problema jurídico inexacto e incompleto pues, a su juicio, el fallador de primera instancia prejuzgó sin conocer completamente la situación para determinar o no las falencias y acciones acusadas como las actividades desarrolladas por la sociedad DMG antes de la declaratoria de emergencia, si efectivamente las entidades de control demandadas carecían de herramientas que le permitieran intervenir y solo hasta encontrarse en estado de excepción fuese posible determinar que la mentada sociedad realizaba actuaciones ilegales y que la pérdida de los documentos estuvo plagada de errores, de manera que no se entendió el asunto antes de tomar una decisión.

iii) Se trató de una sentencia absolutamente parcializada en cuanto contiene una valoración única y exclusivamente de aspectos que benefician a las demandadas, sin tener en cuenta todos los daños alegados, de los que destaca, la pérdida de oportunidad de que la sociedad DMG le pudiera reintegrar el saldo de dinero que tuviera cargado en su tarjeta a la demandante el 26 de febrero de 2009.

Así mismo manifestó su inconformidad en cuanto a que la decisión del inferior se centró únicamente en publicaciones de prensa sin entrar a definir las palabras allí utilizadas como “pirámides”, sin entrar a analizar a fondo las normas que rigen las funciones de vigilancia y control de las demandadas y sin desentrañar el por qué la señora López Prieto tenía

acceso a las publicaciones y que ellas se referían a la sociedad DMG como captadora ilegal de dinero.

A su juicio no se sometieron a crítica jurídica todos los documentos relacionados, pues no se desentrañaron los elementos de juicio que ellos deriven y permitan llegar a conclusiones que garanticen el debido proceso.

iv) Las conclusiones que consigna la sentencia, carecen de sustento jurídico y constituyen verdaderos prejuizgamientos por cuanto no se demostró interés para llegar a enterarse de lo que realmente era objeto de la demanda.

9. Trámite y alegatos de conclusión de segunda instancia

- Por auto del 4 de octubre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión por escrito (fl. 1517, cp2).

- La **Superintendencia de Sociedades** presentó alegatos de conclusión el 18 de octubre de 2019 (fls. 1522-1526, cp2) en los que solicitó se confirme la decisión de primera instancia por cuanto se estableció dentro del proceso la inexistencia de disposición legal que la hiciere responsable de los posibles perjuicios alegados en la demanda, aún más, si se tiene en cuenta que fue la demandante la que se expuso de manera voluntaria configurando la culpa exclusiva de la víctima. Así mismo refirió que dio cabal cumplimiento al marco legal establecido.

Manifestó que no se demostró en el proceso falla del servicio de vigilancia y control que se le endilgó en la demanda. Afirmó que en el caso bajo estudio la responsabilidad de entrega de dineros es exclusiva de la presunta víctima que libremente asumió el riesgo de entregar sus recursos desatendiendo el cuidado y la diligencia requerida en los manejos de sus negocios a pesar de las advertencias realizadas por el Estado, por tal motivo no existió nexo causal entre el presunto daño y la actividad de la superintendencia de sociedades.

Dentro de los alegatos relacionó las pruebas que evidencian que las entidades advirtieron sobre los riesgos de las pirámides y captadoras ilegales, de suerte que no puede alegarse ignorancia y desconocimiento del público en la situación ilegal de las captadoras.

Consideró pertinente traer a colación el fallo proferido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa donde se exoneró a los funcionarios de la Superintendencia Financiera por los hechos ocurridos frente a la captación masiva de dinero del público por encontrarse probado

que actuaron de manera diligente con las facultades que tenían en ese momento.

- La **Superintendencia Financiera** presentó alegatos de conclusión el 22 de octubre de 2019 (fls. 1527-1532, cp2) en los que señaló que el fallo de primera instancia acertadamente negó las pretensiones de la demanda pues la actora entregó sus dineros a personas encargadas de ejercer la actividad de captación en forma irregular y no autorizada, sin tomar las medidas mínimas de precaución o cuidado y que si bien es encargada de asegurar la confianza pública al sistema financiero, bursátil y asegurador, protegiendo el interés general, también lo es que los inversionistas les corresponde evaluar los diferentes riesgos que conllevan sus operaciones frente a un determinado negocio. En lo demás, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

- La **parte actora** presentó alegatos de conclusión el 22 de octubre de 2019 (fls. 1533-1544, cp2) se refirió en primer lugar a las fallas del servicio denunciadas a cada una de las entidades demandadas: i) frente a la presidencia argumentó que se trató de desórdenes propiciados por personas vinculadas a la pirámide DRFE, por lo que se dispuso un procedimiento arbitrario de intervención desconociendo los derechos fundamentales a la sociedad DMG cuando la saca de la órbita comercial, privando a los tarjetahabientes de recibir la devolución del dinero con sus respectivas utilidades; ii) al Ministerio de Hacienda y Crédito Público le endilgó el no obrar diligentemente en cumplimiento de sus funciones para evitar que la sociedad DMG mantuviera un continuo funcionamiento; iii) frente a la Superfinanciera señaló que omitió el cumplimiento del deber de examinar las actividades de la captadora de dinero desde el mismo momento de iniciación de operaciones o desde que se evidenció que estaba realizando “actuaciones financieras sin la debida autorización” y en ese sentido intervenir a la sociedad y esta suspendiera sus actividades y así no se hubiese materializado la pérdida de dinero de la demandante; iv) frente a la DIAN dijo que no actuó en forma debida y oportuna desde que recibió los impuestos de la sociedad; v) argumentó que la Supersociedades omitió sus funciones de inspección, vigilancia y control frente a DMG Grupo Holding S.A., permitiendo el riesgo de los dineros cargados en las tarjetas prepago y contribuyó a la pérdida de los mismos, también le endilgó que profirió sin elementos de derecho el auto 400-014079 disponiendo la intervención de la tantas veces mencionada sociedad DMG y, vi) a la interventora designada para la sociedad comercial DMG, le atribuye la falla del servicio por materializar, mediante la toma de posesión de bienes, haberes, negocios y establecimientos de comercio y por la pérdida de los documentos como el contrato de publicidad suscrito por la demandante con la sociedad intervenida.

Afirmó que al juzgador de primera instancia le correspondía realizar un examen juicioso del procedimiento consagrado en el Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008 para determinar si era cierto o no su contenido y determinar si el gobierno actuó *soterradamente* contra la sociedad DMG, así mismo, señaló que debía conocer las funciones que le atribuía la ley a las entidades demandadas con el fin de examinar si fueron oportunas y pertinentes para detectar las presuntas actividades financieras desarrolladas por DMG.

- Las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En este acápite se realizará lo siguiente: (i) el análisis de los presupuestos procesales, (ii) se establecerá el problema jurídico a resolver, (iii) se precisará el régimen de responsabilidad aplicable al caso y (iv) se estudiará el caso concreto.

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

La Sala es competente para decidir el asunto de conformidad con el numeral 1° del artículo 133 del CCA. Así mismo, de acuerdo con el artículo 357 del CPC, como el fallo fue recurrido solamente por la parte demandante, la competencia de la Sala se circunscribe a la revisión de la materia del recurso y al estudio de los presupuestos procesales.

1.2. Procedibilidad de la acción

Considera la Sala que la acción de reparación directa es procedente para el caso, pues se pretende la indemnización de los perjuicios causados a la demandante con ocasión de la no devolución de los dineros con sus respectivas utilidades por haber adquirido tarjetas prepago y tarjetas de puntos por publicidad debido a la intervención estatal a la sociedad DMG Grupo Holding S.A.

1.3. Caducidad

La acción que la parte demandante ejerció fue la de reparación directa, cuyo cómputo para la figura jurídica de la caducidad se encuentra consagrado en el artículo 136 del CCA y regula dicha contabilización así:

Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...)

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

(...)

Los hechos generadores del daño que la demandante pretende sea indemnizado, ocurrieron con ocasión de la expedición de los Decretos 4333 y 4334 del 17 de noviembre de 2008 (y que es el mismo en los expedientes acumulados), por lo que se tiene que en principio el término de caducidad del medio de la acción vencía el 18 de noviembre de 2010.

La demandante radicó solicitud de conciliación prejudicial el 16 de noviembre de 2010, es decir, cuando faltaban 2 días para que caducara la acción y, la constancia de conciliación fallida se expidió el 19 de enero de 2011, por lo tanto, la demandante tenía hasta el 21 de enero de 2011, hecho que ocurrió i) en el expediente 2011-0009-02 el 20 de enero de 2011 y, ii) en el expediente 2011-0007-00 el 19 de enero de 2011, por lo que es lógico concluir que las demandas se presentaron dentro del término del numeral 8 del artículo 136 del CCA.

1.4. Legitimación en la causa

Por activa

La señora Diana Rubiela López Prieto se encuentra legitimada en la causa por activa, por ser la persona que se vio afectada por la intervención estatal a la sociedad DMG Grupo Holding S.A. en cuanto a la devolución del dinero y utilidades por haber adquirido tarjetas prepago y tarjetas de puntos por publicidad.

Por pasiva

La Nación Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Sociedades, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la sociedad DMG Grupo Holding S.A., se encuentran legitimadas en la causa por pasiva, por cuanto fueron las entidades que presuntamente generaron los daños por la intervención que ejercieron sobre la sociedad DMG.

2. Problema jurídico

En los términos de la impugnación, la Sala deberá determinar si en el caso concreto le asiste responsabilidad a las entidades demandadas por los perjuicios causados a la señora Diana Rubiela López Prieto por las acciones y omisiones en el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

3. Régimen de responsabilidad aplicable

La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra sustento en el artículo 90 de la Constitución Política que consagra la obligación de aquel, de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de la autoridad pública.

Del contenido de la norma constitucional mencionada, derivan los elementos que deben estar presentes al momento de declarar la responsabilidad del Estado, siendo ellos la existencia de un daño antijurídico y que el mismo sea imputable a la entidad pública demandada.

El Consejo de Estado ha establecido sobre la falla del servicio, lo siguiente²:

La Sala, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.³

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..., “ *debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.*”⁴

Es que las obligaciones que están a cargo del Estado - y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión -, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.⁵

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio del 2008, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, Radicación 15263.

³ Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163.

⁴ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

⁵ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Finalmente se recuerda que el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo señaló que “... la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía, en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo esperado o lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se configura cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.”⁶ (Subrayado fuera de texto).

El Consejo de Estado, ha indicado que en la **responsabilidad por actividades financieras** el régimen aplicable es el subjetivo de falla probada pues se deriva del incumplimiento de una obligación estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración. Al respecto, dispuso⁷:

Esta Subsección debe precisar, ab initio, que esta Sección, mediante sentencia proferida el 22 de julio de 2009, se pronunció respecto de un caso similar, oportunidad en la cual expuso los argumentos que, en sus aspectos principales, conviene transcribir in extenso:

Al respecto conviene transcribir los principales argumentos in extenso:

En materia de responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios financieros y bursátiles, en los procesos en que se imputa la responsabilidad al Estado por la omisión en sus funciones de control, inspección y vigilancia, la Sala ha considerado que se debe aplicar el régimen subjetivo de falla probada y, al estudiar cada caso, se ha declarado inhibida para pronunciarse sobre el fondo del asunto, en consideración a que ha encontrado que las pretensiones se formulan antes de tiempo, toda vez que el proceso liquidatorio en que se encontraban las entidades financieras demandadas intervenidas, a la fecha de presentación de la demanda, no había concluido.

(...)

En esta oportunidad, la Sala se aparta de la anterior tesis en la que se declaraba inhibida para conocer el fondo del asunto en consideración a que, al no haber finalizado el proceso de liquidación de la entidad financiera, se concluía que el daño era incierto. **Ahora, la Sala considera**

⁶ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 6 de junio de 2012. Exp. 21249.

que las pretensiones no se formulan antes de tiempo puesto que, como se explicó, los procedimientos previos a la liquidación e incluso, durante la misma liquidación, pueden causar daños a los ahorradores o usuarios e incluso a las mismas entidades financieras.

(...)

Cabe precisar que, en estos casos, en los que se demanda la omisión de los órganos de control en la inspección y vigilancia de las entidades financieras, no todos los daños sufridos por los administrados son indemnizables, en consideración a que la función de supervisión, como se verá más adelante, no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, sino que lo que se pretende con dicha vigilancia es asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades.

Con fundamento en el anterior postulado, la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor⁸. (Subrayado fuera de texto)

4. Caso concreto

Teniendo en cuenta que se está ante el régimen subjetivo de falla probada del servicio, se requiere, para que proceda una declaratoria de responsabilidad estatal, la concurrencia de los siguientes presupuestos: i) la existencia de un daño antijurídico y, ii) la imputación de ese dolo al Estado.

4.1. El daño

El daño antijurídico es entendido jurisprudencialmente como *“el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación”*.⁹

El presente debate versa sobre las acciones y omisiones en el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales de las entidades demandadas y que, según la parte actora, llevaron a la declaratoria del Estado de Emergencia Social dispuesta por el gobierno nacional mediante Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008; la “intervención para devolver” a través del Decreto 4334 de la misma fecha; la expedición del Auto 400-

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. 27920.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 27 de enero del 2000.

014079 por la Superintendencia de Sociedades para la toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y establecimientos de comercio de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. y; la materialización de la intervención que conllevó a la pérdida de documentos.

Observa la Sala que, los daños reclamados por la demandante se concretan en el detrimento patrimonial que sufrió al invertir sumas de dinero en la sociedad DMG Grupo Holding S.A. sin que se haya obtenido los rendimientos o utilidades esperadas ni la devolución del capital invertido.

Ello se puede comprobar con la certificación No. 5451 expedida por DMG Grupo Holding S.A. en Intervención el 22 de noviembre de 2010 y en la que se señaló (fl. 371, c4):

DMG GRUPO HOLDING S.A. EN INTERVENCIÓN, sociedad domiciliada en Bogotá D.C., intervenida mediante Auto 400-014079 del 17 de noviembre de 2008, proferido por la Superintendencia de Sociedades en desarrollo del Decreto Legislativo Número 4334 de 2008, hace constar que

Nombre	Tipo Identificación	Identificación
DIANA RUBIELA LOPEZ PRIETO	C.C.	51567828

De conformidad con la base de datos, presenta los siguientes montos respecto del dinero que entregó mediante “tarjeta prepago”:

Capital Entregado	Menos Compras Efectuadas	Menos Devoluciones Anteriores	Saldo a Reconocer
15,000,000	0	0	15,000,000

Respecto del saldo reconocido, esta Sociedad en Intervención en cumplimiento al Auto 420-011187 del 10 de junio de 2009 emitido por la Superintendencia de Sociedades, quien autorizó a la Agente Interventora la ejecución de pagos en el periodo 17 junio y 31 de julio de 2009, le realizó el pago por valor de \$275.000 en fecha 26 – jun – 2009 en la ciudad de BOGOTA, quedando su reclamación reconocida con el siguiente valor:

Saldo a Reconocer	Menos Pago Realizado	Saldo Pendiente de Pago
15,000,000	275,000	14,725,000

Ahora entrará a analizar esta Colegiatura si el daño irrogado a la demandante es atribuible a título de falla a alguna de las entidades accionadas.

4.2. Imputación

Menester es señalar la normatividad vigente para el control de las actividades de captación masiva de dinero en el año 2008, en lo que tiene que ver con la competencia de las entidades demandadas partiendo del principio de legalidad, en virtud del cual, *los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los*

servidores públicos, lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 CP).

Respecto de las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, el artículo 335 constitucional preceptúa:

Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

Ahora bien, el numeral 8 del artículo 150 de la Carta Política asigna al Congreso, la función de expedir las *normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución.*

Por su parte, el numeral 24 del artículo 189, otorga al Presidente de la República la facultad de *ejercer, de acuerdo con la Ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.*

Las normas en precedencia indican que las entidades demandadas únicamente pueden hacer lo estrictamente permitido por la Constitución, las Leyes y los Reglamentos de tal suerte, que expedidas las correspondientes Leyes Marco, el Gobierno Nacional, condicionado por estas, expide los decretos mediante los cuales ejerce la intervención en las actividades, en este caso, de captación de recursos del público.

Teniendo claro lo anterior, esta Corporación entrará a estudiar de manera individual las funciones y competencias de cada una de las entidades demandadas:

- **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

El Decreto 3443 de 2010, modificó la estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y definió su objeto y naturaleza jurídica, en los siguientes términos:

Artículo 1°. Objeto. Corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República asistir al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Gobierno, Jefe de Estado y Suprema Autoridad

Administrativa en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y prestarle el apoyo administrativo necesario para dicho fin.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República tendrá como denominación abreviada la de "Presidencia de la República", la cual será válida para todos los efectos legales.

Artículo 2°. Naturaleza. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República tendrá naturaleza especial y en consecuencia, una estructura y una nomenclatura de sus dependencias y empleos acordes con ella, de conformidad con lo establecido en la Ley 55 de 1990.¹⁰

Fue así que, en ejercicio de las facultades constitucionales consagradas en el artículo 189, numeral 24 de la Constitución Política, la Presidencia de la República utilizó la potestad contenida en el artículo 215 constitucional, en virtud de la cual, declaró el Estado de Emergencia Social, con el fin de hacerle frente a las actividades de los negocios ilegales de captación de dinero al público.

Es por ello que, el Gobierno Nacional, mediante Decreto Legislativo 4333 de 17 de noviembre de 2008, declaró el Estado de Emergencia en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de la declaratoria, argumentando la proliferación *de manera desbordada en todo el país, de 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 ha 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.*

Adicional a ello, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-135 de 2009, declaró la exequibilidad del decreto atrás mencionado, en tanto, i) *se logró acreditar la ocurrencia de los hechos, su carácter sobreviniente y extraordinario y que no correspondían a los presupuestos para la declaratoria del estado de guerra exterior o de conmoción interior (presupuesto fáctico), ii) se tiene que no se incurrió en un error manifiesto o en una valoración arbitraria cuando se consideró que la perturbación ocasionada por las actividades de captación no autorizada de los recursos del público afectaba de manera grave e inminente el orden social (presupuesto valorativo) y, iii) la valoración sobre la suficiencia de los medios ordinarios en cabeza de los poderes estatales no fue manifiestamente errada o arbitraria.*

Así lo precisó la Corte Constitucional en la providencia mencionada:

¹⁰ Por medio del cual se establecen las funciones, objetos y principios del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

(...) Como puede observarse el punto de partida de las consideraciones anteriores es que las autoridades administrativas y judiciales estaban actuando dentro del marco de sus competencias pero que éstas resultaban insuficientes para resolver la crisis generada por la proliferación de los captadores ilegales, razón por la cual era necesario adoptar mecanismos que permitieran contrarrestar de forma inmediata la situación.

Por lo anterior, se expidió el Decreto Legislativo 4334 de 17 de noviembre de 2008, que otorgó a la Superintendencia de Sociedades facultades extraordinarias para remediar el estado de emergencia declarado como consecuencia del incremento desmedido de captadores ilegales de dinero, por las denominadas comúnmente como “pirámides”.

• **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**

Mediante el Decreto 1068 del 2015, se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público y se estableció que dicha entidad tiene como objetivo *la definición, formulación y ejecución de la política económica del país, de los planes generales, programas y proyectos relacionados con esta, así como la preparación de las leyes, la preparación de los decretos y la regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República, y las que ejerza, a través de organismos adscritos o vinculados, para el ejercicio de las actividades que correspondan a la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público y el tesoro nacional, de conformidad con la Constitución Política y la ley* (artículo 1.1.1.1.).

Ahora bien, el Decreto 4327 de 2005, dispuso la fusión de la Superintendencia Bancaria con la de Valores, la cual, recibió la denominación de Superintendencia Financiera de Colombia (artículo 1°), constituida como un *organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio* (artículo 2).

En este sentido, de conformidad con el artículo 8 de la mentada norma, corresponde al Presidente de la República, a través de la Superintendencia Financiera, ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que desarrollen la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos captados del público; se estableció además, que el objetivo de la supervisión sobre el sistema financiero, no es otro, que preservar su estabilidad, seguridad y confianza.

De acuerdo con los numerales 1 literal a) y 5 del artículo 326 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF) corresponde a la Superintendencia Financiera de Colombia, autorizar la constitución y funcionamiento de las entidades vigiladas, entre otras funciones, en atención a las modalidades propias de la naturaleza y la estructura de aquellas sometidas a su inspección y control permanente.

El artículo 325 del EOSF, sustituido por el artículo 1 del Decreto 2359 de 1993, *por el cual se establece la estructura y se determinan las funciones de la superintendencia bancaria*, consagra dentro de los objetivos de la Superintendencia Financiera, los siguientes:

Artículo 1°. NATURALEZA Y OBJETIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA.

1. NATURALEZA Y OBJETIVOS. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, en su calidad de autoridad de supervisión de la actividad financiera y aseguradora, tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:

- a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.
- b) Supervisar de manera Integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario.
- c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.
- d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas.
- e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.
- f) Supervisar en forma comprensiva y consolidada el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial que deban operar sobre tales bases, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito.
- g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se dé la atención adecuada al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República.
- h) Velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial.
- i) Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas.

(...) (Subrayado fuera de texto)

Para el cumplimiento de los objetivos asignados, el ente de control cuenta con funciones y facultades de supervisión, prevención y sanción:

Las primeras contenidas en el numeral 4° del artículo 326 del EOSF, sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993, así:

Artículo 2°. FUNCIONES Y FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. 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.

(...)

4. FACULTADES DE SUPERVISION. 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.

Sobre las facultades de prevención y sanción que le asisten a la entidad, el numeral 5, de este mismo artículo, prevé:

5. FACULTADES DE PREVENCIÓN Y SANCION. 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 forma no autorizada o insegura;

b) Imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108, numeral 1° 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;

Por su parte, el numeral 1° del artículo 108 del EOSF, refiere frente a las medidas cautelares que se pueden imponer ante el ejercicio irregular de la actividad financiera, lo siguiente:

Artículo 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.

Parágrafo 1°.- 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.

Parágrafo 2°.- 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.

(...)

En lo atinente al control de la actividad financiera, el Decreto 2920 de 1982, proscribió la conducta de captar dineros del público en forma masiva y habitual, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, que para el caso nuestro es la Superintendencia Financiera de Colombia. Posteriormente, mediante el Decreto 3227 del mismo año, se precisó el alcance del concepto de *captación masiva y habitual*, en el sentido de establecer que se trata de la *recepción de dineros, a título mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes y servicios*. Ante el surgimiento de nuevas modalidades delictivas relacionadas con la captación de recursos, el Decreto 1981 de 1988, complementó el tipo penal descrito, al definir de manera precisa cuáles eran las conductas que lo configuraban:

Artículo 1° El artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, quedará así:

Artículo 1° Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

Parágrafo 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

- a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o
- b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

(...)

Sobre el margen de competencia que asiste a la Superintendencia Financiera, como un ente de vigilancia y control sobre las instituciones que ejercen actividades financieras, se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos¹¹:

(...) le compete a la Superintendencia Bancaria, como organismo técnico de carácter administrativo, evitar que personas no autorizadas por la Ley ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas y supervisar de manera integral las operaciones de las instituciones sometidas a su control con el fin de velar por el cumplimiento de las normas que las regulen, asegurando la confianza en el sistema financiero.

En consecuencia, cuando las personas naturales o jurídicas ejercen de manera irregular una actividad financiera, esto es, sin autorización de la Superintendencia Financiera, esta entidad puede imponer una o varias de las medidas cautelares o preventivas a que se refiere el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de las cuales están la disolución de las personas jurídicas y la liquidación rápida y progresiva de

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Sentencia del 25 de julio de 2013. Exp. 18208.

las operaciones ilegales, para lo cual se aplican, en lo pertinente, las normas sobre toma de posesión, previstas en la misma normativa.

(...)

La Superintendencia Bancaria se limitó a adoptar las medidas cautelares o preventivas legalmente establecidas en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general, evitar que personas no autorizadas ejerzan la actividad financiera, y proteger el orden público, económico de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Política.

Adicionalmente, que la resolución que dispuso la disolución de la actora y la liquidación inmediata de las operaciones de captación masiva y habitual que esta desarrollaba, es un acto administrativo definitivo. En efecto, puso fin a la actuación administrativa que se inició como consecuencia de la queja que contra la actora formuló un particular por el ejercicio irregular de la actividad financiera y resolvió el asunto de fondo ante la administración¹².

Además, contra dicho acto definitivo se interpuso recurso de reposición y al resolverlo la Superintendencia Bancaria señaló que con esa decisión se entendía agotada la vía gubernativa.

A su vez, conforme con el artículo 108 literal b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para el trámite de la liquidación inmediata de las operaciones irregulares de la actora, se aplican, en lo pertinente, los procedimientos administrativos para los casos de toma de posesión situación que tiene el carácter de acto administrativo (artículo 290 y ss ibídem). Por ello, en los actos acusados la demandada ordenó medidas preventivas como la guarda y colocación de sellos, la cancelación en la cámara de comercio, de los nombramientos de administradores y la prevención a los deudores para que solo pagara las obligaciones a órdenes del juez de liquidación.

De otra parte, la Corte Constitucional en la sentencia que estudió la exequibilidad del Decreto 4333 (C-135 de 2009) y frente la competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia para combatir la captación ilegal de dineros del público, señaló:

Al respecto cabe señalar que previamente a la declaratoria del estado de excepción la Superintendencia Financiera era la autoridad administrativa con competencias en la materia pues estaba encargada de determinar mediante visitas de inspección si personas jurídicas o naturales no autorizados captaban recursos del público, verificada tal situación podía multar al contraventor, decretar su disolución cuando se trataba de personas jurídicas y disponer la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente (artículos 108 y el literal a) del numeral 4 del artículo 326 del E. O. S. F.).

Así las cosas, el control y vigilancia de las actividades inmersas en la captación y aprovechamiento de los recursos del público, es ejercida por el Gobierno Nacional, de manera exclusiva, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, función que está encaminada a que esta pueda someter a su control e incluso sancionar a las personas naturales o jurídicas que sin contar con la autorización legal, lleguen a ejercer

¹² Artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

actividades propias de las instituciones financieras sometidas a su inspección, vigilancia y control.

• **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

El Decreto 1080 de 1996, *Por el cual se reestructura la superintendencia de sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos*, define la naturaleza jurídica de esta entidad en los siguientes términos:

ARTICULO 1o. NATURALEZA. 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.

De manera que la Superintendencia de Sociedades ejerce las funciones de inspección, de vigilancia y control respecto de las sociedades comerciales y de las demás que determine la ley.

En la Ley 222 de 1995, se definió la **inspección** como: “(...) 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. (Artículo 83), la **vigilancia** como “(...) 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.” (Artículo 84) Y el **control** como “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.” (Artículo 85)

Por lo tanto, dentro de sus funciones¹³ se observan las siguientes:

ARTICULO 2º. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

La Superintendencia de Sociedades desarrollará las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le corresponden, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

1. Dar apoyo en los asuntos de su competencia al sector empresarial y a los organismos del Estado;
2. Actuar como conciliadora en los conflictos que surjan entre los socios y entre éstos y la sociedad con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato social;

¹³ Decreto 1080 de 1996.

3. Organizar un Centro de Arbitraje para la solución de conflictos que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad, con ocasión del desarrollo o cumplimiento del contrato social;
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;
8. Adoptar las medidas administrativas a que haya lugar, respecto de las sociedades no vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores, cuando así lo solicite un administrador de la sociedad o socios que representen no menos del diez por ciento (10%) del capital social;
9. Ejercer la inspección y vigilancia de las sociedades de servicios técnicos o administrativos no sometidas al control de la Superintendencia de Valores;
10. Las asignadas por la Ley en relación con las sociedades administradoras de consorcios comerciales; las bolsas de productos y los fondos ganaderos;
11. Ejercer las funciones que establece la ley respecto de los Clubes con Deportistas Profesionales;
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.
13. Ejercer la inspección, vigilancia y control, en lo pertinente, sobre las empresas unipersonales, en los casos que determine el Presidente de la República;
14. Unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control;
15. Ejercer las funciones relacionadas con el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera en Colombia, inversión colombiana en el exterior por parte de personas naturales y jurídicas, así como sobre las operaciones de endeudamiento externo efectuadas por empresas o sociedades públicas o privadas;
16. Desarrollar las funciones de policía judicial que la Ley determine;
17. Tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del estado, cooperativas, fundaciones y corporaciones, que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación;
18. Absolver las consultas que se formulen en los asuntos de su competencia;
19. Reconocer, de oficio o a solicitud de parte, la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el Libro Segundo del Código de Comercio, en relación con sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia;

20. Autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad, cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes;
21. Aprobar las reservas o cálculos actuariales en los casos en que haya lugar;
22. Ejercer respecto de las matrices, subordinadas y grupo empresarial, las contempladas en la Ley 222 de 1995, referentes a:
 - a. Comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados y ordenar la suspensión de tales operaciones, si lo considera necesario.
 - b. Determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.
 - c. Declarar, de oficio o a solicitud de parte, la situación de vinculación y ordenar la inscripción en el registro mercantil, en los casos en que se configure una situación de control que no haya sido declarada ni presentada para su inscripción, e imponer las sanciones a que haya lugar por dicha omisión.
 - d. Constatar la veracidad del contenido de los informes especiales que los administradores de sociedades controladas y los de sociedades controlantes deberán presentar ante sus asambleas o juntas de socios y, si fuere del caso, adoptar las medidas a que hubiere lugar.
23. Desarrollar en relación con el derecho de retiro de socios ausentes o disidentes, las señaladas en la Ley 222 de 1995, tales como:
 - a. Determinar la improcedencia del decreto de retiro, cuando se establezca que el reembolso afecta sustancialmente la prenda común de los acreedores.
 - b. Establecer plazos adicionales a dos meses, pero no superiores a un año, para que la sociedad reembolse las cuotas, acciones o partes de interés a quien hubiere ejercido el retiro de la sociedad.
 - c. Adelantar el trámite correspondiente en caso de discrepancia sobre la existencia de la causa de retiro.
24. Exigir la preparación y difusión de estados financieros de períodos intermedios y ordenar la rectificación de los estados financieros o las notas que no se ajusten a las normas legales;
25. Resolver las controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección e impartir la orden respectiva, cuando considere que hay lugar al suministro de información;
26. Remover a los administradores o al revisor fiscal, en los casos a que hubiere lugar;
27. Determinar que los titulares de las acciones con dividendo preferencia; y sin derecho a voto participen con voz y voto en la asamblea general de accionistas, mientras se presenten las irregularidades que dieren lugar a dicha medida;
28. Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen de hechos relacionados con la dirección, administración o fiscalización de las sociedades sobre las cuales ejerce inspección, vigilancia o control;
29. Imponer multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales cada una, a quienes incumplan las órdenes de la Superintendencia, quebranten las leyes o sus propios estatutos, respetando el derecho de defensa y el debido proceso;
30. Fijar el monto de las contribuciones que las sociedades sometidas a su vigilancia o control deben pagar, en los términos del artículo 88 de la Ley 222 de 1995, y recaudar los dineros por tal concepto;
31. Ejercer las funciones que en materia de jurisdicción coactiva le asigne la Ley;
32. Enviar delegados a las asambleas y juntas directivas no presenciales,
33. Las demás que le asigne la Ley.

De lo anterior se infiere que esta entidad ejerce sus funciones de inspección, respecto de las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia Financiera, indicadas en el numeral 2 del artículo 325

del EOSF, sus funciones de control y vigilancia, las ejerce respecto de las sociedades comerciales no vigiladas o sometidas a otra superintendencia, por lo que cuenta con una competencia de carácter residual¹⁴.

Igualmente, estarán sometidas a vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, aquellas sociedades que determine el Presidente de la República y aquellas que indique el Superintendente cuando del análisis de la información o de la práctica de una investigación administrativa, se establezca que se incurre en una de las irregularidades relacionadas en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995¹⁵.

- **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

El Decreto 1742 de 2020, por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estableció la competencia, campo de aplicación y funciones generales de la entidad, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. Competencia. A la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales le competen los siguientes asuntos:

La administración de los impuestos de renta y complementarios, de timbre nacional y sobre las ventas; los derechos de aduana 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.

Igualmente, le corresponde el control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiaria 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

¹⁴ En el Decreto 4350 de 2006, se determina que personas jurídicas son sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, artículos del 1 al 7.

¹⁵ 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.

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.

Le compete mantener la unidad doctrinal en la interpretación de las normas en materia tributaria, aduanera y de control cambiario, en lo de competencia de la DIAN y la generación de estadística en las mismas materias.

Le compete, en su calidad de entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el recaudo del impuesto de industria y comercio consolidado en el régimen SIMPLE, previsto en el parágrafo 2 del artículo 908 del Estatuto Tributario.

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

ARTÍCULO 2. Campo de aplicación La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, tendrá la estructura y las funciones que se determinan en el presente decreto, así como las funciones establecidas en otras disposiciones.

PARÁGRAFO. Para todos los efectos de que trata el presente decreto la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, se mencionará en este como DIAN.

ARTÍCULO 3. Funciones Generales. Corresponde a la DIAN ejercer las siguientes funciones:

1. Administrar los impuestos sobre la renta y complementarios, sobre las ventas, nacional al consumo, al patrimonio, gravamen a los movimientos financieros, de timbre nacional, impuesto nacional a la gasolina y al ACPM; los derechos de aduana y comercio exterior, así como 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, en lo correspondiente a su recaudación, fiscalización, control, represión, penalización, liquidación, discusión, cobro, devolución y sanción y los demás que las leyes determinen, que no estén asignados a otras entidades.
2. Dirigir y administrar la gestión y operación aduanera incluyendo, entre otras: el servicio, el control y el apoyo a las operaciones de comercio exterior de los diferentes regímenes aduaneros y/o de destinos aduaneros, así como de los usuarios y auxiliares de la función pública aduanera.
3. Dirigir, administrar, controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias por 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 a nivel nacional, en concordancia con las políticas trazadas en el programa macroeconómico y las políticas generales adoptadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y dentro del modelo de gestión institucional.
4. Administrar y disponer de las mercancías aprehendidas, decomisadas o declaradas en abandono a favor de la nación.
5. Dirigir y administrar la gestión relacionada con la transformación digital de la administración tributaria, aduanera y cambiaria.
6. Controlar y vigilar las operaciones derivadas del régimen cambiaria que no sean competencia de otra entidad.
7. Autorizar, controlar y vigilar las actividades de las personas que ejerzan de manera profesional la compra y venta de divisas.

8. Reconocer y pagar las recompensas y participaciones en dinero o en especie por colaboración eficaz de terceros en el control al contrabando, la evasión y la corrupción.
9. Ejercer las funciones de Policía Judicial, de conformidad con las normas legales.
10. Supervisar el ejercicio de las facultades conferidas al personal de la Policía Fiscal y Aduanera, con soporte y apoyo a las funciones propias de investigación y determinación en el ámbito tributario, aduanero y cambiario.
11. Celebrar convenios con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, orientadas a establecer alianzas estratégicas para posicionar la cultura de la contribución en la ciudadanía, combatir la evasión, el contrabando y la morosidad tributaria, aduanera y cambiaria; así como para el intercambio de información, atendiendo las disposiciones constitucionales y legales que regulan la reserva y la protección de los datos personales, contenidos en la información que administra la Entidad.
12. Participar en la definición de los estándares y políticas tributarias internacionales al interior de organismos internacionales o multilaterales y en la preparación de las acciones y proyectos gubernamentales que tengan relación con dichas materias y su implementación.
13. Definir e impartir las directrices para el funcionamiento y administración del Registro Único de Beneficiarios Efectivos, Finales o Reales - RUB.
14. Actuar como autoridad doctrinaria en la interpretación de las normas en materia tributaria, aduanera y de control cambiario, en lo de competencia de la DIAN y en la generación de estadística en las mismas materias.
15. Participar y emitir conceptos sobre el estudio y la elaboración de proyectos de ley, decretos o acuerdos internacionales que contemplen aspectos tributarios, aduaneros o cambiarios.
16. Diseñar, desarrollar y evaluar el sistema de control interno de la Entidad, en los términos definidos por la ley.
17. Administrar y disponer de los recursos humanos, financieros, físicos y de conocimiento, así como de la prestación de los servicios generales en la Entidad.
18. Compilar, actualizar y divulgar las normas sobre regímenes tributarios del orden nacional, aduanero, de comercio exterior en los asuntos de su competencia de la entidad.
19. Desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para cumplir con las funciones de su competencia
20. Las demás que le asigne la ley.

Es por lo anterior que se tiene que la DIAN, como máxima autoridad tributaria y aduanera, busca garantizar la sostenibilidad fiscal del Estado colombiano a través de la administración de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, y tiene el objetivo de facilitar las operaciones de comercio exterior esenciales para la economía del país y la seguridad nacional.

Una vez revisadas las competencias de cada una de las entidades demandadas, observa la Sala que la parte actora le endilgó responsabilidad a las accionadas por la intervención estatal a la sociedad DMG pero, de lo que se deriva de las normas atrás transcritas, es que de entrada se evidencia un cumplimiento de los deberes constitucionales y legales que recaen sobre ellas, ahora bien, es del caso establecer si la

ocurrencia del daño es endilgable a la Superintendencia Financiera de Colombia, teniendo en cuenta que es sobre dicha entidad en la que recaen las facultades de inspección, vigilancia y control de las entidades financieras en Colombia.

En ese sentido, procede la Sala a estudiar si el daño i) es imputable a la Superfinanciera como consecuencia de la omisión, negligencia o retardo en el cumplimiento de sus funciones de control y vigilancia o, porque con su comportamiento se propició la entrega de los recursos al establecimiento de comercio DMG Grupo Holding S.A.; o, ii) si por el contrario el mismo es atribuible fácticamente al comportamiento desplegado por la demandante, para lo cual se analizará el material probatorio obrante en el expediente:

Obra a folio 542 del cuaderno 2 un CD que contiene:

- Copia de una demanda instaurada en acción de grupo contra el Estado, por la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, protección al consumidor y derechos del cliente (documento denominado Adrián Velasco Penagos).
- Resolución 1634 de 2007, por medio del cual se adoptan medidas cautelares respecto de la Sociedad GRUPO DMG S.A. (documento denominado SBBOG01-#3531371-v1-2007931634-000-000).
- Resolución 1806 de 2007, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución 1634 de 2007 (documento denominado SBBOG01-#3531456-v1-2007931806-000-000).
- Proceso de refoliación, realmacenamiento e inventario de los documentos correspondientes al grupo DMG S.A. (documento denominado SBBOG01-#3843281-v2-2009001498-000-000).

En este punto cabe señalar que de conformidad con la Resolución 1634 de 2007, por medio de la cual se adoptan medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG S.A., se hace relación de todas las actuaciones que fueron iniciadas en el mes de mayo de 2006, esto es, con posterioridad a las consultas realizadas por usuarios frente a la inquietud sobre si esta comercializadora tenía autorización para realizar actividades de captación masiva de dineros al público, es decir, una vez se hace el llamado a la Superfinanciera se realizan las correspondientes investigaciones y averiguaciones.

Las visitas se ejecutaron en la oficina principal de la ciudad de Bogotá y se destaca de ellas lo siguiente:

QUINTO. *Primera visita.* Que con el fin de adelantar las indagaciones pertinentes en relación con una posible captación masiva y habitual por parte de la sociedad, esta Superintendencia, en ejercicio de la facultad que le confiere el literal a), numeral 4° del artículo 326 del Estatuto Orgánico

del Sistema Financiero (en adelante EOSF), practicó una visita de inspección a la oficina principal de dicha sociedad, ubicada en la Transversal 24 No. 57-12 Barrio Galerías en la ciudad de Bogotá, durante el periodo comprendido entre el 25 al 31 de mayo de 2006. Como resultado de dicha diligencia de inspección, que se encuentra contenido en el informe de visita suscrito por los funcionarios designados para el efecto, rendido bajo la gravedad del juramento en los términos del numeral 3° del artículo 337 del EOSF, se observa que la compañía entregó muy poca información. Aun así, en el balance suministrado con corte al 31 de diciembre de 2005, figura que su pasivo total ascendía a la suma de \$1.136.7 millones provenían de deudas adquiridas con los accionistas. Sin embargo, según el mismo informe, no se pudo establecer la procedencia de los recursos con las cuales los accionistas habrían realizado tales préstamos al Grupo DMG. Por lo tanto, con base en la información disponible hasta ese momento no fue posible conocer cuál era la verdadera actividad a la que se dedicaba esa compañía.

SEXTO. *Segunda visita.* Que en consideración a que durante los meses de julio y octubre de 2006, según consta en el expediente de esta actuación administrativa, seis (6) personas más solicitaron (esta vez por escrito) información sobre el Grupo DMG, bajo el entendido de que posiblemente estaba captando dineros del público con el pago de altos intereses, la SFC practicó otra visita de inspección en la misma oficina principal de la sociedad, durante el periodo comprendido entre el 7 y 15 de noviembre de 2006. En esa inspección se determinó con base en la información suministrada por el Subgerente Administrativo a la comisión de visita, según se afirma en el informe correspondiente, que el Grupo DMG realiza, entre otras actividades, la compra y venta de mercancías a través de las denominadas “Tarjetas Prepago DMG” Pero también dejó constancia la comisión de visita que la sociedad no le suministró toda la información financiera y contable requerida, pues solamente entregó los mismos estados financieros a 31 de diciembre de 2005 ya suministrados en la visita anterior (mayo de 2006), argumentando que su contabilidad no se encontraba al día para la fecha de la visita.

Por lo anterior, y con la finalidad de proteger los derechos de terceros, la Superintendencia Financiera de Colombia, consideró necesario adoptar medidas con la intención de informar al público que la sociedad DMG no era vigilada por esta y por lo tanto no se encontraba autorizada para captar recursos del público, tal y como consta en el numeral 7 de la Resolución 1634 de 2007:

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

Por lo anterior, la Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, por medio de la cual se adoptan medidas cautelares respecto de la Sociedad GRUPO DMG S.A., resolvió en el numeral primero: “(...) **la suspensión inmediata de las operaciones consistente en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de Tarjetas Prepago DMG**”. Así mismo en el numeral segundo: “(...), ordenó **la devolución de la totalidad de los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de las Tarjetas Prepago DMG, cualquiera sea su modalidad, conforme al plan y plazo que se convenga con esta Superintendencia.**”, decisión confirmada a través de la Resolución 1806 de octubre de 2007.

De acuerdo con lo analizado hasta este punto, concluye la Sala que se encuentra demostrado y probado que de una parte la Superintendencia Financiera en ejercicio de sus funciones adelantó el procedimiento administrativo que terminó en las ordenes relacionadas anteriormente, mediante la Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, y fue adoptando las medidas que al avance del debido procedimiento legal le permitía, a la luz de las conclusiones que iba obteniendo con el debido respaldo probatorio y jurídico.

Para la Sala, es necesario destacar las conclusiones que arrojó la investigación No.IUC-D-2010-878-300816 del fallo de fecha 9 de diciembre de 2011, adelantado ante la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y que se siguió en contra de algunos funcionarios y exfuncionarios de la Superintendencia Financiera por los hechos objeto de la demanda, dentro de la cual resolvió absolverlos de responsabilidad disciplinaria al desvirtuarse los cargos formulados y ante el evidente cumplimiento de las funciones constitucionales y legalmente asignadas a la entidad (cd visible a folio 542, c2).

Es relevante precisar también, que según las facultades conferidas a la Superintendencia Financiera, a esta solo le compete la supervisión de las sociedades comerciales no vigiladas por otras Superintendencias, en cuanto a la verificación de los requisitos en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros, y situación económica de las empresas, está en cabeza de la Supersociedades, que solo a partir de la expedición del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Social, a través del cual se le confirió facultades extraordinarias a dicha entidad como las de intervenir, investigar y sancionar los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales y jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, tomando posesiones de sus bienes, haberes y negocios, con el objeto de restablecer y preservar el interés del público amenazado, sin que con ello se le facultara para intervenir en el proceso adelantado contra DMG ante la

competencia residual que ostenta. Tal conclusión, permite inferir que, para la época de los hechos, esta entidad carecía de competencia para adelantar cualquier tipo de actuación en contra de este tipo de establecimiento comercial, como quiera que salía de la órbita operacional de ambas Superintendencias.

Ahora bien, en el marco de la obligación del Estado de proteger los bienes de las personas residentes en el territorio nacional (artículo 2 CP), tal principio tiene un alcance y no es factible considerar que las entidades estén obligadas a propender el bienestar financiero de la población cuando existe un desinterés por parte de estos; por tanto, las entidades convocadas al litigio no tienen el deber jurídico de responder por los daños y perjuicios que se reclaman. Aunado a ello, la empresa DMG, como una captadora de dineros, bajo la sombra de una empresa diferente, ocasionó confusión a los usuarios y entes de control, al no tener certeza de su naturaleza, por la inusual y atípica forma de desarrollar su objeto comercial, que además carecía de las garantías y seguridad que ofrece el sistema financiero autorizado en Colombia.

Las operaciones desarrolladas por las empresas captadoras de dinero, se efectuaron bajo sistemas sofisticados que consistían estaban diseñados estrictamente para engañar el público y disfrazar la actividad de captación a través de interpretaciones legales cuyo fin era dar un aire de legalidad a las actividades realizadas y entorpecer la labor de control estatal.

Así las cosas, concluye esta Colegiatura que la demandante no cumplió con la carga de probar los hechos objeto de imputación, como era su deber, puesto que no obra en el proceso prueba alguna que permita inferir que las demandadas omitieron, o actuaron tardíamente en el cumplimiento de su deber legal o constitucional, y por el contrario, los entes demandados actuaron conforme a las facultades atribuidas vigentes para la época de los hechos y el Gobierno Nacional a través de los recursos excepcionales que le otorga la Constitución Política, atendieron la mencionada problemática conforme al debido proceso y decretando oportunamente las sanciones pertinentes en su momento, por consiguiente, no se encuadra en una conducta omisiva el actuar de las demandadas, que produjera una falla del servicio.

Ello también se constata con todas las pruebas arrimadas al proceso por las demandadas en virtud de las cuales, a través de los medios de comunicación de alta circulación y de alto alcance (fls. 335-353, 452-476, cp1; 652-721, 874-897, 973-1000, c2; 1300-1304, 1147-1149, 1305, c3 y; 315, c4) se advirtió a la ciudadanía que era altamente riesgoso llevar los ahorros a instituciones que no cuentan con licencia para captar recursos del público de forma masiva y habitual y que estuvieran alerta por el

fenómeno de la proliferación de las pirámides y, de manera específica el periódico EL TIEMPO señaló el aviso al público por parte de la Superfinanciera respecto del grupo DMG, desvirtuando en ese sentido las afirmaciones realizadas en el recurso de alzada, según las cuales, la demandante no debía conocer que al hablarse de pirámides se hacía referencia a la sociedad DMG, quedando sin sustento jurídico lo expuesto por ella.

Basta traer a colación pronunciamiento reciente del Consejo de Estado¹⁶, respecto a la carga de la prueba:

Al respecto, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que las partes tienen la carga de la prueba; postura frente a la cual esta Subsección ha sido enfática respecto de los efectos que su inobservancia acarrea:

*“La noción de carga ha sido definida como ‘una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto’. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que **simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.***

*“En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en **(i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo**”¹⁷ (subrayas y negrilla por fuera del original).*

Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia del 14 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado 32 Administrativo de Bogotá en lo por las razones aquí expuestas.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de julio de 2019, Exp: 50522, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp: 29732, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Por no haberse demostrado temeridad por la parte demandante, vencida en este proceso, no se condenará en costas en esta instancia, en aplicación del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia del 14 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado 32 Administrativo de Bogotá en lo por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Adviértase a las partes que contra esta providencia no procede recurso ordinario alguno. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CUARTO: Liquidense por Secretaría del juzgado los gastos del proceso. En caso de que, pasados dos años, no hayan sido reclamados por la parte actora, la Secretaría del juzgado declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial o de la entidad que haga sus veces.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Aprobado en sesión de la fecha)

FRANKLIN PÉREZ CAMARGO

Magistrado

HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN

Magistrado

CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS

Magistrada

LMRQ