



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-  
BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Asunto	Proceso ordinario de reparación directa
Radicación No.	11001-33-36-032-2013-00260-00
Accionante	Doris Victoria Coral Burbano
Accionado	Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y otros
Sentencia No.	2019-0080RD
Tema	Ausencia de prueba de falla en el servicio de vigilancia de particular captador masivo de recursos de público
Sistema	Escritural

Contenido

1. ANTECEDENTES.....	3
2. PARTES.....	3
2.1 PARTE DEMANDANTE.....	3
2.2 PARTE DEMANDADA.....	3
2.3 AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	3
3. LA DEMANDA.....	3
3.1 HECHOS RELEVANTES.....	4
3.1.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO.....	4
3.1.2 EL DAÑO.....	4
3.1.3 LA FALLA DEL SERVICIO.....	5
3.1.4 CONSTITUTIVOS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.....	8
3.2 PRETENSIONES.....	8
4. LA DEFENSA.....	10
4.1 NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.....	10
4.1.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	10
4.1.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES.....	11
4.1.3 EXCEPCIONES.....	11
4.1.4 RAZONES DE LA DEFENSA.....	17
4.2 NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.....	21
4.2.1 ACERCA DE LOS HECHOS.....	21
4.2.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES.....	22
4.2.3 EXCEPCIONES.....	22
4.3 NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.....	30



4.3.1 ACERCA DE LOS HECHOS.....	30
4.3.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES.....	32
4.3.3 EXCEPCIONES.....	32
4.4 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES .....	41
4.4.1 ACERCA DE LOS HECHOS.....	41
4.4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES.....	49
4.4.3 EXCEPCIONES.....	49
4.4.4 RAZONES DE LA DEFENSA .....	53
4.5 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA .....	68
4.5.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES .....	68
4.5.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES.....	71
4.5.3 EXCEPCIONES.....	71
4.5.6 RAZONES DE LA DEFENSA .....	78
4.6 U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES .....	90
4.6.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES .....	90
4.6.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES.....	90
4.6.3 EXCEPCIONES.....	90
4.7 NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN .....	91
4.8 AGENTE INTERVENTOR DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN .....	91
4.8.1 ACERCA DE LOS HECHOS.....	91
4.8.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES.....	92
4.8.3 EXCEPCIONES PREVIAS.....	92
4.8.4 EXCEPCIONES DE MÉRITO.....	95
4.8.5 RAZONES DE LA DEFENSA .....	97
5. TRÁMITE.....	99
6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	99
6.1 PARTE DEMANDANTE.....	99
6.2 NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.....	99
6.3 NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO .....	105
6.3 NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO .....	108
6.4 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES .....	110
6.5 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.....	114
6.6 U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES .....	115
6.7 NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN .....	116
6.8 AGENTE INTERVENTOR DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN.....	119
7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	119



8. CONSIDERACIONES .....	119
8.1 EXCEPCIONES .....	119
8.2 TESIS DE LAS PARTES .....	129
8.3 PROBLEMA JURÍDICO .....	129
8.4 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO .....	130
8.5 EL CASO CONCRETO .....	135
8.6 ARCHIVO .....	135
9. DECISIÓN .....	135

## 1. ANTECEDENTES

Agotadas las etapas propias del proceso declarativo ordinario, pasa a proferirse sentencia dentro del presente asunto.

## 2. PARTES

Son partes dentro del proceso las siguientes:

### 2.1 PARTE DEMANDANTE

Corresponde a la ciudadana DORIS VICTORIA CORAL BURBANO, identificada con la C.C. 34.989.616, quien actúa mediante apoderado.

### 2.2 PARTE DEMANDADA

La demanda fue admitida contra las siguientes autoridades y personas:

- Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República
- Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público
- Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
- Superintendencia de Sociedades
- Superintendencia Financiera
- U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
- Nación – Fiscalía General de la Nación
- Agente Interventor DMG Grupo Holding S.A. en Liquidación

### 2.3 AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el momento del fallo la Agencia del Ministerio Público corresponde a la Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá.

## 3. LA DEMANDA

Los elementos esenciales de la demanda y de su reforma se resumen a continuación:



### 3.1 HECHOS RELEVANTES

Los hechos se resumen conforme los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

#### 3.1.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO

Relata la accionante que, en virtud de la intervención de las autoridades, el contrato que había celebrado con DMG resultó incumplido, acuerdo de voluntades en virtud del cual habría sido devuelto su capital más el rendimiento al vencimiento del plazo pactado.

Este incumplimiento derivó en la pérdida de sus recursos, a pesar de que, en virtud del principio de confianza legítima, las autoridades habían permitido el funcionamiento de la mencionada organización.

#### 3.1.2 EL DAÑO

El daño sufrido por la demandante corresponde a las modalidades de daño emergente y lucro cesante, consistente en la pérdida del dinero entregado a DMG Grupo Holding S.A., y su rendimiento, que se derivarían de la contratación de la compra de tarjeta para publicidad conforme al siguiente cuadro:

Fecha del contrato	Vencimiento del contrato	Porcentaje reconocido	Inversión
2008/04/30	2008/11/30	100%	\$44.000.000
2008/07/01	2009/01/28	100%	\$6.000.000
Total			\$50.000.000

El rendimiento originado en el contrato celebrado por la accionante con DMG GRUPO HOLDING S.A., atendiendo al porcentaje acordado es el siguiente:

Fecha del contrato	Vencimiento del contrato	Porcentaje reconocido	Valor consignado Daño emergente	Valor a recaudar por porcentaje Lucro cesante	Total
2008/04/30	2008/11/28	100%	\$44.000.000	\$44.000.000	\$88.000.000
2008/07/01	2009/01/28	100%	\$6.000.000	\$6.000.000	\$12.000.000
				Total	\$100.000.000

La interventora designada por el Estado, entregó a la afectada la suma de \$275.000 como abono a la devolución.

El perjuicio sufrido por la accionante se ve agravado en virtud de que se trata de una cabeza de familia, que solamente cuenta con sus ingresos laborales, viéndose en la necesidad de adquirir créditos ante la intervención estatal de la empresa DMG GRUPO HOLDING S.A., pues ello derivó en su iliquidez.

La gravedad de la situación financiera de la accionante, fue la causa de sufrimiento y angustia, debiendo destacarse que los contratos que con anterioridad la accionante había celebrado con DMG fueron cumplidos por esta a cabalidad.

Además, incurre en error la agente interventora en tanto en Decisión 06 del 6 de marzo de 2009 indica que descontará los dineros que la accionante recibió en virtud de contratos anteriores y ya ejecutados, quedando un saldo a favor de \$43.147.667, pues los contratos



vigentes al momento de la intervención no se habían vencido, por lo que el capital debe conservarse en su totalidad, siendo posible solamente descontar las compras efectuadas, tal como lo prevé el Artículo 1602 del Código Civil.

### 3.1.3 LA FALLA DEL SERVICIO

Señala la accionante que la Constitución Política de 1991 en su Título XIII se refiere a la intervención estatal en la economía, definiendo además que el sector financiero debe estar debidamente regulado, correspondiendo a las autoridades el control de la organización del sistema financiero y societario.

Este control, se desarrolla por medio de la Superintendencia Financiera de Colombia, tal como lo prevé el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, siendo la competente para vigilar a todas aquellas personas naturales y jurídicas que captan dinero del público, debiendo verificar si cumplen con los requisitos previstos en la ley y en los estatutos respectivos.

El ejercicio del control se realiza en forma preventiva a través de las visitas de control a quien ejerce la práctica regulada sin estar debidamente inscrito, y además a través de la modalidad de seguimiento a quien está debidamente inscrito. La tercera forma de control se desarrolla a través de la función sancionatoria, teniéndose entonces que se trata de una función de policía administrativa.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 5 de marzo 2008 se pronuncia<sup>1</sup> sobre la función del legislador en materia de regulación financiera así:

*"...expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia" (art. 150.8), tanto sobre las personas que realizan actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, como sobre las sociedades mercantiles (art. 189.24 y 25). Desde el punto de vista orgánico, las superintendencias son organismos administrativos cuya creación también reserva la Carta al legislador (art. 150. 7). Aquellas con personería jurídica, como es el caso de la Financiera por disposición de la Ley 510 de 1999, art. 35 - art. 325.11 E.O.S.F. - y de la de Industria y Comercio por reciente decisión contenida en el artículo 712 de la ley 1151 de 2007, forman parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del orden nacional (Ley 489 de 1998, art. 38.2.c) y están definidas como entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, "las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos" (Ley 489, art. 82), de manera que desde esta perspectiva también ha de estarse a la ley que regule el complejo funcional de cada entidad'.*

Respecto de la Superintendencia Financiera de Colombia, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la define como un organismo a través del cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre quienes realicen actividad financiera, bursátil y aseguradora.

A la mencionada autoridad, el Decreto 4327 de 2005 le otorga competencia para: *"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*

<sup>1</sup> Radicado 11001-03-06-000-2008-00007-00



*particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general."*

Resulta evidente que el Constituyente partió de un criterio material u objetivo para calificar la actividad financiera, bursátil y aseguradora como de interés público y por ende como control por parte de las autoridades de policía administrativa.

El Artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero enuncia como entidades sujetas a inspección y vigilancia a cargo de la Superintendencia Financiera<sup>2</sup> las siguientes:

*"a) Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 268 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S. A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros: (...)*

*(...)*

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

*(...)"*

De esta disposición se desprende la competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia para ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre los establecimientos que desarrollan actividades restrictivas mercantiles. Un ejemplo de ello corresponde al Decreto 1400 de 2005, por el cual el Gobierno Nacional sometió a inspección, vigilancia y control el desarrollo de una actividad que antes no lo estaba (entidades administradoras de sistemas de bajo valor). Se tiene entonces que existen prácticas comerciales de naturaleza restrictiva y otras que no lo son, a las primeras, que deben ser identificadas por el legislador, corresponde al Gobierno Nacional la inspección, vigilancia y control. Respecto de las demás el control es laxo y corresponde a otras instancias gubernamentales.

La tesis de la parte actora se sostiene en el entendido que el desarrollo de una función de inspección, control y vigilancia por parte de las autoridades, genera en el público una confianza legítima respecto del desarrollo de tal actividad, lo que en el presente caso se materializa dado que DMG GRUPO HOLDING S.A. realizaba su actividad bajo el imperio de la ley y vigilancia del Estado.

Tales actuaciones, se adelantan bajo la inmediata dirección y responsabilidad de los superintendentes financiero y de sociedades, quienes en el organigrama de la Administración, son subordinados del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Presidente de la República, siendo entonces estas autoridades responsables igualmente.

Respecto de la Fiscalía General de la Nación, se indica que omitió el deber de adelantar las investigaciones por el presunto delito de captación masiva e ilegal de dineros del público y lavado de activos endilgada a DAVID MURCIA, como propietario de la empresa DMG

<sup>2</sup> Mediante el Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005, la Superintendencia Bancaria se fusionó con la de Valores y pasó a llamarse Superintendencia Financiera de Colombia.



HOLDING S.A., debiendo impedir la generación de lesiones pecuniarias y morales a quienes confían en las gestiones de las autoridades.

Resulta distorsionada la lógica aplicada por el Gobierno Nacional al caso concreto, pues si la captadora desde tiempo atrás desarrolló su actividad sin estar autorizada para el efecto, no es consecuente que solamente bajo el impulso de los decretos extraordinarios de estado de excepción, es que la Fiscalía haya iniciado las investigaciones para la imposición de sanciones de orden penal, con lo que se evidencia un actuar obviamente tardío.

El Estado Colombiano permitió que DMG Grupo Holding S.A. abriera oficinas al público, su registro en Cámara de Comercio previo lleno de los requisitos legales, siendo además sujeto de visitas y control por parte de las autoridades con poder de policía administrativa, incluso dentro del marco ordinario de sus actividades. Además, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales le autorizó como autorretenedor de impuestos, de manera que legitimó la conducta de este particular, dando lugar a la confianza legítima del público, que acudía a los establecimientos a suscribir el contrato de servicios de activación de marca (publicitario) y promotor de marca personalizada, que DMG Grupo Holding S.A. exigía a cada uno de los contratistas el aporte del Registro Único Tributario, con el fin de precaver que sus clientes estuvieran sometidos al imperio del Estado así como el origen de los recursos percibidos.

Además, las autoridades tenían que conocer la actividad mercantil ilícita desarrollada por DMG en tanto esta no se adelantó de manera oculta, sino a través de publicidad en los medios masivos de comunicación, de manera que para el público, tal actividad se percibía como autorizada, lo cual hizo que un significativo número de personas se acercara a suscribir contratos con la captadora, para que luego de varios años el Gobierno Nacional decidiera declarar el estado de excepción al declarar la actividad como ilícita de manera abrupta, dando al traste con la confianza legítima que se había generado.

Al ser expedidos los decretos que facilitaron la intervención y la declaratoria de ilicitud en el desarrollo del objeto social, al catalogar a DMG GRUPO HOLDING S.A. como ente comercial que desarrolló actividad de naturaleza restringida sin estar debidamente inscrita (captación masiva de recursos económicos), por cuanto, como es conocido, el listado de actividades restrictivas sometidas a control del gobierno debe ser fijado por el legislador, no por el gobierno, correspondiendo a este solamente regular la forma del ejercicio de la inspección, vigilancia y control. En otros términos, el Estado lavó de manera inusual su falta de actuación a la luz de los decretos de estado de excepción.

La captadora operaba de la siguiente manera: Se suscribía un contrato con la empresa DMG GRUPO HOLDING S.A., aportando un valor determinado como garantía de sus servicios como activador de marcas y promotor de publicidad personalizada, valor que se activaba conforme el plan de mercadotecnia que la empresa tuviere para la fecha de suscripción del contrato sujeto a un plazo, lo cual reflejaba ganancias según el porcentaje previsto por aquella. Vencido el plazo, se hacía entrega tanto de la inversión como de la rentabilidad, que fluctuaba según los ingresos y la región. Esto no es definido por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como una modalidad de captación ilegal de recursos del público.

El Estado Colombiano procedió a declarar el estado de emergencia social mediante el Decreto 4344 (sic) del 16 de noviembre de 2008, señalando como objetivo el prevenir una posible estafa a los clientes de DMG Holding S.A., sin que existiera una sola denuncia por incumplimiento de las obligaciones contraídas por esta sociedad. Se produjo entonces una evidente extralimitación de funciones, pues se apartó de

Bajo el amparo de DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL, situación excepcional declarada mediante el Decreto 4344 del 16 de noviembre de 2008, el Estado Colombiano declara de manera poco ortodoxa y responsable un estado de emergencia



social, únicamente para prevenir o evitar una "posible estafa" a los clientes de DMG HOLDING S.A., sin que existiera una sola denuncia por incumplimiento de sus obligaciones. Ello no es más que un actuar desproporcionado con evidente extralimitación, no solo de las funciones propias constitucionales entregadas al Ejecutivo Nacional, sino apartándose de la finalidad de los estados de excepción, los cuales han sido ampliamente demarcados por la jurisprudencia de las altas cortes. Es oportuno señalar que la Constitución Política prevé tres estados de excepción a saber: guerra exterior, conmoción interna y emergencia, durante los cuales no se suspende el impero de la Constitución Política y de la Ley, conservando el congreso sus atributos. Lo que busca la declaratoria es volver al estado de normalidad y en este caso el Estado hizo uso del estado de excepción para prevenir una posible anormalidad, nunca para conjurar una anormalidad cierta, lo que evidentemente contradice la naturaleza de acudir a esta vía excepcional y hace inexistente la causa habilitante para tal declaratoria, requisito obligado para que pueda hacerse.

La Fiscalía General de la Nación y la Administración dentro del proceso penal seguido al propietario de la empresa DMG GRUPO HOLDING S.A., hicieron caso omiso del principio de oportunidad, igualmente reglado en el Código de Procedimiento Penal y autorizado por la misma declaración de emergencia económica, al no atender las múltiples solicitudes del señor DAVID MURCIA GUZMÁN, para cancelar a cada uno de los contratantes los valores que habían depositado o invertido hasta la fecha de intervención.

#### 3.1.4 CONSTITUTIVOS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La conducta imputable a los demandados fue la causa única y determinante del daño sufrido por la demandante, como consecuencia de la extralimitación en el ejercicio de funciones y deficiencia en el ejercicio de actividad de control, por parte del Estado, pues la actividad financiera o cualquier otra donde se manejen, aprovechen o se inviertan recursos económicos de particulares son de interés público, y solamente pueden ser ejercidas previa autorización del Estado (actividad de naturaleza restrictiva), actividad que durante años nunca fue imputable al grupo DMG, empresa que ejerció su objeto social bajo el imperio y el ojo avizor del Estado y de sus diversos órganos y entes de control.

El daño antijurídico además deviene de la Declaratoria del Estado de Emergencia Social mediante el Decreto 4333 y la abrupta intervención de la empresa DMG HOLDING S.A. el 17 de noviembre de 2008, decretos que fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional.

El análisis de las sentencias C-145, C-224, C-225, C-226 y C-254 de 2009 (la última de las cuales declaró la inexequibilidad del Decreto Legislativo 4704 de 2008, mediante el cual se prorrogaba el estado de emergencia social) demuestra que la intervención que produjo el perjuicio a la demandante no tuvo sustento legal ni fáctico, pues carece de causa habilitante.

El señor DAVID MURCIA GUZMÁN, en su calidad de representante legal del Grupo DMG, durante el juicio penal seguido en su contra, tal como lo reportaron los medios de comunicación, solicitó en innumerables ocasiones la aplicación del principio de oportunidad, permitiendo cancelar las inversiones que los particulares hubiesen realizado en su empresa, tal como ocurrió en el año 2007 cuando por orden de la Superintendencia Financiera devolvió más de \$18.000 millones de pesos, peticiones que fueron rechazadas, pese a que ello fue autorizado en el Parágrafo del Artículo 2º del Decreto 4336 de 2008, emanado como consecuencia de la declaratoria de emergencia del Decreto 4333.

#### 3.2 PRETENSIONES

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:





"1.1 Declárese que la NACIÓN COLOMBIANA — MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO - SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - SUPERINTENDENCIA FINANCIERA - DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - AGENTE INTERVENTORA DE DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN, son responsables administrativa y extracontractualmente, por el daño antijurídico causado a la demandante DORIS VICTORIA CORAL BURBANO, y perjuicios que por este se irrigan, causados y derivados por la extralimitación en el ejercicio de actividad estatal, consistente en la adopción de medida de intervención respecto a la sociedad comercial DMG GRUPO HOLDING S.A, así como declarar al margen de la ley el desarrollo de su objeto social; e igual por omisión en la prestación de servicio, por haber adoptado las medidas de intervención de manera tardía, si estas medidas tuvieron asidero jurídico, en virtud de detentar por mandato de ley la posibilidad de intervenir y hacer cesar el ejercicio de actividad que fuera contrario a derecho, sin que lo hubiere realizado, durante un lapso de tiempo muy considerable conociendo de la existencia de la sociedad comercial citada como del objeto social que la misma desarrollaba. Pero pese a poseer la titularidad del ejercicio de tal control, no desarrolló tal facultad de estirpe constitucional y legal, permitiendo en consecuencia que mi poderdante, al igual que miles de ciudadanos a lo largo y ancho del país, bajo principio de confianza legítima que se deposita en virtud de contrato social que se realiza entre los administrados y quien en su nombre los administra, y quienes conociendo que la sociedad comercial DMG GRUPO HOLDING S.A, estaba registrada, contaba con establecimientos de comercio abiertos al público, había tramitado y obtenido aval del Estado para ser gran retenedora de impuestos y había en reiteradas oportunidades ser sujeta de actividad de control e inspección, suscribieron con la sociedad comercial contrato de compra de servicios, para que luego de manera que no se duda en calificar de intempestiva y arbitraria, clasificar la actividad de la sociedad comercial DMG GRUPO HOLDING S.A como al margen de la ley, desarrollando actividad de captación ilegal de dinero y decidir la intervención en forma tardía, medidas gubernamentales fundadas y bajo el amparo en DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL, situación excepcional declarada con la expedición del Decreto 4344 de noviembre 16 de 2008.

1.2 Condénese a la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO - SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - SUPERINTENDENCIA FINANCIERA - DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - AGENTE INTERVENTORA DE DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a la demandante, por concepto de perjuicios materiales, el valor o valores que a continuación se indican debidamente indexado desde la fecha de la inversión - daño emergente - y la fecha del recaudo del valor contratado - lucro cesante - a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso, junto con los intereses comerciales que se causen durante los seis meses siguientes a dicha ejecutoria y los moratorios que se originen después de este término.

Fecha del contrato	Vencimiento del contrato	Porcentaje reconocido	Valor consignado Daño emergente	Valor a recaudar por porcentaje Lucro cesante	Total
30 de abril de 2008	28 de noviembre de 2008	100%	\$44.000.000	\$44.000.000	\$88.000.000
1 de julio de 2008	28 de enero de 2009	100%	6.000.000	6.000.000	12.000.000
TOTAL					100.000.000



*1.3 Condénese a la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO - SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - SUPERINTENDENCIA FINANCIERA - DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - AGENTE INTERVENTORA DE DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN - a pagar a la demandante, por concepto de perjuicios morales subjetivos, 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, junto con los intereses comerciales que se causen durante los seis meses siguientes a dicha ejecutoria y los moratorios que se originen después de este término.*

*1.4 Condénese a los demandados a pagar a la demandante el Perjuicio causado como daño en la Vida en Relación, 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, junto con los intereses comerciales que se causen durante los seis meses siguientes a dicha ejecutoria y los moratorios que se originen después de este término.*

*1.5. Condénese a los demandados a pagar a favor de la demandante, las costas judiciales a que se causan, así como las Agencias en Derecho, reconocimiento que se hace a título de daño material, conforme contrato de prestación de servicios adjunto a la demanda.*

*1.6 ORDÉNESE a los accionados, cumplir la sentencia en la forma prevista en los Artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo."*

#### 4. LA DEFENSA

Los demandados se pronunciaron de la siguiente forma:

##### 4.1 NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Descorre el traslado mediante el escrito que corre a folios 168 y siguientes del expediente.

##### 4.1.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

Tiene como ciertos los relativos a la normatividad que establece la intervención del Estado en la economía y en el sector financiero, así como los parámetros definidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y la supervisión, vigilancia y control de la actividad financiera.

En cuanto al objeto de la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., remite a lo consignado en los certificados de existencia y representación expedidos por la Cámara de Comercio.

No es cierto que las autoridades hayan permitido, consentido y legitimado a DMG Grupo Holding S.A. para captar recursos del público, sin que además se aporte algún medio de prueba idóneo que sustente esta afirmación.

Se agrega que en tanto la accionante voluntariamente participó en un negocio simulado, no está en capacidad de explicar y definir alguna participación o intervención del Estado, sin que se le pueda exigir a las autoridades ser garantes de la desidia de la demandante, quien ni siquiera refiere haber consultado las actividades mercantiles de la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.



No son ciertos los comentarios sobre la declaratoria de emergencia social declarada por el Gobierno Nacional en tanto no son consecuentes con la realidad de lo acontecido para la época de los hechos ni con el marco constitucional bajo cuyo amparo se expidió el paquete normativo aludido ni referencian la finalidad y sentido de la medida de excepción, bajo el entendido de que no fue en virtud del Decreto 4344 del 16 de noviembre de 2008 (sic) que se declaró el estado de emergencia social ni tampoco es cierto que a través de dicho decreto se procurara evitar una posible estafa a los clientes de DMG Grupo Holding S.A.

Se advierte que la declaratoria de emergencia social contenida en el Decreto 4333 de 2008 se sustentó en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en su motivación, norma que superó el examen de constitucionalidad tal como consta en la Sentencia C-135 de 2009 de la Corte Constitucional.

No le corresponde a este demandado pronunciarse sobre las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación en el curso del proceso adelantado contra DAVID MURCIA GUZMÁN en tanto es ajeno a su competencia.

Respecto del daño, indica este demandado que la accionante no ha demostrado cuál es el origen del capital que dice haber entregado a la captadora ni la forma y modalidad contractual bajo al cual dejó allí su dinero, ni los términos de la reclamación administrativa que pudo cursar ante la Agente Interventora de esta captadora en el marco del Decreto 4334 de 2008, actuaciones en las que este demandado no tuvo injerencia.

Respecto del nexo causal, la Presidencia de la República indica que tales hechos no son ciertos, pues corresponden a argumentos con los que se intenta justificar sin respaldo probatorio la causa del daño.

Ha sido la misma demandante quien reconoce que hizo voluntariamente la entrega de su dinero a la captadora mediante un esquema contractual simulado, siendo entonces responsables del resultado los extremos contractuales de aquella tratativa.

Se reitera que los decretos expedidos por el Gobierno Nacional superaron el examen de constitucionalidad, al tiempo que la Presidencia de la República carece de competencia para inmiscuirse en las decisiones de las autoridades judiciales dentro del curso del proceso penal que se adelanta contra DAVID MURCIA.

#### 4.1.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este demandado se opone expresamente a las pretensiones de la demanda.

#### 4.1.3 EXCEPCIONES

Como excepciones este demandado propuso las siguientes:

- a. **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA:** Conforme al marco legal que regula sus funciones, no tiene competencia para la vigilancia de la actividad mercantil ni de sociedades como DMG GRUPO HOLDING S.A., al tiempo que tampoco está autorizada para interferir las relaciones contractuales privadas que los particulares lleguen a pactar, más aún cuando aquellas se ocultaron bajo simulados y novedosos esquemas como la venta de tarjetas prepago.

Las funciones del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República están previstas en el entonces vigente Decreto 4657 de 2006, sin que entre ellas se incluya alguna que legalmente le implique responder por los hipotéticos daños alegados tras la



frustración del negocio simulado acordado con DMG, con el fin de ocultar a cualquier control legal la captación de recursos que bajo este esquema se fraguó.

A tenor del Artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, resulta claro que no procede la vinculación de este demandado en tanto dentro del giro ordinario de sus funciones no está la de vigilar ni controlar las actividades económicas que registren las sociedades privadas, ni las que en su momento reportó y ejecutó DMG, ni está legalmente autorizado para intervenir o interferir las relaciones contractuales privadas que pudo pactar con terceros y menos bajo aparentes esquemas contractuales como los de:

- i. Servicios de activación de marca
- ii. Promotor de publicidad personalizada
- iii. Venta de tarjetas prepago

Con estos esquemas se ocultó la captación de recursos, a lo que se suma que tampoco hizo gobierno frente a la expedición de los Decretos 4333 y 4334 del 17 de noviembre de 2008.

Por ende, este demandado no puede ser el responsable del perjuicio alegado por la demandante, el cual deriva del riesgo inherente a los negocios en los que decidió participar para ocultar a cualquier control legal la captación de recursos que subyacía a estas tratativas aparentes acordadas con DMG, de forma que al carecer este demandado de competencia constitucional y legal frente a los presuntos hechos generadores del daño alegado, la inexistencia de interés y legitimación en la causa por pasiva, presupuesto llamado a la prosperidad, atendida la regla prevista en el Artículo 121 de la Constitución Política.

Además, y como uno de los presupuestos bajo los cuales la demandante edifica su censura para trasladar responsabilidad patrimonial en las entidades públicas demandadas, deriva de la declaratoria de emergencia social ordenada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4333 de 2008, así como de las medidas administrativas dispuestas en este marco para conjurar la crisis generada por la proliferación de la captación ilegal de dineros del público. Los correspondientes decretos superaron el control automático de constitucionalidad, tal como se desprende de la simple lectura de las sentencias C-135 y C-145 de la Corte Constitucional, prevaleciendo el principio de cosa juzgada constitucional frente a cualquier discusión que se suscite al margen de los razonamientos y decisión adoptadas por el máximo tribunal de lo constitucional.

Se insiste en que, si de responsabilidad por el daño alegado se trata, la misma corresponde a las partes que prestaron su consentimiento para la ejecución de las modalidades contractuales empleadas para simular la captación ilegal de dineros del público, negocios en los que la accionante en forma consciente y libre decidió participar.

- b. **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS Y EN ESPECIAL DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA FRENTE A LAS PRETENSIONES INVOCADAS:** Las autoridades fueron diligentes en el cumplimiento de sus funciones frente al fenómeno de captación de recursos del público sin autorización legal, atendiendo el marco legal vigente con anterioridad a la declaratoria de emergencia social decretada mediante el Decreto 4333 de 2008.

Contrariamente a lo afirmado en la demanda, el Gobierno Nacional sí tomó las medidas necesarias y oportunas para superar los efectos adversos derivados de las actividades de captación de recursos del público sin autorización legal que personas tanto naturales



como jurídicas llegaron a ejecutar con la participación de algunos ciudadanos que se dejaron llevar por la expectativa de prontos y jugosos rendimientos.

En efecto, el Gobierno Nacional, a través de las diferentes autoridades, estuvo comprometido a ejecutar las acciones y herramientas que en el marco legal vigente para la época le permitían (anterior a la declaratoria del estado de emergencia social y dispuesto a través del Decreto 4333 de 2008), con miras a salvaguardar y proteger los derechos de los ciudadanos, implementando las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público y el armónico desenvolvimiento de la comunidad.

Debe tenerse en cuenta que el Artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, sin que puedan exigirse permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

Teniendo en cuenta la función social de esta clase de prerrogativas en nuestro ordenamiento jurídico, el Constituyente establece la intervención excepcional en la economía por parte del Estado, bajo una serie de supuestos expresamente previstos constitucionalmente para la garantía del interés general, la promoción de la justa y equitativa distribución de oportunidades y beneficios, propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, así como la protección de bienes y servicios de especial importancia para la comunidad (Artículo 334 de la Constitución Política).

En consecuencia, desde finales de 2005, la Superintendencia Financiera inicia una serie de investigaciones administrativas tendientes a verificar la naturaleza de las actividades de una serie de personas jurídicas y naturales a fin de sopesar el desarrollo de sus actividades y determinar si encuadran en los criterios expresamente señalados en el Decreto 3227 de 1982, modificado por el Artículo 1 del Decreto 1981 de 1998. En desarrollo de lo anterior y ante la presencia de situaciones de ejercicio irregular de la actividad financiera, este ente de control da inicio a las investigaciones del caso, ordenando la práctica de visitas y de pruebas, adoptando las medidas preventivas cuando a ello hubo lugar.

Si bien en principio la aplicación de las normas previstas para esta clase de actividades pueden resultar apropiadas y suficientes para el control y protección tanto del sistema financiero como de sus usuarios, con el tiempo se fue advirtiendo la dificultad para identificar las actividades relacionadas con la captación no autorizada de recursos del público, derivada principalmente de un proceso de sofisticación que se fue presentando de forma paulatina y cuyo principal objetivo fue burlar los criterios normativos previstos para la configuración de esta clase de actividades, evadiendo así las consecuencias legales que de su ejecución se puedan derivar.

Este proceso de sofisticación se tradujo en una serie de actividades de ocultamiento entre las que se destacan:

- Sofisticación de tipo legal: Mediante la implementación de diferentes figuras contractuales mediante las cuales los captadores daban apariencia de legalidad a sus operaciones, de forma que quedara plenamente cubierta y justificada la naturaleza ilegal de sus operaciones. El sinnúmero de formas contractuales constituía una ficción jurídica y económica del negocio que pretendían mostrar al público.
- Sofisticación tecnológica: Se estableció una estructura tecnológica de encubrimiento de las operaciones contables realizadas, cuya manipulación permitía disfrazar las realidades económicas de la persona jurídica así como las actividades efectivamente desarrolladas, situación que impedía determinar si se



estaba o no en presencia de actos de captación no autorizada de recursos del público.

- Modus operandi: Los captadores se ubicaban estratégicamente en diferentes puntos del país, durante un corto lapso captaban recursos sin dejar evidencia de bases de datos consolidadas que permitieran comprobar los supuestos de captación.

Estas circunstancias truncaron seriamente las actividades de seguimiento y control, dada la particular dificultad que entrañaba la demostración de los esquemas implementados, pues realmente encubrían la actividad de captación, realizada sin previa autorización del ente estatal competente.

Tal y como se justificó ante la Corte Constitucional durante el control de constitucionalidad al Decreto 4333 de 2008, si bien las actividades de los captadores estaban ocultas, no significaba ello que el Estado pudiera imponer sanciones ante meras apariencias, renunciando al fundamento legal y fáctico que le permitiera sustentar la medida a adoptar.

Se tiene que dentro del marco legal vigente antes de la declaratoria de emergencia social, las investigaciones realizadas por las Superintendencia Financiera, tuvieron como fin determinar si existían causales suficientes para tomar medidas administrativas, pero solamente una vez estuviesen suficientemente demostrados los supuestos de captación masiva y habitual de dineros del público, pues de actuar son contar con los fundamentos necesarios y suficientes para hacer uso de las potestades sancionatorias de la Administración, habría sido un ejercicio ilegal y arbitrario de las facultades asignadas al Gobierno Nacional, afectando en mayor medida la seguridad jurídica de los ciudadanos y provocando la afectación del orden público.

A pesar de la dificultad de las investigaciones, a Superintendencia Financiera realizó de forma oportuna, cumplida y consistente, las pesquisas necesarias para identificar las situaciones de captación de recursos del público, haciendo un esfuerzo para evitar que el público hiciera entrega de sus dineros bajo la promesa de la devolución de los mismos más una considerable suma por concepto de intereses, para lo cual se hicieron una serie de publicaciones en medios de amplia circulación nacional.

Queda ilustrado que, con anterioridad a la declaratoria de emergencia económica, las autoridades no se limitaron a adoptar las medidas existentes en el ordenamiento vigente, sino que ejecutaron acciones tendientes a poner en evidencia la existencia del fenómeno.

No puede desconocerse que la sofisticación de los mecanismos de captación hizo que proliferara esta clase de actividades en todo el territorio nacional, dada además la anuencia del público que, bajo la expectativa de obtener elevados rendimientos, optó por guardar silencio. Esta proliferación, determinó la insuficiencia de una serie de mecanismos que aunque en principio podían ser adecuados, para 2008 resultaron exiguos considerada la magnitud del fenómeno a nivel nacional, ante los incumplimientos de los captadores respecto de sus promesas, lo que generó malestar en la comunidad y alteración del orden público, amenazando la seguridad del país y la estabilidad del sistema financiero.

La adopción de medidas por parte de las autoridades denota la inexistencia de responsabilidad estatal, respecto de la debacle generada por estas organizaciones cuando sus esquemas hicieron crisis.



Resulta ilustrativa la sentencia absolutoria del 9 de diciembre de 2011 proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa<sup>3</sup>, dentro del proceso adelantado contra algunos servidores de la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde el juzgador disciplinario concluyó que la conducta adoptada por los investigados para reprimir y frenar la captación masiva y habitual de dineros del público no derivó en responsabilidad para alguno de los investigados.

La adopción del Estado de Emergencia Social y Económica mediante el Decreto 4333 de 2008, tuvo por objetivo procurar las herramientas jurídicas necesarias para la intervención de los sofisticados esquemas de captación y dar atención a la situación de orden público. A su vez, el Decreto 4334 establece el proceso de intervención y toma de posesión para la devolución de los bienes a los afectados, procedimiento de carácter jurisdiccional y con efectos erga omnes, a cargo de la Superintendencia de Sociedades, mediante un trámite rápido y expedito, tendiente a garantizar la incautación de los bienes de los captadores de dinero.

Contrario a lo planteado en la demanda, queda demostrado que el Gobierno Nacional sí fue diligente al tomar las medidas preventivas para combatir la captación ilícita de dineros del público, desde antes de la expedición del Decreto 4333 de 2008, medidas que fueron adoptadas de forma oportuna y eficaz, sin causar daño directo o indirecto a la demandante, en la medida en que la responsabilidad compete a los extremos contractuales.

La crisis social que generó el colapso masivo de las pirámides y la insuficiencia de las medidas ordinarias vigentes obligó al Gobierno Nacional a declarar el estado de emergencia social, con fundamento en el cual se expidió una nueva reglamentación tendiente a detener la captación masiva ilícita, origen de la crisis social, así como sancionar de forma efectiva a los responsables causantes de los perjuicios con la actividad ilegal, de forma que el descalabro financiero del que habría sido víctima la accionante, no fue el resultado de la falta de control de las entidades demandadas, sino de las argucias de los captadores ilegales y del silencio de quienes contrataban con ellos, entregando sus dineros de forma imprudente arriesgando su capital con la expectativa de obtener rendimientos exorbitantes en muy corto tiempo.

Tampoco es admisible la tesis de la confianza legítima que en los usuarios de las captadoras podría haberse generado, bajo el argumento de una supuesta tolerancia a las actividades de estas, pues se estaría desconociendo la forma y condiciones bajo las cuales el principio de confianza legítima ha sido estructurado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en modo alguno se predica del riesgo inminente y previsible propio de las relaciones contractuales ocultas al control legal.

A manera de ilustración y sobre la inexistencia de los supuestos que estructuran el principio de confianza legítima, proceden las siguientes precisiones:

- El hecho de que las captadoras ilegales ofrecieran jugosos intereses es un aspecto que llama la atención, pues estaban más allá de toda razonabilidad financiera, siendo exigible al demandante tomar las mínimas medidas de prevención, máxime cuando como él mismo lo reconoce, se acudió a esquemas contractuales simulados para ocultar la captación, bajo el entendido que lo esperado no eran bienes ni servicios, sino la redención del capital entregado en proporción del 100% en breve lapso, tal como se reconoce en la demanda. No puede el Estado entrometerse en la órbita de lo privado para instruir a cada uno de los ciudadanos sobre los efectos de la forma en que decidan la disposición de

<sup>3</sup> Radicado IUC-D-2010-878-300816 (IUS-2009-292417)



sus bienes, más aún cuando los efectos de aquellas tratativas contractuales solamente vinculan y afectan a sus partes.

- El ordenamiento legal, entre el que se encuentra el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en forma expresa y taxativa ha establecido cuáles instituciones están autorizadas para captar dineros del público y cuáles requisitos previos deben cumplir, al punto que el legislador elevó la conducta de captación de recursos del público sin autorización legal a la categoría de delito.
- Sin perjuicio de la responsabilidad que pueda atribuirse a la captadora, es responsable de lo ocurrido la propia víctima que hizo entrega de su dinero sin tener en cuenta el más mínimo deber de cuidado y pese a las advertencias de las autoridades.
- Respecto del eventual descalabro financiero del que pudo ser víctima la demandante, este no obedeció a la falta de control por parte de las autoridades sobre las actividades de captación de recursos del público sino de la conjugación de las siguientes situaciones:
  - i. Las argucias de las captadoras para realizar este tipo de operaciones
  - ii. Camaradería para con ellas por parte de los inversionistas, entre los que se encuentra la demandante, quien de forma voluntaria arriesgó su capital en varias ocasiones en el esquema mimetizado de negocio, de forma que no puede venir a alegar su propia culpa a su favor

c. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD ENDILGADA AL ESTADO.

No existe relación de causalidad entre las funciones a cargo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la proliferación de captadoras ilegales y menos ante la declaratoria de emergencia social contenida en el Decreto 4334 de 2008 y respecto del paquete normativo que se expidió bajo ese contexto, de forma que no se le puede atribuir responsabilidad en los hechos que motivan la demanda.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad que se pretende declarar impone, de una parte, la demostración de la supuesta "conducta omisiva, permisiva y pasiva" de parte de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y de otra, que dicha omisión contemple los elementos que estructuran la responsabilidad en los términos del Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, teniendo esta carga probatoria la parte actora.

En el presente caso, la demandante se declare a la demandada responsable por supuestas acciones y omisiones de sus funciones y deficiente control de la actividad financiera no autorizada realizada por DMG Grupo Holding S.A., sumado a la presunta declaratoria de inconstitucionalidad de la emergencia social declarada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4333 de 2008 y la expedición del Decreto 4334 del mismo año que fijó el procedimiento de intervención administrativa de la captación ilegal de dineros, sin tener en cuenta que en ninguna de aquellas situaciones (administrativas y legislativas) participó o intervino este demandado, considerando las razones de hecho y de derecho que se han expuesto. Deben entonces desestimarse las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

- i. La declaratoria de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2008 no fue declarada inconstitucional como equivocada e infundadamente se afirma en la demanda.
- ii. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no tiene competencia para intervenir y sancionar actividades que impliquen la captación ilícita de recursos del público.





- iii. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no tiene competencia para hacer seguimiento a las actividades económicas que sociedades comerciales como DMG Grupo Holding S.A. pudieron registrar y ejecutar, ni interferir en las relaciones comerciales y contractuales que dichas sociedades pudieron pactar con terceros, más aún cuando la captación se ocultó de cualquier control legal mediante esquemas contractuales simulados tal como se reconoce en la demanda.
  - iv. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República está sujeto al marco legal que fija sus competencias y funciones.
  - v. La pérdida del capital entregado por la demandante a la captadora ilegal es inherente al riesgo por demás inminente y cierto de las modalidades contractuales simuladas a las que se prestó para ocultar la captación ilegal de recursos que en verdad se cernía sobre la operación, de forma que el perjuicio habría sido causado por su propia negligencia.
- d. HECHO DE UN TERCERO. El hecho generador del daño es atribuible exclusivamente a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., quien de forma irregular e ilegal captó recursos del público ofreciendo imposibles rendimientos bajo modalidades contractuales simuladas llamadas al fracaso en tanto no se contaba con alguna forma de respaldo ni autorización legal.

Debe tenerse en cuenta la garantía general de los acreedores que en los términos del Artículo 2488 del Código Civil opera sobre los bienes que integren el patrimonio de DMG Grupo Holding S.A., en el marco de la liquidación judicial prevista en la Ley 1116 de 1996 y tras el agotamiento del proceso de intervención regulado por el Decreto 3434 de 2008, corresponde esta responsabilidad a la sociedad captadora a la que la accionante entregó sus recursos.

- e. HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA O ACCIÓN A PROPIO RIESGO. La accionante reconoce en la demanda que tuvo conocimiento de las advertencias hechas por las autoridades respecto de las captadoras ilegales, a pesar de lo cual decide de forma autónoma y voluntaria hacer entrega de su capital a una de tales organizaciones.

#### 4.1.4 RAZONES DE LA DEFENSA

Las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad en tanto las autoridades actuaron conforme el ordenamiento jurídico, al tiempo que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no tuvo participación en los hechos que motivan el ejercicio de la acción.

- a. DE LOS LÍMITES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – INEXISTENCIA DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS PARA ENDILGAR RESPONSABILIDAD EN EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA POR LOS PRESUNTOS DAÑOS ALEGADOS POR LA PARTE ACTORA

El Artículo 121 de la Constitución Política limita el ejercicio de las funciones de las autoridades a aquellas que les han sido asignadas por el ordenamiento jurídico, de forma que la pretendida responsabilidad que la accionante pretende trasladar respecto de todas y cada una de las autoridades vinculadas a este proceso, tendrá que interpretarse conforme al Artículo 90 de la Constitución Política.

Si bien la accionante invoca razones para revestir de legalidad la simulada captación de dineros del público realizada por DMG Grupo Holding S.A., lo cierto es que ni el fundamento fáctico ni el normativo invocados denota relación de causalidad entre las funciones legalmente atribuidas al Departamento Administrativo de la Presidencia de la



República y la eventual pérdida del capital que la accionante de forma voluntaria arriesgó al participar en el negocio que ella misma reconoce se materializó bajo la aparente figura de los contratos como el de servicio de activador de marcas y promotor de publicidad personalizada o el de las tarjetas prepago, cuyo incentivo no fue el objeto obvio y connatural de cada negocio, sino el de percibir extraordinarios rendimientos en breve tiempo, lo cual no tiene precedente en la economía formal, entendido bajo el cual, las autoridades demandadas no son responsables de los daños alegados.

En este caso, pretende la accionante que las demandadas respondan junto con otras entidades por las presuntas acciones y omisiones en cumplimiento de sus funciones, por cuanto según su dicho:

- i. En forma concomitante y paralela hubo extralimitación de funciones y deficiencia en el ejercicio de la actividad de control sobre las actividades financieras y concretamente sobre la captación de recursos que llegó a ejecutar la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.
- ii. Porque la declaratoria de emergencia social dispuesta por el Gobierno Nacional a través el Decreto 4333 de noviembre 17 de 2008 (de la cual derivó la intervención administrativa de aquella captadora ilegal), resultó tardía e inconstitucional.

Se evidencia la ausencia de la relación de causalidad en tanto las autoridades fueron diligentes en las acciones emprendidas para reprimir las actividades irregulares e ilegales de captación de dineros del público, al punto que se llegó a advertir a la comunidad sobre el riesgo que representaba entregar estos dineros a organizaciones no autorizadas para captarlos, independientemente del esquema de negocio bajo el cual llegaron a simular la operación.

En la demanda incluso se reconoce que la Superintendencia Financiera de Colombia adoptó medidas cautelares mediante la Resolución 1634 de 2007, antes de la declaratoria de emergencia económica y social, lo cual desvirtúa la supuesta pasividad de las autoridades ante el fenómeno de la captación masiva e ilegal de recursos.

Queda descartada cualquier acusación de falla en el servicio estatal por omisión en el ejercicio de las facultades ordinarias de las autoridades estatales, policivas, locales, administrativas, fiscales o judiciales que tuvieran alguna injerencia en el control de la actividad de captación masiva de recursos del público sin autorización legal, y bajo ese entendido, no se dan los presupuestos de la responsabilidad. En efecto:

- i. No existió falla en el servicio, es decir, hecho alguno objeto de reproche atribuible a la demandada, cuyas funciones se sujetan a lo previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, en tanto no tenía alguna competencia en el tema objeto de debate, pues ello no corresponde a sus competencias.

Debe tenerse en cuenta que la Presidencia de la República es un departamento administrativo que forma parte del sector central de la Administración Pública del orden nacional, al que corresponde asistir al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa.

La parte actora entra en contradicción y errada interpretación en la descripción del deber constitucional y legal presuntamente omitido o tardíamente cumplido, entendido bajo el cual es dable afirmar la inexistencia de un hecho antijurídico imputable a esta autoridad.



En lo que tiene que ver con el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales declaró la emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2008 y fijó el procedimiento de intervención administrativa mediante el Decreto 4334 del mismo año, sin que sea este el escenario para la controversia de su validez y constitucionalidad, máxime cuando tales decretos superaron el examen de la Corte Constitucional como consta en las sentencias C-135 y C-145 de 2009.

El cargo formulado entonces deviene improcedente, pues el Primer Mandatario no es sujeto procesal en esta clase de acciones (según los términos del Artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, sin que se aporten elementos de juicio que respalden la afirmación alusiva a la falta a sus deberes constitucionales, máxime cuando la declaratoria referida, contrariamente a lo afirmado en la demanda, nunca fue declarada inconstitucional.

- ii. No existió el presunto daño o perjuicio que dice haber sufrido la demandante, pues la pérdida de su capital obedeció a su decisión voluntaria de entregarlo a la captadora ilegal, asumiendo de esta forma el riesgo derivado de su omisión en el deber de diligencia y cuidado en el manejo de sus negocios, a pesar de la advertencia de las autoridades.

Además, debe tenerse en cuenta que a la Presidencia de la República no le corresponde controlar ni las actividades económicas que reporten al momento de su constitución y/o en el registro mercantil sociedades con múltiple objeto social y mucho menos las actividades de captación de dineros del público bajo esquemas contractuales simulados.

Es decir, el daño producido obedece a la conducta de la demandante al decidir participar en el negocio simulado, siendo entonces obligado a reparar el daño quien lo causa, tal como lo prevé el Artículo 2341 del Código Civil, o a quien tenga a su cuidado el objeto causante del daño si se tratare de responsabilidad por el hecho de las cosas.

La Presidencia de la República no puede ser responsable en tanto ni siquiera tiene a cargo la dirección general de la economía, dado que no tiene entre sus funciones la de vigilar las actividades mercantiles de sociedades comerciales como DMG GRUPO HOLDING S.A. hayan podido ejecutar y menos aquellas actividades reservadas de forma exclusiva al sector financiero, que al margen de cualquier control estatal pudieron verificarse.

- iii. No existió la relación de causalidad alegada en tanto el perjuicio que dice haber sufrido la demandante es consecuencia cierta e inevitable de su propia conducta, desarrollada con el propósito de obtener elevadas ganancias prometidas por la captadora, consistente en participar en un esquema simulado de contratación sin precedentes en el mercado.

La reacción de las autoridades, consistente en la declaratoria de emergencia social y la fijación del procedimiento de intervención, superó el examen de constitucionalidad.

Se observa que la demanda no se ocupa de demostrar ni acreditar la responsabilidad que se endilga a la Presidencia de la República, pues lo cierto es que ninguno de sus agentes tuvo relación con los hechos que devinieron en los supuestos perjuicios sufridos por la demandante, dado que esta entidad no tiene competencias sobre el particular.



En la demanda no se indica la forma en que se produjo la extralimitación de funciones ni el deber legal omitido o incumplido tardíamente por este demandado, concluyéndose la inexistencia de un hecho antijurídico que le pueda ser imputado.

Al no configurarse los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, deben ser denegadas las pretensiones de la demanda.

**b. POR SU NATURALEZA JURÍDICA Y DE ACUERDO A LAS FUNCIONES LEGALMENTE ASIGNADAS, LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA NO ES RESPONSABLE DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS**

El daño es producto del inherente riesgo propio del contrato privado acordado entre la demandante y la captadora, mediante el cual se mimetizó la captación masiva de recursos del público de forma ilegal efectuada por la sociedad DMG Grupo Holding S.A.

Se advierte que ni la demanda ni las pruebas aducidas logran describir los actos u omisiones atribuibles al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República que permitan su vinculación a este proceso, bajo el entendido de que esta autoridad no detenta la representación judicial del señor Presidente de la República, por algún acto de gobierno.

Si en los términos del Artículo 115 de la Constitución Política el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República y los ministros o directores de departamento administrativo en cada negocio particular, no resulta jurídicamente viable vincular a este trámite al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, pues frente a las presuntas omisiones alegadas, quien tiene capacidad legal de representar judicialmente a la Nación y al Gobierno Nacional, es el ministerio o departamento administrativo con el cual se hubiere tomado decisión gubernativa alguna, que nunca lo será en forma directa el Presidente de la República ni el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, quienes no ejercen la representación judicial de la Nación.

En los términos del Decreto 4657 de 2006, vigente para la época de los hechos, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República correspondían las siguientes funciones:

*"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 3º Funciones generales. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, tendrá las siguientes funciones generales:*

- 1. Organizar, dirigir, coordinar y realizar directamente si fuere el caso, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades Constitucionales que le corresponde ejercer, con relación al Congreso y con la administración de justicia.*



2. *Organizar, asistir y coordinar las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, y disponer lo necesario según sus instrucciones, para la eficiente y armónica acción del Gobierno, representándolo, cuando así lo demande, en la orientación y coordinación de la administración pública y de sus inmediatos colaboradores en la acción de Gobierno.*
3. *Hacer las veces de Secretario Ejecutivo en los Consejos, Comités o demás organismos de consulta, asesoría, coordinación o apoyo que dependa directamente del Despacho Presidencial.*
4. *Divulgar los actos del Gobierno nacional y coordinar lo referente a una adecuada difusión de la gestión gubernamental.*
5. *Apoyar al Presidente de la República en los diagnósticos, estudios, análisis y demás actividades que contribuyan a la formación de criterios, conceptos o formulaciones que este desee definir.*
6. *Apoyar al Presidente de la República en el estudio de la legalidad y conveniencia de los distintos actos legales, administrativos y reglamentarios de los cuales conozca el primer mandatario.*
7. *Prestar el apoyo logístico y administrativo que se demande, para el ejercicio de las facultades y funciones presidenciales...*

En estos términos, esta autoridad no está facultada para intervenir en las tareas reservadas por la ley a otras autoridades, de manera que la responsabilidad que se le pretende endilgar por una supuesta extralimitación en el ejercicio de sus funciones aparejada de una presunta deficiencia en el control de la actividad financiera, concretamente respecto de la captación de recursos ejecutada por parte de DMG Grupo Holding en forma ilegal y por la inconstitucionalidad de la declaratoria de emergencia social contenida en el Decreto 4333 de 2008, resulta infundada, siendo desvirtuada con la interpretación que a la luz de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política debe darse al tenor literal del Decreto 3443 de 2010 que derogó al Decreto 4657 de 2006.

No prevé la normatividad como función de la Presidencia de la República el vigilar o controlar las actividades mercantiles de los particulares, siendo entonces necesario dirigir la demanda contra la autoridad correspondiente, representada por el funcionario de mayor jerarquía dentro de la misma.

#### 4.2 NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Este demandado descurre el traslado de la siguiente forma:

##### 4.2.1 ACERCA DE LOS HECHOS

A este demandado no le consta lo afirmado por la parte actora, precisando que la entrega de dineros de forma habitual y masiva a una entidad no autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia es una conducta que solamente puede ser atribuida a quien incurre en ella, pues está participando de manera directa en el delito de captación ilegal. Aclara además que entre las competencias de este Ministerio no se encuentra alguna relacionada con el control y vigilancia de empresas captadoras.

Agrega que el Estado actuó de manera oportuna interviniendo a la captadora ilegal, de la misma forma que la Fiscalía, previo recaudo del material probatorio correspondiente, judicializó a los directivos y empleados de esta empresa ilegal, al tiempo que los supuestos inversionistas contaban con las herramientas de juicio para poder diferenciar entre una empresa legal y una ilegal que les prometía grandes rendimientos financieros.



#### 4.2.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone expresamente a las pretensiones de la demanda.

#### 4.2.3 EXCEPCIONES

Como excepciones, este demandado plantea las siguientes:

- a. **INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD.** Analizado el presente caso, se observa la inexistencia de los elementos de la responsabilidad que enuncia el Artículo 90 de la Constitución Política.
- b. **INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO.** Como elemento de la responsabilidad, la configuración del daño debe obedecer a un hecho cierto y no a una mera posibilidad.

En el presente caso, los perjuicios supuestos derivan de una relación comercial entre la demandante y la sociedad captadora, cuyo incumplimiento y consecuencias pueden ser controvertidos ante la justicia penal ordinaria o a través del procedimiento expresamente previsto para ello en el Decreto 4334 de 2008, habiendo sido reconocido por la Jurisprudencia que en los casos de liquidación de entidades financieras, solamente puede hablarse de daño consolidado una vez el proceso liquidatorio haya finalizado.

- c. **INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR CUANTO LA PARTE DEMANDANTE SE EXPUSO VOLUNTARIAMENTE A LOS PERJUICIOS.** Entendido el daño antijurídico como aquel que no se está en obligación de soportar, puede considerarse en el presente caso que este no se presenta, pues la accionante de manera voluntaria y consciente decidió arriesgar sus recursos haciendo entrega de ellos a la captadora ilegal y pese a la existencia de las advertencias en los medios de comunicación por parte de las autoridades acerca del peligro que esta clase de organizaciones representaba.

De esta arriesgada conducta no puede la accionante reclamar una indemnización de perjuicios, pues no puede beneficiarse de su propia culpa, siendo esta evidente en tanto esperaba el retorno de su inversión bajo la promesa de imposibles dividendos en un corto plazo determinado.

Resulta claro que en el presente caso se produce lo que la doctrina denomina “excepción de riesgo tomado”, puesto que la parte actora de manera voluntaria decide asumir el riesgo a pesar de tener conciencia de ello y ante la ilusoria promesa de elevadísimos e inexplicables rendimientos a muy corto plazo.

- d. **INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y LA ACCIÓN U OMISIÓN DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.** El nexo causal en el presente caso no deriva de la acción u omisión de este demandado, sino de la conducta imprudente de la accionante en busca de rendimientos derivados de una operación comercial ilegal pese a las advertencias que en contra de esta conducta se habían producido por parte de las autoridades, de forma que se rompe el nexo causal.
- e. **HECHO DE UN TERCERO.** En el presente caso el daño solamente puede ser atribuido a la empresa captadora DMG HOLDING S.A., pues fue quien recibió el dinero de la accionante bajo la falsa promesa de retorno con elevado rendimiento, siendo entonces la responsable de los perjuicios que de tal conducta se deriven.



Esta conducta fue desarrollada de manera autónoma por las personas naturales a cargo y beneficiarias de la conducta de la sociedad captadora, quienes desarrollaron la operación de captación sin contar con la autorización de las autoridades y de manera subrepticia, debiendo entonces responder con su patrimonio por los daños ocasionados en virtud de la prenda general de los acreedores en los términos del Código Civil.

Además, debe adelantarse el procedimiento previsto en el Decreto 4334 de 2008 para el efecto, debiendo acudir la accionante al mismo con el fin de ser tenida como acreedora y obtener la devolución de su dinero.

No existe elemento alguno que justifique extender la prenda general de garantía de con que cuenta los acreedores de la captadora a patrimonios diferentes al de aquella, mucho menos que se pretenda vincular a la Administración para que responda por perjuicios causados por un tercero como consecuencia de negocios que le son totalmente ajenos.

- f. INEXISTENCIA DE OMISIÓN O FALTA POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS POR CUANTO LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE LA ACCIÓN CONSTITUYEN UNA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA Y SOBREVINIENTE FRENTE A LA CUAL FUE NECESARIO DECRETAR LA EMERGENCIA SOCIAL. Ante la gravedad de la situación presentada por la proliferación de "pirámides" en el territorio nacional y dada la insuficiencia de la normatividad entonces vigente para afrontar la emergencia, el Gobierno Nacional declara el estado de emergencia social de conformidad con lo previsto en el Artículo 215 de la Constitución Política.

Para contrarrestar la emergencia se profirieron los decretos 4333 y 4334 de 2008, los cuales superaron el control automático de constitucionalidad mediante las sentencias C-135 y C-145 de 2009 de la Corte Constitucional, en donde esta alta corporación encontró que la medida se encontró conforme con los fundamentos de hecho invocados, no fue arbitraria ni errada.

No son de recibo entonces los reproches cuestionando la tardía actuación de las autoridades, pues por el contrario, se adoptó una decisión dentro de un marco jurídico de excepción para poder enfrentar el fenómeno y proteger a la comunidad de la conducta de los captadores ilegales.

- g. LA PARTE DEMANDANTE NO ACTUÓ CON BUENA FE EXENTA DE CULPA Y CREADORA DE DERECHOS. La accionante hizo entrega de su dinero bajo el entendido de que participaba en un negocio en virtud del cual recibiría una exorbitante ganancia en un corto tiempo, sin tener claridad acerca de la legalidad de la operación o del origen de los dineros que recibiría.

La buena fe exige no solamente una conducta honesta, sino además exenta de culpa para que pueda ser fuente de derechos, lo cual en el presente caso no ocurre en tanto la accionante aparte de participar en una forma simulada de negociación, lo hizo sin investigar acerca de la naturaleza de la operación, la capacidad jurídica de la entidad a la que entregaba sus recursos y además desoyendo las advertencias hechas por las autoridades a través de los medios masivos de comunicación.

- h. EL ESTADO ACTUÓ PARTIENDO DE LOS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS CON LOS QUE CONTABA PARA EL MOMENTO EN QUE SE DETECTÓ LA EXISTENCIA DE LAS PRIMERAS PIRÁMIDES. Las autoridades en desarrollo de su función de inspección, vigilancia y control realizaron las investigaciones administrativas que permitieron identificar la existencia de la conducta de captación ilegal e iniciar las medidas correctivas, las que ante la inexistencia de una normatividad adecuada llevaron a la declaración del estado



de emergencia social y la expedición de normas especialmente concebidas para contrarrestar el fenómeno.

En vigencia de estas normas, se iniciaron las intervenciones y liquidaciones forzadas que permitieron detener el funcionamiento de estas organizaciones y hacerse a los activos con el fin de reparar a los afectados, de manera que no puede hablarse de inactividad de las autoridades para afrontar la situación.

Si bien las actividades desarrolladas por las captadoras ilegales no eran ocultas, ello no quiere decir que el Estado pueda a simple vista imponer sanciones y proceder a la intervención de las personas y organizaciones involucradas. Las investigaciones adelantadas por la Superintendencia Financiera de Colombia tuvieron por objeto determinar de manera cierta si existían causales suficientes para tomar medidas administrativas al estar demostrada la existencia de los supuestos de captación masiva y habitual de dineros del público.

Debe notarse que los sofisticados esquemas utilizados para llevar a cabo la captación ilegal dificultaban la intervención de las autoridades, lo cual fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional al momento de declarar la exequibilidad de los decretos extraordinarios.

Se destaca además que el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado está sometido al principio de legalidad y debe siempre respetar el debido proceso.

- i. **ABSOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.** La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa mediante providencia del 6 de diciembre de 2011 dentro del radicado IUC-D-2010-878-300816, resuelve declarar no responsables a los funcionarios de la Superintendencia Financiera investigados al hallarse plenamente desvirtuados los cargos formulados y por ende probado que no incurrieron en falas graves y gravísimas endilgadas con relación a omisiones e incumplimiento de funciones e intervención tardía en el ejercicio de las mismas tendientes a evitar el fenómeno conocido como captación no autorizada de recursos del público. En el auto se indica que los funcionarios investigados cumplieron con la normatividad y actuó con sujeción y alcance de lo dispuesto en las normas pertinentes, tanto que se hizo necesario decretar el estado de emergencia social por parte del Gobierno Nacional.
- j. **LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL ESTADO COLOMBIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, FRENTE A LA LABOR DE VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL Y DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA, IMPIDE QUE SE LE SEÑALE COMO RESPONSABLE DEL FENÓMENO OCASIONADO CON LA DESBORDADA CAPTACIÓN ILEGAL.** La Constitución Política de 1991 es de corte liberal en materia de libre iniciativa económica, de forma que solamente se vigilan las actividades de especial importancia social, para lo cual se cuenta con las superintendencias como entes especializados y de naturaleza técnica que adelantan labores de inspección, vigilancia e intervención, sin que puedan interferir en los negocios entre los particulares salvo las excepciones que la legislación prevea.

Estas libertades llevan aparejado el correlativo deber de los particulares de respetar el ordenamiento jurídico en el desarrollo de sus actividades.

En el caso concreto de la actividad financiera, las sociedades que pretendan desarrollar un objeto sobre el particular deben contar con la debida autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia, tal como lo prevé el Artículo 335 de la Constitución Política. Estos principios se reúnen en las siguientes conclusiones:





- La Constitución Política actual supone para el Estado Colombiano una mayor libertad en lo económico y regulatorio que se refleja en la libertad económica y de empresa.
- Estas libertades tienen como contrapartida una vigilancia del Estado, vigilancia que solo justificará la adopción de medidas en tanto que ellas sean precisas para ejercer el control de la economía en un determinado ámbito.
- La intervención estatal es optativa y excepcional, salvo en los casos especialmente previstos en la legislación, generalmente aplicables al sector financiero y bursátil.
- No obstante, en tanto el Estado ostenta el control de la economía, se requiere de su intervención para mantener el orden público económico.
- A pesar de que existan amenazas al orden público económico, estas deben ser de tal magnitud y acreditada de tal forma que se justifique cualquier medida de intervención en el ámbito económico.

En desarrollo de lo anterior, se tiene que el Estado actuó de manera acorde con sus obligaciones ante la aparición de las captadoras ilegales, siendo necesario acudir a una medida extraordinaria a fin de intervenir en la economía, pues la gravedad de la situación lo exigía.

- k. EXCEPCIÓN DE RIESGO TOMADO. EXISTENCIA DE RIESGO INHERENTE A LOS NEGOCIOS FINANCIEROS. CORRELACIÓN DEL RIESGO FRENTE A LA TASA DE RETORNO PROMETIDA Y CARÁCTER ALEATORIO DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS. El riesgo es el desconocimiento y la imposibilidad de saber con certeza los hechos o eventos que ocurrirán en el futuro, siendo la fuente de este la incertidumbre que proviene de la imposibilidad de conocer con exactitud hechos futuros.

En el caso específico de las inversiones, el riesgo se justifica en la medida en que se puede obtener un mejor rendimiento a futuro, existiendo entonces una estrecha relación entre la rentabilidad y la incertidumbre del resultado.

El riesgo también puede ser definido como la diferencia entre el rendimiento esperado y el efectivamente obtenido.

En virtud de estas premisas, es dable afirmar que cuando un inversionista desee maximizar su rendimiento no puede minimizar el riesgo.

Es por ello que la decisión de depositar el dinero en entidades no autorizadas corresponde a un riesgo que asume quien toma dicha decisión, especialmente si se tiene en cuenta que la presencia de un interés tan alto está directamente relacionada con el riesgo que corría ese capital depositado, siendo esto una estrategia para convencer a personas descuidadas para entregar sus dineros.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, para exonerar total o parcialmente al demandado, el hecho de la víctima resulta importante, en tanto la imprudencia de esta enerva la obligación de indemnizar ante la ausencia de nexo causal atribuible a otro.

No puede entonces responsabilizarse al Estado por los perjuicios ocasionados a los particulares, si no fue este quien desarrolló la actividad ilegal, de forma que no fue quien causó el daño.

El nexo causal es el vínculo que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño, siendo un elemento de vital importancia dentro de los requisitos que se exigen para que se configure la responsabilidad civil extracontractual, nexo que en este caso se rompe ante la existencia de culpa de la víctima.



Cualquier persona diligente y prudente está en la capacidad de conocer el riesgo al que se enfrentaba, y por lo tanto, debía estar dispuesta a asumir las consecuencias que de dicho riesgo se derivan. Las personas que depositaron altas sumas de dinero, con la esperanza de recibir un alto rendimiento que no puede ser ofrecido por alguna entidad financiera seria y confiable, fueron de alguna manera indiferentes al riesgo y se preocuparon únicamente por el rendimiento esperado, sin tener en cuenta que la promesa de un riesgo exorbitante implicaba un alto riesgo para el dinero depositado.

Además, los contratos celebrados por las captadoras con los "depositantes" se han configurado como contratos consensuales, bilaterales y onerosos, por medio de los cuales una de las partes (depositante) entregaba una suma de dinero a otra (captadora ilegal), por un plazo determinado, al cumplimiento del cual la segunda se comprometía a restituir una suma equivalente al dinero depositado así como un emolumento adicional por concepto de utilidades indeterminadas que oscilaban entre el 50% y el 300% respecto de los montos depositados, ganancias que variaban de forma constante y sin que existiese una razón aparente para su ocurrencia, razón por la cual las inversiones fluctuaban dependiendo de factores ajenos a la voluntad del depositante.

Ante estas particulares características, se entiende que este tipo de relaciones contractuales no solo estaba dominado en su esencia por un elevado riesgo financiero, sino que incluso se tornó en unos contratos que la normatividad civil ha denominado aleatorios, atendiendo a la posibilidad de determinación de las pretensiones acordadas. El contrato aleatorio ha sido definido como aquel acuerdo de voluntades en el que una de las partes no puede conocer los alcances de las prestaciones adquiridas al momento de su celebración.

La incertidumbre respecto de la prestación objeto del contrato supone que la determinación de su alcance será definida por circunstancias ajenas al mismo, de tal suerte que se asume el riesgo de obtener una ganancia o pérdida como consecuencia del acuerdo celebrado, sin que sea dable acudir a alguna instancia judicial o extrajudicial para reclamar en caso de no obtener los resultados esperados, en la medida en que el contratante ha asumido, de manera anticipada, tal posibilidad.

Este hecho supone la ruptura del equilibrio entre las obligaciones de ambos contratantes respecto de las prestaciones debidas, ya que alguna de las partes asume el riesgo de obtener una ganancia o una pérdida como consecuencia del convenio celebrado.

Así las cosas, incluso si las actividades desarrolladas por las personas intervenidas hubieran cumplido con los requisitos señalados por la ley, no sería posible argumentar la responsabilidad del Estado en la medida en que la relación en la que se originó el daño alegado, provenía de dos (2) personas de carácter privado que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, disponen de su patrimonio y establecen en forma libre el objeto de sus acuerdos de voluntad sin que el Estado deba intervenir a efectos de controlar hasta el último aspecto de sus libertades individuales, lo cual responde a las notas fundamentales de la concepción del Estado bajo el esquema constitucional vigente, según se ha explicado, también, en otros apartes de nuestra defensa.

¿Cómo es posible pretender trasladar las consecuencias adversas de un acuerdo de voluntades cuyo riesgo, en su momento, asumieron libremente las partes? ¿Por qué el Estado ha de soportar los efectos negativos de un negocio jurídico de cuyos elementos se evidencia su carácter aleatorio, del que, además, no fue parte siquiera?



- I. EL ESTADO DISPUSO DE LOS MECANISMOS PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS POR PARTE DE QUIENES TENÍAN DICHA OBLIGACIÓN, ES DECIR LOS INTERVENIDOS. EL ESTADO NO ESTÁ OBLIGADO A LA DEVOLUCIÓN PORQUE ÉL NO EL CAUSANTE DE NINGÚN DAÑO. La responsabilidad por los perjuicios causados a los particulares que por su propia voluntad decidieron depositar los dineros en las entidades que captaban recursos del público sin contar con la debida autorización del Estado, es atribuible única y exclusivamente a las personas naturales y jurídicas que dispusieron de sofisticadas estructuras y modalidades contractuales para realizar actividades delictivas, captando recursos del público de manera directa y bajo la promesa de obtener altos rendimientos financieros.

En el presente caso existió una conducta activa por parte de los captadores que recibieron los dineros del público, omitiendo el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con las personas que hicieron el depósito de los recursos, de manera que surge para ellos una forma de responsabilidad que deriva del contrato y su incumplimiento, lo que no da lugar a responsabilidad extracontractual del Estado.

Debe tenerse en cuenta además que la conducta de los captadores está tipificada como delito en el Código Penal, lo que supone una fuente de responsabilidad autónoma y determinada, siendo el penalmente responsable el obligado a resarcir los perjuicios que cause.

Bajo ninguna circunstancia podría culparse al Estado por cumplir su deber de regulación y de inspección, vigilancia y control, respetando así lo dispuesto en las normas superiores. Dicho de otra forma, no es posible afirmar que los perjuicios ocasionados, se deriven de las actividades ejercidas por el Estado, ni mucho menos por la expedición de los Decretos 4333 de 2008 y 4334 de 2008.

Mediante el Decreto 4333 de 2008 se declaró el Estado de Emergencia Social como consecuencia de la proliferación de distintas modalidades de captación masiva de dineros del público sin la debida autorización del Estado. Luego, se expidió el Decreto 4334 de 2008, por medio del cual se establecieron ciertos procedimientos administrativos para la intervención en los negocios, actividades y bienes de las personas naturales y jurídicas involucradas en el desarrollo de estas actividades. Lo anterior, con el fin de detener de manera inmediata las consecuencias nocivas que este tipo de actividades estaba generando en el público en general.

Así las cosas, el Estado tomó las medidas correctivas tendientes en primer lugar a recuperar el orden social, a suspender las actividades ilegales desarrolladas y a determinar los mecanismos que busquen una pronta devolución de los dineros a los afectados.

En este orden de ideas, mal podría responsabilizarse al Estado por las medidas tomadas dirigidas a proteger el patrimonio de los afectados y a contrarrestar de manera inmediata el desorden social generado por las captadoras. Sin embargo, los dineros que han sido objeto de devolución corresponden tanto a los bienes como a los dineros que han sido aprehendidos y que se encontraban en poder de quienes desarrollaban este tipo de actividades.

El Decreto 4334 de 2008 establece los criterios<sup>4</sup> para la devolución de los dineros por parte del Agente interventor, sin que pueda el Estado disponer de recursos distintos a

---

<sup>4</sup> Criterios para la devolución.- Para la devolución de las solicitudes aceptadas, el Agente Interventor deberá tener en cuenta los siguientes criterios:



los aprehendidos para efecto de las devoluciones, más si se tiene en cuenta que los únicos responsables de la devolución de los dineros deben ser quienes causaron el presunto daño, es decir, los captadores.

- m. LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LA CAPTACIÓN ILEGAL SIEMPRE HAN NEGADO RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN POR CASOS COMO EL QUE AHORA SE DISCUTE. Se citan providencias de las autoridades españolas sobre los casos de incumplimiento de dos sociedades que en 2006 presentaron casos de impagos e incumplimiento de sus compromisos, Forum Filatélico y Afinsa, situación que obligó al nombramiento de una administración concursal para las mismas (equivalente a nuestro sistema de insolvencia), así como a adelantar investigaciones administrativas y penales, en donde se declaró como responsables a los responsables de dichas organizaciones.

Cita igualmente el caso SOFICO, relacionado con la pérdida de los particulares por causa de insolvencia de sociedades y el caso GESCARTERA, de similares características.

- n. NO EXISTEN CONDICIONES QUE PERMITAN CONFIGURAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA. La accionante, de forma equivocada pretende sustentar sus reproches en contra de las demandadas bajo el argumento según el cual, por no haberse actuado de forma oportuna se generó en ella la confianza legítima para entregar sus dineros a las sociedades y establecimientos de comercio al estimar que el Estado avalaba su actuación.

Este argumento no puede ser de recibo en tanto desconoce las condiciones bajo las cuales la jurisprudencia constitucional ha estructurado el principio de confianza legítima, siendo procedente citar el siguiente aparte de la Sentencia C-1094 de 2004:

*"(...) en relación con el principio de la confianza legítima, la Corte ha sentado unas claras líneas jurisprudenciales que se reiteran en el presente asunto. Así pues, en sentencia C- 131 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, esta Corporación adelantó las siguientes consideraciones sobre el mencionado principio:*

*"En tal sentido cabe señalar que como corolario del principio de la buena fe, la doctrina y jurisprudencia foráneas, desde mediados de la década de los sesentas, han venido elaborando una teoría sobre la confianza legítima, el cual ha conocido originales e importantes desarrollos a lo largo de diversos pronunciamientos de esta Corte. Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.*

- a) Se atenderán todas las devoluciones aceptadas dividiendo por el número de solicitantes, hasta la concurrencia del activo y hasta el monto de lo aceptado;
- b) En caso de que sean puestos a disposición o aparezcan nuevos recursos, se aplicará el procedimiento anteriormente señalado para el pago de devoluciones aceptadas insolutas;
- c) En el evento en el que se demuestre que se han efectuado devoluciones anteriores a la intervención a cualquier título, éstas sumas podrán ser descontadas de la suma aceptada por el agente interventor.



*Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.*

*De igual manera, la doctrina foránea considera que, en virtud del principio de la confianza legítima, la administración pública no le exigirá al ciudadano más de lo estrictamente necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso persiga. No obstante, la jurisprudencia extranjera también ha considerado que el mencionado principio no es absoluto, que es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en especial, con la salvaguarda del interés general en materia económica.*

*Con apoyo en estos avances del derecho comparado, esta Corporación consideró, en un caso de una acción de tutela instaurada por un nutrido grupo de vendedores ambulantes, que la confianza legítima constituía una medida de protección para los ciudadanos, que se originaba cuando "de un acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merece un calificativo especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad".*

*No se trata, en palabras de la Corte, de una forma de indemnización, donación, reparación o resarcimiento de los afectados, ni tampoco de un desconocimiento del principio del interés general.*

La jurisprudencia de la Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima es una proyección de aquel de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá. En palabras de la Corte *"Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política".* Y que, *este principio encuentra un límite en su contenido y alcance que es dado por el principio del interés general.*

Igualmente ha considerado, que *"La aplicación del principio de la buen fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuadas, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando solo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida".*

Se tiene entonces que el principio de la confianza legítima deriva no solamente del principio de buena fe, sino también del principio de seguridad jurídica, adquiriendo identidad propia en virtud de las reglas especiales que se imponen en la relación entre la administración y los particulares, aplicándose como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado e irradia solamente a la actividad judicial y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones, situación que no se produce en el presente caso.



La garantía de la confianza legítima no se opone a que el legislativo modifique las leyes existentes, pues ello iría en contra del principio democrático y por lo tanto implica petrificar el sistema jurídico.

En este orden de ideas, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas.

No aplica entonces en el presente caso el tener por configuradas las condiciones que la jurisprudencia reconoce como requisito para la protección del principio de confianza legítima, pues no se varió alguna determinación legal al respecto de sociedades y establecimientos de comercio que captaron dineros del público, menos se cambiaron las reglas del juego que las gobernaban, pues no existían tales para una actividad clandestina que se desarrollaba de forma oculta, de forma que no podía generar en el público expectativas susceptibles de salvaguarda.

Se resalta que la actividad de los captadores nunca estuvo permitida, sino que se desarrolló de forma oculta, sin que en el presente caso pueda alegarse la existencia de buena fe exenta de culpa.

#### 4.3 NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Este demandado descorre el traslado de la siguiente forma:

##### 4.3.1 ACERCA DE LOS HECHOS

Tiene como ciertos los relativos al contenido de las disposiciones que se citan en la demanda así como lo decidido por la Procuraduría General de la Nación en el radicado IUC-D-2010-878-300816, señalando que se tiene por probada la inexistencia de alguna falla en el servicio atribuible a la Administración.

No es cierto que el Estado Colombiano permitiera a DMG Grupo Holding S.A. abrir oficinas al público en distintas ciudades del país, siendo necesario aclarar que la real naturaleza y actividad de dicha sociedad así como su carácter ilícito fueron ocultadas a las autoridades bajo sofisticadas operaciones comerciales.

Una vez se tuvo certeza acerca de la naturaleza de las operaciones de este captador, se tomaron por parte de las autoridades las medidas necesarias para su intervención y devolución de los dineros a los usuarios, previa expedición de los decretos por medio de los cuales se declaró la emergencia social y se fijó el procedimiento para la intervención ante la insuficiencia de la legislación para entonces vigente y contenida en el Decreto 1981 de 1988.

No es cierto que los decretos legislativos dictados por el Gobierno Nacional para contrarrestar la acción de las captadoras fueran declarados inexequibles por la Corte Constitucional.



Se precisa que para que se configure la captación ilegal, es necesario que los dineros se reciban sin tener como contraprestación el suministro de bienes o servicios, por lo que los captadores acuden a figuras como la venta de programas o proyectos turísticos, la venta de tarjetas prepago, la promoción o publicidad voz a voz, los contratos de cuentas de participación, la venta de proyectos inmobiliarios, los cuales tienen como objetivo engañar al público disfrazando la actividad de captación, figuras que defendían mediante interpretaciones poco ortodoxas del ordenamiento jurídico, conducta que incluso fue desplegada por la captadora DMG GRUPO HOLDING S.A. para ocultar sus operaciones.

También se crearon empresas fachadas debidamente registradas ante la Cámara de Comercio con objetos societarios vagos e imprecisos, que permiten difuminar las operaciones de captación. La sofisticación de estos mecanismos, hizo necesario adoptar medidas de excepción que permitieran enfrentar esta actividad ilegal, de manera que en tanto las autoridades actuaron conforme el ordenamiento jurídico, no hay lugar a considerar que su comportamiento fue arbitrario o antijurídico.

La naturaleza y actividad de la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. y su carácter ilícito fueron ocultadas a las autoridades mediante sofisticadas operaciones comerciales, siendo lo único cierto que las autoridades teniendo en cuenta los fundamentos de hecho y las pruebas recaudadas se logró verificar la configuración de las causales de captación, de manera que el Gobierno Nacional contó con elementos de juicio para tomar las medidas cautelares que permitieran detener el crecimiento progresivo de estas actividades ilegales, al igual que la expedición de los decretos de emergencia social 4333 y 4334 de 2008, la intervención de las autoridades logró evitar que la acción de la captadora ilegal afectara una mayor proporción de la población en protección del interés general.

No hubo una acción tardía ya que antes de la expedición de los decretos de emergencia económica no había certeza de la actividad que desarrollaban las empresas captadoras.

No son ciertos los cuestionamientos que la accionante efectúa con respecto al estado de emergencia económica y social declarado mediante el Decreto 4333 de 2009, tal como lo consideró la Corte Constitucional en Sentencia C-135 de 2009.

No es cierto que el Gobierno Nacional interviniera de forma imprevista e imprevisible a la sociedad DMG GRUPO HOLDING.

Respecto del daño, este demandado precisa que no le consta que la demandante haya hecho entrega de dineros a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., lo cual puede ser solamente considerado como culpa de la víctima en tanto existía el riesgo de pérdida del dinero, dado que dicha sociedad no contaba con autorización para captar recursos del público.

No es cierto que la accionante acudiera a DMG GRUPO HOLDING S.A. bajo el principio de confianza legítima, pues tal decisión fue adoptada de forma voluntaria y personal, con el propósito de obtener exorbitantes ganancias, asumiendo entonces el riesgo de tal actuación.

No está demostrado que se hubiese presentado extralimitación en el ejercicio de funciones y deficiencia en el ejercicio de la actividad de control por parte del Estado, tal como se evidencia en el pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación reseñado anteriormente.

Respecto de la falla en el servicio, no puede considerarse que el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO haya incurrido en ella, en tanto no intervino en la supervisión de la actividad empresarial y financiera desarrollada por la empresa DMG GRUPO



HOLDING S.A., pues entre sus funciones se excluyen las de inspección, control y vigilancia, que son propias de las superintendencias.

Por último, en la demanda no se hace algún cuestionamiento por acción u omisión al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

#### 4.3.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este demandado se opone expresamente a las pretensiones de la demanda.

#### 4.3.3 EXCEPCIONES

Este demandado propuso las siguientes:

- a. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. En la demanda no se efectúa algún cuestionamiento acerca de las acciones u omisiones de este demandado que pudieran dar lugar a los perjuicios reclamados por la accionante, así como tampoco al incumplimiento de atribuciones o competencias legales asignadas.

En efecto, las funciones de este Ministerio han sido fijadas por el Decreto 210 de 2003<sup>5</sup> de la siguiente forma:

*"Objetivo. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tiene como objetivo primordial dentro del marco de su competencia formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas generales en materia de desarrollo económico y social del país, relacionadas con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria, la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio exterior de bienes, servicios y tecnología, la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo; y ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos de comercio exterior".*

Conforme las funciones que prevé este decreto, a este demandado no se le ha asignado alguna relacionada con la inspección, vigilancia y control de las captadoras no autorizadas de recursos del público, de forma que conforme lo prevé el Artículo 121 de la Constitución Política, no puede ejercer funciones distintas a aquellas que le han sido asignadas legalmente.

En consecuencia, este demandado carece de legitimación en la causa por pasiva en este proceso, debiendo ser excluido del mismo, pues no existe relación alguna entre la omisión en el cumplimiento de sus funciones con los hechos dañosos y el perjuicio reclamado, tal como lo prevé el Artículo 6º de la Ley 1395 de 2010, que modifica al Artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, correspondiendo declarar tal situación mediante sentencia anticipada.

- b. INEPTA DEMANDA. La demanda no cumple con el requisito previsto en el numeral 3 del Artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, en tanto no enuncia los hechos que respecto de este demandado motivan las pretensiones, en tanto no se identifican con claridad y precisión las presuntas omisiones, pues se parte de situaciones indefinidas, difusas y no concretas.

---

<sup>5</sup> Por el cual se por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y se dictan otras disposiciones





Tampoco se vislumbra cuáles fueron las presuntas acciones de este demandado que puedan ser generador de responsabilidad frente al presunto daño cuya reparación se pretende.

No hay cargo alguno en contra de este demandado que pueda desvirtuarse a efecto de ejercer el legítimo derecho de defensa, pues si un cargo no se propone, no puede ser contestado.

Procede entonces considerar la demanda como inepta.

c. FALTA DE COMPETENCIA POR AGOTAMIENTO DE JURISDICCIÓN. Sostiene este demandado que se han presentado por los mismos hechos acciones de grupo de forma que no pueden concurrir con la acción de reparación directa en tanto buscan el mismo resultado.

d. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD.

No concurren en el presente caso los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos del Artículo 90 de la Constitución Política.

e. INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO. En el presente caso la accionante ha omitido su obligación de concurrir al proceso de intervención de la captadora ilegal que generó el daño, previsto como obligatorio en el Decreto 4334 de 2008, de manera que sin que se surtan los trámites legales, no es posible determinar si existió un daño y su magnitud.

Los supuestos perjuicios que alega la demandante se generaron en la relación que entabló con el ente captador, relación que inicialmente se presentó como personal pero reveló como de tipo ilícito, evento en el cual la ley prevé la posibilidad de actuar directamente contra el ente que causó el daño mediante las acciones penales a través del incidente de reparación o civiles a través del concurso de acreedores que la ley organizó especialmente.

De esta forma, el Decreto 4334 de 2008 contempla de manera clara los criterios y condiciones a las cuales debe someterse dicha actividad, teniendo siempre presente que tal solicitud solamente procede dentro del proceso de intervención que esa norma configura.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en indicar que en los casos de fallas de la Administración en la supervisión del sector financiero, mientras no finalicen los procesos de intervención, no es posible saber el monto de las pérdidas en cada caso, dado que no existe certeza sobre el daño.

Sobre el particular procede citar el pronunciamiento del 17 de julio de 1986 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado proferido dentro del radicado 4246, ratio que se ha replicado en las decisiones del 22 de octubre de 1987 dentro del radicado 4236 y del 18 de febrero de 1988 dentro del radicado 4080, en donde se dijo:

*"Sin necesidad de entrar a investigar la prueba de la falla del servicio, por acción o por omisión, y la relación de causalidad entre ella y el perjuicio alegado, se impone la denegatoria de todas las súplicas de la demanda, perlas siguientes razones:*

*1) El perjuicio tiene que ser cierto, presente o futuro, pero no probable, incierto o hipotético.*



*Y mientras no termine la intervención oficial con su reintegro a los representantes de la sociedad intervenida o con la liquidación definitiva de la misma, resulta imposible saber si los créditos reclamados se pierden, y en este último caso, si la pérdida es total o parcial.*

*Por lo tanto, solo cuando esa situación se defina, podrá saberse si los acreedores tienen interés jurídico para demandar a la nación por la presunta responsabilidad extracontractual que pueda caberle"*

Coinciden entonces la jurisprudencia y la doctrina en señalar la improcedencia de esta acción, por cuanto existe ya un proceso de intervención de las captadoras ilegales, dentro del cual deben identificarse realmente los perjudicados y establecerse el monto real de los perjuicios, de manera que hasta que este proceso no se agote, no puede tenerse por real el supuesto daño, ya que solo consistiría en una hipótesis o probabilidad, de forma que no hace falta analizar los demás elementos de la responsabilidad para desestimar las pretensiones de la demanda.

- f. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR CUANTO LA PARTE DEMANDANTE SE EXPUSO VOLUNTARIAMENTE A LOS PERJUICIOS. El daño antijurídico se define como aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar, situación que no se presenta en este caso en tanto la accionante reconoce que de forma voluntaria hizo entrega de su dinero a la captadora, sin que le sea dable alegar su propia culpa como fuente de derechos.

En efecto, la demandante a sabiendas se expuso a un daño altamente probable, al involucrarse en un negocio cuya alea no es ignorada por sus afectados, sin que sea posible trasladar al patrimonio público el resultado de sus actividades temerarias, adelantadas a pesar de las advertencias de las autoridades y solamente con el objetivo de lograr imposibles utilidades.

Resulta claro que en el presente caso se produce lo que la doctrina denomina "excepción de riesgo tomado", pues la accionante, actuando libremente de manera torpe, pero creyendo ser más viva que el resto de los colombianos, decidió de manera consciente aceptar el riesgo que implicaba confiar sus recursos a una captadora, con la esperanza de percibir beneficios extraordinarios e inexplicables.

- g. EXCEPCIÓN INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA DEMANDADA. Cualquiera que sea la naturaleza y entidad del supuesto daño alegado, es imposible afirmar que exista relación de causalidad entre este y alguna acción u omisión de esta demandada.

Resulta evidente que la causa última del perjuicio no es otra que la conducta ambiciosa desarrollada por la demandante, lo que se demuestra además con el limitado número de colombianos que fueron víctima de esta clase de entes.

El pleno cumplimiento por parte de las autoridades económicas de las obligaciones que les imponen la Constitución Política y las leyes no impide que los ciudadanos sean víctimas de estafas o actividades ilícitas en las que ellos mismos se exponen de manera voluntaria.

- h. HECHO DE UN TERCERO. El hecho generador del daño no es atribuible a la Administración, sino que es responsabilidad de un tercero, la empresa DMG, que se dedicó a captar recursos del público prometiendo extraordinarios beneficios que posteriormente no pudo honrar. Esta actividad no tuvo aval o autorización de las autoridades, sino que fue realizada por sus administradoras de manera autónoma y por cuenta propia sin el permiso que exige el Artículo 335 de la Constitución Política.



Además, en los términos del Artículo 2488 del Código Civil, los bienes del deudor constituyen la prenda general de los acreedores, de manera que la accionante debe reclamar a la sociedad captadora por los dineros que le haya entregado.

- i. AÚN SI SE HUBIEREN PRESENTADO DAÑOS ANTIJURÍDICOS, LOS MISMOS NO SERÍAN IMPUTABLES A ESTE DEMANDADO. No existen elementos que permitan configurar la imputabilidad del daño al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en tanto en la demanda no se indica algún aspecto que pueda configurar la responsabilidad del mismo.
- j. INEXISTENCIA DE OMISIÓN O FALTA POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS POR CUANTO LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE LA ACCIÓN CONSTITUYEN UNA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA SOBREVINIENTE FRENTE A LA CUAL FUE NECESARIO DECRETAR LA EMERGENCIA SOCIAL. Los hechos o circunstancias que dieron lugar a la proliferación de captadoras ilegales corresponden a un fenómeno social extraordinario y sobreviniente, que se extendió por el territorio nacional y que exigió la declaratoria de un estado de emergencia por parte del Gobierno Nacional. Esta medida fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-135 de 2009. Sobre el particular se dijo en la parte considerativa de la mencionada providencia lo siguiente:

*"En cuanto a los hechos invocados para Justificar la declaratoria del estado de excepción halló que tenían el carácter de sobrevinientes y extraordinarios. No encontró errada, ni arbitraria, la apreciación de que la actividad de captación masiva y habitual de los recursos del público afectaba de manera grave e inminente el orden social del país, dada la gravedad de la perturbación del orden social motivada por las dimensiones que el fenómeno había alcanzado y, más concretamente, porque los recursos captados del público estaban en riesgo. También, constató la valoración que hizo el Ejecutivo sobre la urgencia e inmediatez de las medidas."*

Se tiene entonces que los hechos que sirvieron como fundamento para la declaratoria del estado de emergencia fueron reconocidos por la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

No son de recibo los reproches que hace la accionante al cuestionar la tardía actuación de las autoridades, pues como lo demuestra el documento elaborado por el Superintendente Financiero para la época, el marco jurídico vigente impedía una actuación más rápida y eficaz por parte de las autoridades competentes, al exigir el despliegue de una actividad administrativa y probatoria importante que permitiera demostrar la procedencia de la intervención estatal, dichas actividades eran aún más difíciles si se trataba de operaciones realizadas en forma similar a como funcionaban otras empresas que adelantaban su objeto social de manera legal y respetable, siendo necesario determinar con plena certeza la actividad de captación ilegal de dineros y para ello previo a la media de intervención debía constatarse la configuración de las condiciones a las que la ley hace referencia mediante visitas que arrojaran sustento fáctico para el efecto.

Además, este demandado no pudo incurrir en falla en el servicio en tanto no le ha sido asignada alguna competencia o función de coordinación y liderazgo hacia el sector comercial, bajo el entendido de que tuviera que adoptar de manera oportuna una política gubernamental seria, planificada y coherente para determinar la legalidad y viabilidad de la estructura de negocios que ofrecía y realizaba DMG Grupo Holding S.A.

- k. LA PARTE DEMANDANTE NO ACTUÓ CON BUENA FE EXENTA DE CULPA Y CREADORA DE DERECHOS. La jurisprudencia y la doctrina señalan que la buena fe para que pueda ser creadora de derechos debe ser exenta de culpa, lo cual no se presenta en este caso



en tanto la accionante hizo la entrega de dineros a la captadora ilegal a pesar de las advertencias de las autoridades y con la espera de obtener beneficios exorbitantes, sin hacer alguna clase de averiguación acerca de la legalidad del negocio o de la actividad real del contratante.

- I. EL ESTADO ACTUÓ PARTIENDO DE LOS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS CON LOS QUE CONTABA PARA EL MOMENTO EN QUE SE DETECTÓ LA EXISTENCIA DE LA PRIMERA PIRÁMIDES. Las autoridades de manera oportuna iniciaron las respectivas investigaciones administrativas que tuvieron como resultado la demostración de la existencia de las causales de captación respecto de organizaciones y personas que la realizaban sin autorización.

Las autoridades respectivas realizaron visitas y adoptaron las medidas cautelares posibles conforme el ordenamiento entonces vigente, de manera que no puede alegarse que el Estado haya intervenido de forma tardía.

Lo afirmado en la demanda desconoce la multiplicidad de actuaciones adelantadas por las autoridades para contrarrestar las actividades de las captadoras ilegales, así como las funciones de inspección, vigilancia y control en cabeza de las competentes, funciones que deben ser aplicadas observando el debido proceso.

Si bien las actividades desarrolladas por las captadoras ilegales no eran ocultas, ello no quiere decir que el Estado pueda a simple vista imponer sanciones y proceder a la intervención de las personas y organizaciones involucradas, en tanto debe ser identificada plenamente la conducta. No puede considerarse que la actuación estatal se limita al momento en que se emitieron los decretos extraordinarios, pues para llegar a tal determinación ya se habían adelantado investigaciones por parte de las autoridades competentes.

Deben notarse además los sofisticados sistemas empleados por los captadores para disimular sus actividades e impedir la intervención de las autoridades.

No resultan entonces de recibo los reproches sobre la expedición de estos actos administrativos archivando la investigación, pues toda manifestación de la facultad sancionatoria del Estado debe observar el debido proceso y el principio de legalidad. Se tiene entonces que al momento de expedirse estos actos administrativos, no existían elementos para tomar legalmente la decisión en otro sentido.

- m. PETICIÓN ANTES DE TIEMPO. El daño no es cierto ni cuantificable en tanto no se ha agotado el trámite de intervención y liquidación de la captadora en los términos del Decreto 4334 de 2008, procedimiento previsto para la devolución de los dineros a los afectados.
- n. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL ESTADO COLOMBIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, FRENTE A LA LABOR DE VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL Y DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA, IMPIDE QUE SE LE SEÑALE COMO RESPONSABLE DEL FENÓMENO OCASIONADO CON LA DESBORDADA CAPTACIÓN ILEGAL DE DINEROS DEL PÚBLICO. El Estado Colombiano ha sido definido por la Constitución Política de 1991 como Estado Social de Derecho, que reconoce libertades a sus ciudadanos, libertad a cambio de la cual se espera el cumplimiento de los deberes que tienen los residentes en el país, tal como lo prevé el Artículo 95 superior.

Estas reflexiones aplican también al denominado constitucionalismo económico, esto es, al entramado económico del Estado desde la perspectiva tanto del ciudadano como de



la superestructura constituida tanto por el propio ente estatal, como por los agentes que interactúan en el mercado económico.

*"Las sociedades no podrán iniciar actividades en desarrollo de la empresa social sin que se haga el registro mercantil de la escritura de constitución y el civil cuando haya aportes de inmuebles, ni sin haber obtenido el permiso de funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades, cuando se trate de sociedades que conforme a la ley requieran dicho permiso antes de ejercer su objeto".*

La Constitución Política, dentro del contexto liberal que la enmarca, ha propendido por un modelo de libertad económica y empresarial, manteniendo la regulación y vigilancia económica en algunos sectores considerados como sensibles, para lo cual cuenta con las Superintendencias especializadas en cada materia.

La función del ente de vigilancia se ubica en una postura intermedia, en donde prima siempre el respeto a la libertad y a la autodeterminación de los coasociados, siendo la regla general la de estar al margen, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento determine lo contrario.

La normatividad adscribe al Estado el manejo de la economía, señalándole un papel de intervención mas no de control extremo, precisando aquellos campos en los que esta intervención se debe destacar más, siempre en beneficio del interés general.

Uno de los campos que se ha definido como de interés público corresponde a la actividad financiera, bursátil y aseguradora, así como cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, lo cual se justifica en tanto estas actividades parten de un principio de confianza en el sistema, que se ve reforzado con la intervención estatal.

En este orden de ideas, la Constitución Política actual se caracteriza por lo siguiente:

- La Constitución Política actual supuso para el Estado colombiano un cambio de mentalidad en lo económico y lo regulatorio, que aboga por un estado de mayor libertad, que se ve reflejado en la libertad económica y de empresa.
- Dichas libertades tienen como contrapartida una vigilancia del Estado, vigilancia que solo justificará la adopción de medidas en tanto que ellas sean precisas para ejercer el control de la economía en un determinado ámbito.
- La intervención del Estado es optativa y excepcional, salvo en los casos especiales previstos en el ordenamiento, de manera general la supervisión del sector financiero y bursátil.
- No obstante lo anterior, al tener el Estado el control de la economía, su intervención será requerida para mantener el orden público económico.
- En defecto de amenaza para éste, su actividad debe ser de menor intensidad.
- Y si existe amenaza, debe ser de tal magnitud y acreditada de tal forma que justifique cualquier medida de intervención.

Son estas las notas predominantes del papel del Estado Colombiano el concierto económico, de forma que sin lugar a dudas, cumplió con sus obligaciones ante la crisis generada por los captadores ilegales, de forma que no puede ser acusado de negligencia.

En este orden de ideas, un estado moderno no están en obligación de expedir normas extraordinarias para situaciones ordinarias, siéndole exigible solamente tal conducta cuando se pone en riesgo el orden público económico y la estabilidad económica del país.



No puede exigirse al Estado asumir un papel de policía de cada operación financiera individual, pues la dirección general de la economía es de carácter general.

- o. EXCEPCIÓN DE RIESGO TOMADO. EXISTENCIA DE RIESGO INHERENTE A LOS NEGOCIOS FINANCIEROS. CORRELACIÓN DEL RIESGO FRENTE A LA TASA DE RETORNO PROMETIDA Y CARÁCTER ALEATORIO DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS. El riesgo supone la imposibilidad de conocer con certeza los eventos que ocurrirán en el futuro, de manera que no se puede predecir el resultado de una determinada transacción, riesgo que corre quien decide destinar sus recursos de manera consciente como inversionista.

La rentabilidad de la transacción suele estar sujeta al riesgo, siendo significativamente mayor de manera proporcional al riesgo que se corre. El riesgo suele ser valorado a través de empresas especializadas en su calificación.

El riesgo también puede ser definido como la diferencia entre el rendimiento esperado y el efectivamente causado, dado que todas las inversiones conllevan la posibilidad de que haya una diferencia entre el rendimiento que se presume tendrá el activo y el rendimiento que realmente se obtiene de él, de modo que entre más grande sea la diferencia entre el rendimiento realizado y el esperado, el riesgo de la inversión es mayor.

En el presente caso, las personas que decidieron depositar su dinero en las captadoras, con el pleno conocimiento de la promesa de una rentabilidad exorbitada, decidieron asumir el riesgo que ello conllevaba.

Es importante precisar que existen dos (2) conceptos diferentes: uno, relacionado con el concepto de riesgo; y otro, relacionado con la actitud que se tome frente al mismo. El riesgo es un concepto que depende de las características específicas de la inversión que se realice o el activo financiero de que se trate, de allí que la actitud frente al riesgo depende del individuo en sí.

Es por ello que la decisión de depositar el dinero en entidades que no contaban con la debida autorización estatal, era un riesgo que debía asumir quien tomaba la determinación de realizar dicha inversión.

Lo anterior, si tenemos en cuenta que la presencia de un interés tan alto está directamente relacionada con el riesgo que corría el capital que se depositaba. Por tal motivo, la actitud de quien tomaba la decisión financiera no podía ser otra distinta que asumir un alto riesgo que, entre otras cosas, llevaba implícita la posibilidad de perder la totalidad del dinero invertido.

La promesa de recibir intereses o rendimientos exorbitantes implicaba presumir que podía existir una actividad ilícita, toda vez que una rentabilidad de proporciones tales como las que prometían dichas captadoras, de seguro no estaba respaldada por una estructura financiera segura ni certera y, sobre todo, legal.

En la teoría de la responsabilidad es en un principio el demandado el responsable de pagar la totalidad del daño causado al perjudicado sin que se tenga en cuenta el comportamiento de la víctima en la producción del hecho dañino. No obstante, si se tiene en cuenta el hecho de la víctima puede tener influencia jurídica respecto del monto de la indemnización y la graduación de la responsabilidad de quien presuntamente causó el daño.



El hecho de la víctima es importante desde el punto de vista de la responsabilidad civil para exonerar total o parcialmente al demandado a quien se reputa como causante de un daño.

Respecto de la determinación de la responsabilidad, existen dos hipótesis que deben ser diferenciadas. La primera, cuando la víctima es la única causante del daño, y la segunda cuando concurre con la culpa del demandado. En el primer caso, el demandado se exonera totalmente de la responsabilidad, pues no intervino en la producción del daño, y por ende no existe nexo causal entre éste y el daño causado.

Esto demuestra que las personas que depositaron su dinero en las captadoras ilegales no solamente eran libres de hacerlo o no, debiendo conocer las consecuencias y los riesgos de una rentabilidad tan alta como la que prometían esas entidades. Ello lleva a concluir que las víctimas decidieron correr un riesgo importante que deben asumir con las consecuencias que ello conlleva.

Se rompe entonces el nexo causal en tanto este es atribuible solamente a la conducta del captador y de depositante, lo cual no puede ser atribuido al Estado.

Cualquier persona diligente y prudente está en la capacidad de conocer el riesgo al que se enfrentaba, por lo tanto, debía estar dispuesta a asumir las consecuencias que de dicho riesgo se derivan.

Además, el acuerdo de voluntades tenía las características de un contrato aleatorio, pues se hizo una entrega de dineros por parte de la demandante a la captadora, mediante un acuerdo de voluntades, asumiendo entonces el riesgo que de tal actividad se derivaba.

Los contratos celebrados por las captadoras con los "depositantes", se han configurado como consensuales, bilaterales y onerosos, por medio del cual, una de las partes (depositante) entregaba una suma de dinero a otra (captadora ilegal) por un plazo determinado, al cumplimiento del cual la segunda se comprometía a restituir una suma equivalente al dinero depositado, así como un emolumento adicional por concepto de utilidades indeterminadas.

De estos elementos resalta una característica particular que permite distinguir este de otros contratos, referida al compromiso adquirido por parte del captador de hacer entrega de unas utilidades indeterminadas al vencimiento del plazo establecido.

Dentro del mercado de las entidades captadoras, se anunciaban utilidades que oscilaban entre un 50 y un 300% respecto de los montos depositados, ganancias que variaban de manera constante y sin que existiese una razón aparente para su ocurrencia, de manera que las inversiones fluctuaban dependiendo de factores ajenos a la voluntad del depositante, de forma que puede entenderse que este tipo de relaciones contractuales no solo estaba dominada en su esencia por un elevado riesgo financiero, sino que incluso se tornó en un contrato con los que la normatividad civil ha denominado aleatorios, atendiendo a la posibilidad de determinación de las prestaciones acordadas. El contrato aleatorio ha sido definido como aquel acuerdo de voluntades en el que una de las partes no puede conocer los alcances de las prestaciones adquiridas al momento de la celebración.

En efecto, la incertidumbre respecto de la prestación objeto del contrato supone que la determinación de su alcance será definida por circunstancias ajenas al mismo, de tal suerte que se asume el riesgo de obtener una ganancia o pérdida como consecuencia del acuerdo celebrado, sin que sea dable acudir a alguna instancia judicial o extrajudicial



para reclamar en caso de no obtener los resultados esperados, en la medida en que el contratante ha asumido, de manera anticipada, tal posibilidad.

Este hecho supone la ruptura del equilibrio entre las obligaciones de ambos contratantes respecto de las prestaciones debidas, ya que alguna de las partes asume el riesgo de obtener una ganancia o una pérdida como consecuencia del convenio celebrado.

De esta forma, incluso si las actividades desarrolladas por las captadoras hubieran cumplido con los requisitos señalados por la ley, no sería posible argumentar la responsabilidad del Estado en la medida en que la relación en la que se originó el daño alegado, provenía de dos (2) personas de carácter privado que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, disponen de su patrimonio y establecen en forma libre el objeto de sus acuerdos de voluntad sin que el Estado deba intervenir a efectos de controlar hasta el último aspecto de sus libertades individuales.

Se advierte que en el acuerdo de voluntades celebrado entre las captadoras ilegales y los ahora afectados, se advierte la ruptura de la conmutatividad entre las prestaciones de cada una de las partes dado que se trató de negocios jurídicos aleatorios, donde es carga de las partes soportar las consecuencias positivas o adversas de las prestaciones contraídas por cada una de ellas.

- p. EL ESTADO DISPUSO DE LOS MECANISMOS PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS POR PARTE DE QUIENES TENÍAN DICHA OBLIGACIÓN, ES DECIR, LOS INTERVENIDOS. EL ESTADO NO ESTÁ OBLIGADO A LA DEVOLUCIÓN PORQUE ÉL NO FUE CAUSANTE DE ALGÚN DAÑO. La responsabilidad de los perjuicios causados a los particulares que por su propia voluntad decidieron depositar los dineros en las captadoras sin contar con autorización del Estado, es atribuible única y exclusivamente a las personas naturales y jurídicas que dispusieron de sofisticadas estructuras y modalidades contractuales para realizar actividades delictivas, captando recursos del público de manera directa y bajo la promesa de obtener altos rendimientos financieros.

Bajo la teoría de la responsabilidad, cuando el hecho causante del daño no puede imputarse al demandado, falta uno de los presupuestos esenciales de toda acción de responsabilidad con es la imputabilidad física de un hecho al demandado, lo cual en el presente caso no se produce, siendo indispensable para efecto de la responsabilidad civil. La conducta es activa, cuando el agente con su propio comportamiento produce los elementos necesarios para que se produzca el resultado en el mundo exterior; la conducta es pasiva cuando el agente, al realizar una conducta, omite otra que es la determinante de la producción del daño.

Lo anterior, adquiere validez tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual: En la primera, la conducta del responsable será activa si se trata de un cumplimiento imperfecto o defectuoso; en cambio, en el incumplimiento absoluto la conducta del responsable se reprocha por su omisión en el cumplimiento pactado.

En la responsabilidad extracontractual, todas las instituciones están fundadas en una conducta del agente. Es por ello que la conducta del responsable es el fundamento de la responsabilidad.

En el presente caso, si bien los captadores realizaron una conducta activa ilícita consiste en la captación de dineros del público, además omitieron el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con las personas que habían entregado su dinero, de forma que existe tanto un comportamiento activo como lo es la captación no autorizada, como uno omisivo, consistente tanto en el incumplimiento de la devolución del dinero captado como en la entrega de los rendimientos prometidos.





Desde la óptica de la responsabilidad civil extracontractual y presumiendo la inexistencia de algún vínculo contractual, la comisión del delito implica la existencia de una conducta activa, hecho que de manera directa causa un perjuicio a la colectividad en general, siendo entonces el responsable de los daños el imputable de la conducta penal y no el Estado en tanto no fue quien cometió el acto delictivo generador del daño, al tiempo que no existe omisión en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia.

- q. **ABSOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.** La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa mediante providencia proferida el 6 de diciembre de 2011, dentro del expediente IUC-D-2010-878-300816, absolvió de responsabilidad disciplinaria a funcionarios y exfuncionarios de la Superintendencia Financiera, al hallarse plenamente desvirtuados los cargos formulados y por ende probado que no incurrieron en faltas graves y gravísimas endilgadas con relación a omisiones e incumplimiento de funciones e intervención tardía en el ejercicio de las mismas tendientes a evitar el fenómeno conocido como captación no autorizadas de recursos del público. En el auto se expresa en su parte motiva que los funcionarios cumplieron con la normatividad y actuaron con sujeción y alcance de lo dispuesto en las disposiciones pertinentes, tanto que se hizo necesario decretar el estado de emergencia económica y social por parte del Señor Presidente de la República.

#### 4.4 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Este demandado descurre el traslado de la siguiente forma:

##### 4.4.1 ACERCA DE LOS HECHOS

Respecto de los hechos de la demanda, este demandado explica que si bien la actividad financiera es sujeto de vigilancia permanente por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, desconoce los alcances de los términos inspección, vigilancia y control, pues las sociedades sometidas a inspección del Estado por medio de la Supersociedades, se encuentran en total libertad de actuar conforme al principio de libertad de empresa, que es de rango constitucional, estando obligadas solamente a reportar información cuando esta es solicitada (Artículo 83 de la Ley 222 de 1995).

No es cierto que el ejercicio empresarial de la sociedad DMG GRUPO HOLDING haya sido consentido y legitimado por el Estado, dado que la libertad de actividad económica está reconocida constitucionalmente, sin que pueda entenderse que la actividad de captación ilegal haya sido consentida por las autoridades en tanto se trató de una conducta disimulada y oculta.

Incorre en contradicción la demandante en los hechos por una parte el endilgar responsabilidad al Estado por no haber actuado antes y de esa forma evitar la defraudación, y por otro lado, dando a entender que la razón del daño fue justamente la intervención, pues no existían demandas o denuncias en contra de la captadora, de forma que debió permitírsele continuar con sus actividades.

La teoría del caso que plantea la parte actora parte de la clara convicción que tiene respecto de la actividad que venía desarrollando DMG Grupo Holding, situación que riñe con su queja de la supuesta omisión por parte de los demandados que permitió el actuar de la captadora por varios años.

Se aclara que la real naturaleza y actividad de la captadora y su carácter ilícito fueron ocultadas a las autoridades mediante sofisticadas operaciones comerciales, siendo lo único



cierto que las autoridades lograron verificar las causales de captación, lo cual permitió al Estado tener los elementos de juicio necesarios para adoptar el estado de excepción y expedir la normatividad adecuada para enfrentar tal situación.

Además de lo anterior, se infiere de los hechos que la demandante de manera autónoma decidió suscribir un contrato mediante el cual acordó una transacción con la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., al entregar dineros, asumiendo el riesgo inherente a tal actuación, pues dicha sociedad no estaba autorizada para captar recursos del público.

Tiene como cierto lo decidido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa en providencia del 6 de diciembre de 2011, mediante la cual absuelve de responsabilidad a los servidores de la Superintendencia Financiera de Colombia investigados dentro del radicado IUC-D-2010-878-300816, de forma que quedan desvirtuadas las afirmaciones hechas en la demanda respecto de la existencia de graves omisiones por parte de las autoridades competentes.

Respecto de la actuación de la Superintendencia de Sociedades, explica que ninguno de los hechos de la demanda son ciertos como a continuación se explica:

- a. La Sociedad DMG GRUPO HOLDING camufló su actividad captadora, lo cual dificultó su oportuna intervención, pues tal como lo prevé el Artículo 333 de la Constitución Política, la iniciativa privada y económica es libre, por lo que no se pueden exigir autorizaciones y requisitos para su ejercicio sino en virtud de la ley, regla que tiene su excepción en la actividad financiera, tal como lo señala el Artículo 335 de la Constitución Política.

En consecuencia, para su formación no pueden exigirse autorizaciones y requisitos sino en virtud de la ley, aspecto superior que lleva a la conclusión de que la vigilancia no puede constituirse, sino por el cumplimiento de los requisitos que señala la ley (Decreto 4350 de 2006).

- b. La Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de las funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control, tiene facultades para:
  - En inspección, solicitar y verificar la información jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial.
  - En vigilancia, puede exigir la presentación de información financiera periódica y otras medidas indicadas en el Artículo 84 de la Ley 222 de 1995.
  - EN control, puede someter a la sociedad y a sus órganos a excepcionales medidas tendientes a superar la crisis económica, jurídica, contable o financiera en que se encuentre la sociedad, autorizar sus reformas estatutarias y otras medidas establecidas en el Artículo 85 de la Ley 222 de 1995. Adicionalmente, los artículos 29 y siguientes de la mencionada ley, otorgan atribuciones a la Superintendencia para verificar el cumplimiento del registro de situaciones de control empresarial, matrices y subordinadas.

Se observa que el ejercicio de estas facultades de supervisión y con respecto al desarrollo del objeto social de las empresas, antes de la expedición del Decreto 4333 de 2008, la Supersociedades solo tenía atribuciones para verificar que el desarrollo del objeto social no desbordara la capacidad jurídica, no se ejercieran actividades ajenas al objeto social (ultra-vires)

- c. En los términos del Artículo 121 de la Constitución Política, las autoridades solamente pueden adelantar las actividades autorizadas por el ordenamiento jurídico, de forma que antes de la vigencia del Decreto 4334 de 2008, la Supersociedades solamente



contaba con facultades de supervisión sobre las sociedades comerciales y empresas unipersonales bajo las modalidades de inspección, vigilancia y control, sin poder extralimitarse en sus facultades con relación a las captadoras haciéndolas sujetos de medidas extraordinarias y ajenas a su capacidad legal, facultades con las que actualmente sí cuenta gracias al citado decreto.

Se sustrae de lo anterior que la supervisión que se ejerce sobre las sociedades comerciales, de conformidad con los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, están dirigidas a que las compañías en su constitución y funcionamiento cumplan con la ley y los estatutos sociales y en particular su objeto social. En consecuencia, tales actividades no comprenden la vigilancia de la actividad de la sociedad, es decir, el control no es objetivo sino subjetivo, de manera que la Supersociedades carecía de atribuciones para calificar la legalidad o ilegalidad de la actividad comercial de las intervenidas antes de la expedición del Decreto 4334 de 2008.

Así las cosas, la supervisión de este demandado no puede constituir causa eficiente ni razón por la cual un ciudadano decide depositar su dinero ante alguna organización sin alguna garantía y corriendo elevado riesgo. En la práctica, el mundo de los negocios exige un mínimo de cuidado por parte de los negociantes tendiente a minimizar la posibilidad de pérdidas.

- d. DMG funcionó por varios años y no siempre bajo la misma razón social, pues junto a GRUPO DMG S.A., que fue la sociedad inicialmente intervenida por la Superintendencia Financiera y respecto de la cual la Superintendencia de Sociedades inició sus investigaciones en enero de 2008, existían otras tantas que de una u otra forma servían de vehículos y de fachadas para encubrir la verdadera actividad de la misma, tales como Inversiones Sánchez Rivera y Cia S.A. así como el ya conocido DMG GRUPO HOLDING S.A., que fue creado precisamente para traspasar los recursos de GRUPO DMG S.A. una vez fue intervenida por la Superintendencia de Sociedades.
- e. Adicionalmente, DMG, gracias a la sofisticación de los medios empleados y en general por las CAPTADORAS ILEGALES, ocultó su verdadera actividad para eludir la figura de captación ilegal contenida en el Decreto 1981 de 1988, la cual requiere que los dineros se reciban sin tener como contraprestación el suministro de bienes o servicios, toda vez que acudieron a figuras tales como la venta de programas o proyectos turísticos, la venta de tarjetas prepago, la promoción o publicidad voz a voz, los contratos de cuentas de participación, la venta de proyectos inmobiliarios, entre otras.
- f. En ejercicio de las funciones indicadas, la Superintendencia de Sociedades en el mes de abril de 2008, luego de varios meses de trabajo de un equipo de funcionarios de la entidad sobre el Grupo DMG S.A., la sometió a control, al encontrar y verificar diversas situaciones críticas de carácter jurídico, contable, financiero y administrativo, documentándose la existencia de las siguientes irregularidades.

Libros de comercio	Los libros diario y mayor de balances no son llevados en debida forma
Incumplimiento de los estatutos sociales	<ul style="list-style-type: none"><li>• Incumplimiento de los estatutos sociales al no convocar al máximo órgano social a reunión ordinaria de accionistas los 3 primeros meses del año</li><li>• No se encontraron actas del Máximo Órgano Social ni de la Junta Directiva ni en las que se hubiere fijado remuneración al Revisor Fiscal ni a la representante</li></ul>



	<p>legal. Tampoco se encontró que se les hubiera pagado alguna remuneración</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• No se han designado miembros suplentes de la Junta directiva</li></ul>
Pago capital inicial y aumentos	<ul style="list-style-type: none"><li>• No hay evidencias de recibos de caja sobre el pago del capital inicial por parte de los accionistas (\$100.000.000), pese a que en la escritura de constitución se afirma que fue totalmente pagado</li><li>• Tampoco respecto de un aumento de capital a \$250.000.000</li><li>• Las 15.000 acciones de ese aumento fueron colocadas sin reglamento de suscripción</li></ul>
Causal de vigilancia	<ul style="list-style-type: none"><li>• Pese a que desde el 1 de abril de 2008 la sociedad está incurso en causal de vigilancia ante Supersociedades, no ha informado de tal situación</li></ul>
Conservación de documentos	<ul style="list-style-type: none"><li>• La sociedad no suministró a los funcionarios de Supersociedades el informe de gestión ni el dictamen de revisor fiscal, estados financieros o proyecto de distribución de utilidades de 2007</li><li>• Pese a que la sociedad no generó ingreso alguno desde su constitución en abril de 2007 hasta el cierre del ejercicio de 2008 (31 de diciembre), los accionistas aprobaron no distribuir utilidades y trasladarlas a una reserva ocasional</li></ul>
Desarrollo del objeto social	<ul style="list-style-type: none"><li>• No fue posible establecer si la actividad principal que está desarrollando DMG Grupo Holding S.A. (recepción de dineros del público por venta de Tarjetas Prepago DMG), guarda relación con el objeto social ("Explotar, producir, comercializar, comprar y vender, intermediar en la adquisición, en Colombia o en el exterior, de toda clase de electrodomésticos, vehículos, muebles y equipos para hogar y oficina, medicinas naturistas y productos naturistas").</li><li>• Debido al atraso contable, no fue posible establecer si efectivamente la sociedad está intermediando en la adquisición de bienes y servicios a través del sistema de tarjeta prepago DMG</li><li>• No fue posible conocer cuáles fueron los productos que adquirieron los clientes a través de la tarjeta prepago en DMG Comercializadora Virtual y Droguería Farmacentry Calle 130, entre otros, impidiendo además conocer si fue recaudado el IVA.</li><li>• Tampoco fueron suministrados los soportes, impidiendo conocer si efectivamente los clientes adquirieron productos y/o servicios de los proveedores y si fue recaudado el IVA (más de \$5.840 millones).</li><li>• De la revisión selectiva efectuada a varios documentos y comprobantes de las "tarjetas prepago", todos suscritos por el cliente, que soportan el recaudo del dinero y la adquisición de productos, las firmas autógrafas son diferentes, no obstante corresponder a la misma persona.</li><li>• De una prueba selectiva y muestra de 126 clientes, la compañía DMG Grupo Holding S.A., entre 14 de</li></ul>



	<p>septiembre y 31 de diciembre de 2007, recaudó en efectivo la suma de \$1.527'571.000 y solo 22 de esos clientes efectuaron consumo de la tarjeta portan solo la suma de \$17'912.720, "lo cual permite inferir que no todos los recursos recaudados... en efectivo de los clientes, son consumidos mediante la utilización de la tarjetas prepago DMG".</p>
Reconocimiento de hechos económicos	<ul style="list-style-type: none"><li>• Según balance general a 31 de diciembre de 2007, certificado y dictaminado, la contabilidad de la compañía no refleja su realidad económica</li><li>• Según planilla del 2 de abril de 2008 de la transportadora de valores "TransVal Ltda", figura que dicha transportadora entregó a la firma L&amp;A Asociados Ltda. (contador) la suma de \$148'020.000 en efectivo, sobre lo cual no fue suministrada ninguna respuesta a Supersociedades- El Contrato de Cuentas en Participación que suscribió la compañía en calidad de asociada oculta el 20 de noviembre de 2007 con la sociedad Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A.(asociada gestora), por la suma de \$22.000'000.000 (22 mil millones de pesos), el cual fue adicionado, según otrosí del 21 de diciembre de 2007 en la suma de \$47.000'000.000 (47 mil millones de pesos), no está registrado en la contabilidad. No se encontró evidencia del pago del impuesto de timbre de este contrato</li><li>• La cuenta del activo denominada Intangibles refleja un saldo de \$1.000'000.000 (mil millones de pesos), el cual corresponde al anticipo que realizó la sociedad DMG Grupo Holding S.A. a Grupo DMG S.A. para el uso de la marca. Sin embargo no fue presentado a Supersociedades el respectivo soporte (contrato) que permita establecer la razonabilidad de dicho saldo.</li><li>• La sociedad está incurriendo en gastos que no guardan relación de causalidad con su objeto</li></ul>
Manejo y destino de los recursos de la compañía	<ul style="list-style-type: none"><li>• Según prueba selectiva, de los dineros recaudados de los clientes entre el 14 de septiembre y 31 de diciembre de 2007 (de tarjetas prepago DMG) por la suma de \$49.224'837.406, ésta suma fue destinada en efectivo a Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A. \$28.321'053.892, a título de anticipos; recursos de los cuales la suma de \$25.161'027.435 fue trasladada por Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., en efectivo, a sociedades vinculadas al Grupo DMG, a título de préstamo y sin garantías</li></ul>
Situación de orden económico o administrativo	<ul style="list-style-type: none"><li>• Según balance general a 31 de diciembre de 2007, el total del activo asciende a la suma de \$44.984'839.597, de los cuales \$34.488'930.673 corresponde a anticipos. Así mismo, el total del pasivo asciende a la suma de \$44.736'251.635, de los cuales \$42.723.013.690 corresponden al pasivo con sus clientes por concepto de recaudos de dinero en efectivo.</li><li>• Sin embargo, por el atraso en la contabilidad, esto es a 31 de diciembre de 2007 no fue posible determinar si dichos anticipos han sido legalizados.</li></ul>



Medidas de control interno	<ul style="list-style-type: none"><li>• La sociedad no tiene establecida una medida de control interno o política para el conocimiento del cliente, que le permita verificar la actividad económica del mismo y la procedencia de los recursos que este entrega en efectivo a la compañía</li></ul>
----------------------------	---

La sociedad no tiene establecido alguna medida o política de control interno que permita al cliente verificar su actividad económica ni la procedencia de los recursos que entrega en efectivo a la Compañía.

A principios de 2008 se adelantaron distintas tomas de información a las sociedades Grupo DMG S.A., Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., DMG Grupo Holding S.A., Cenco Tecnología Ltda., Productos Naturales DMG S.A., Body Channel S.A DMG Publicidad y Mercadeo Colombia S.A, Bionat Labs S.A. y Global Marketing Colombia S.A., que permitieron conocer la actividad como captadoras ilegales.

- g. Durante el primer semestre de 2008 se adelantaron tomas de información respecto de las sociedades Inversiones Sánchez Rivera y Cía S.A., DMG Grupo Holding SA DMG, Publicidad y Mercadeo S.A., Bionat Labs S.A. y Global Marketing Colombia S.A., con el fin de investigar detalladamente la verdadera estructura de DMG.

En vigencia del Decreto 4334 de 2008 se establecieron las facultades para intervenir DMG y a 9 empresas más, permitiendo esta norma agilizar la devolución de los dineros mediante un procedimiento de toma de posesión.

Teniendo en cuenta la coexistencia de facultades por parte de las superintendencias Financiera y de Sociedades, el mencionado Decreto señaló la necesidad de que ambas entidades implementaran los mecanismos de coordinación orientados a evitar demoras y duplicidad de trámites.

Este Decreto establece el principio de universalidad del procedimiento e inembargabilidad de los recursos, al incorporar y mantener a disposición del mecanismo todos los activos, posibilitando la concurrencia de los posibles afectados al proceso preservando la igualdad entre los afectados al garantizar que todos tienen la misma posibilidad de recuperación, en función exclusivamente de la disponibilidad de recursos, para lo cual el Numeral 15 del Artículo 9 del Decreto 4334 de 2008, se presume que los bienes aprehendidos son de propiedad de los captadores, poniendo la carga probatoria en cabeza de los verdaderos interesados.

El Decreto 4334 de 2008 en el Artículo 13 establece un régimen de transición para las actuaciones relacionadas con captación no autorizada de dineros del público que se encontraban en curso en la Superintendencia Financiera de conformidad con su competencia ordinaria, conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Igualmente se estableció como régimen de transición para las actuaciones que fueron remitidas para liquidación al Juez Civil del Circuito por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, que aquellos casos en los cuales el juez no hubiere asumido conocimiento serían enviados a la Superintendencia de Sociedades para que se adelantara el procedimiento de toma de posesión para devolución de dineros previstos en el Decreto señalado.

En estas condiciones, se tiene que las autoridades demandadas no han causado daño directo ni indirecto a la demandante, siendo el daño causado por el particular gestor de la captación masiva e ilegal de recursos y por las personas que entregaron sus



dineros de forma voluntaria bajo la creencia en que recibirían extraordinarios rendimientos.

El Decreto extraordinario, con el fin de alcanzar los objetivos trazados por la emergencia social, entrega a la Superintendencia Financiera y a la Superintendencia de Sociedades las siguientes competencias respecto de los captadores ilegales:

- Adscribe a la Superintendencia de Sociedades la facultad de intervenir respecto de las actividades de captación o recaudo de dineros sin contar con la debida autorización legal, aumentando las posibilidades de intervención estatal a nivel de policía administrativa, para reprimir tal fenómeno, con el agregado del mayor poder con que administrativamente cuenta la Superintendencia de Sociedades frente a la supervisión de sociedades comerciales ordinarias, la mayor presencia territorial y la vastísima experiencia en los procesos concursales de diverso orden.
- La carga probatoria actualmente solamente se limita a la existencia de hechos objetivos o notorios que indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas que no cuenten con la debida autorización legal.
- Ante la dimensión del fenómeno de captación masiva, se requería la intervención del Estado de forma eficaz.

Respecto de la proscripción penal de la conducta, se agregó el tipo correspondiente en el tipo penal, excluyendo la posibilidad de penas sustitutivas como la presión domiciliaria o suspensión condicional de la ejecución de la pena, a fin de que se configurara en medida disuasoria.

No es cierto que la Superintendencia de Sociedades actuara de forma negligente o tardía frente a la avalancha de captadores masivos, tal como se afirma en la demanda, pues sus funciones debieron ser modificadas de manera extraordinaria a fin de que pudiera intervenir tales conductas. Estos decretos superaron el examen de constitucionalidad mediante la Sentencia C-135 de 2009.

En la mencionada providencia, la Corte Constitucional expone las siguientes conclusiones:

*"- Tras analizar los hechos invocados por el Señor Presidente de la República para la declaratoria del estado de emergencia, logró corroborarse con la información aportada al expediente, que los supuestos tácticos que dieron lugar a la misma realmente existieron, pues no solo hubo una proliferación desbordada en todo el país de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, sino también un número significativo de ciudadanos que entregaron sus dineros a dichos captadores ilegales comprometiendo su patrimonio, y generando así un riesgo considerable de recursos.*

*- Los hechos invocados en la declaratoria de un estado de emergencia social deben tener la doble calificación de sobrevivientes y extraordinarios, es decir, solo se exige que las circunstancias invocadas sucedan de manera improvisada y se aparten de lo ordinario o común, aspectos estos que se cumplieron en los supuestos tácticos analizados, pues "de/ conjunto de las pruebas relacionadas en el acápite correspondiente de esta decisión se desprende que desde el año 2007 se incrementaron las actividades de los captadores ilegales, los cuales se extendieron rápidamente por todo el país, mediante la apertura de agencias (cuando se trataba de personas Jurídicas) y establecimientos de comercio (cuando se trataba de personas naturales) en municipios de casi todos los departamentos. De esta manera un fenómeno*



*ya conocido adquirió proporciones alarmantes. Adicionalmente, tal como explican las distintas entidades administrativas, las modalidades sofisticadas de captación diseñadas, pensadas especialmente para aprovechar los vacíos legislativos, dificultaron la labor de control de las entidades estatales, las cuales finalmente se vieron desbordadas por la actividad ilegal.*

*También tiene el carácter de extraordinario y de sobreviniente la actuación de los ciudadanos que decidieron confiar sus ahorros a los captadores ilegales. En efecto, a pesar de la campaña emprendida por la Superintendencia Financiera para alertar a la población, mediante la publicación de avisos en distintos periódicos de circulación nacional y local, un número cada vez mayor de ciudadanos, atraídos por los beneficios ofrecidos decidieron participar de las operaciones de captación no autorizada. Tales hechos pueden ser calificados de anormales y excepcionales por dos razones, porque los inversores a pesar que sabían el riesgo que coma su patrimonio aun así seguían invirtiendo, es decir, que según términos económicos demostraron una peligrosa propensión al riesgo, anormal desde la perspectiva de la racionalidad económica y, por otra parte, porque su número crecía de manera casi exponencial, precisamente un requisito para obtener los beneficios ofrecidos era referir a nuevos inversionistas a los captadores no autorizados. En otras palabras, el esquema piramidal de funcionamiento de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público, propició que un número cada vez mayor de personas y de ahorros se viera incorporado a tales esquemas, lo que le confirió un carácter excepcional a la situación."*

Dada la dimensión del fenómeno y la gravedad del riesgo respecto de los recursos captados, existía una perturbación grave e inminente del orden social y económico del país, tal como ocurrió en algunas zonas, donde se presentaron alteraciones del orden público, de manera que no pudo incurrirse en 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 inminente y grave el orden social.

Resalta este demandado que para la época en que comenzaron a funcionar las captadoras ilegales, existían varias circunstancias que impedían ejercer un control sobre las mismas dadas sus características:

- **MODUS OPERANDI.** Las actividades de captación ilegal de dineros denominadas pirámides (o esquemas Ponzi), se distribuyeron por el territorio nacional, gracias a la sofisticación de los medios utilizados para engañar al público, no solo mediante la creación de empresas fachada, sino dificultando la labor estatal de control, dadas las formas contractuales atípicas creadas para ello y en las redacciones vagas e imprecisas de los objetos sociales registrados ante las Cámaras de Comercio.

Este esquema de sucursales, agencias y establecimientos se estructuró de forma que no dejaron evidencia de bases de datos consolidadas de los clientes, dificultándose la prueba de algunos de los supuestos necesarios para determinar la captación ilegal. Cabe resaltar que en épocas pasadas los captadores estaban localizados puntualmente, lo que facilitaba su detección rápida.

- **FALTA DE INFORMACIÓN.** Regularmente los clientes de estos captadores ilegales antes de la adopción de las medidas cautelares se quejaban o brindaban información positiva que sirviera como acervo probatorio de la captación ilegal,





pues en el afán de recibir el rendimiento prometido, asumían una actitud proclive ante las captadoras, que incluso llegó a generar una solidaridad especial entre el grupo de beneficiarios, aspectos estos que unidos a otra serie de circunstancias, impedían el control de las autoridades dentro del marco legal entonces vigente.

- **FALTA DE PRUEBAS.** La práctica de visitas de inspección se constituye en el mecanismo para la obtención de las pruebas de la captación. No obstante, por tratarse de actividades ilegales, éstas se adelantaban de manera informal, dado que no existían ni existen libros y papeles del comerciante o demostración de las conductas realizadas, los estados financieros no eran preparados conforme a la ley, no contaban con auditoría y las transacciones se realizaban en efectivo, de manera que no quedaron rastros documentales que permitieran el seguimiento.
- **FALTA DE COLABORACIÓN E INFORMACIÓN CIUDADANA.** La ciudadanía no brindaba mayor colaboración al supervisor en el sentido de no comunicarse con las autoridades y de no facilitar el recaudo de pruebas.
- **APARIENCIA DE LEGALIDAD.** Las sociedades captadoras se inscribían en las Cámaras de Comercio y registraban sus establecimientos, llegando a pagar impuestos e incluso exigiendo a sus usuarios tener RUT.

Se tiene entonces que lo afirmado en la demanda es contrario a la verdad, pues fue la crisis social derivada del fracaso masivo de las pirámides y de la insuficiencia de las medidas ordinarias vigentes para conjurar la crisis, lo que dio lugar a que el Gobierno Nacional se viera en la necesidad de declarar el estado de emergencia social, en cuyo marco se expide una nueva reglamentación con el fin de detener la captación masiva ilegal de forma eficaz.

#### 4.4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este demandado se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

#### 4.4.3 EXCEPCIONES

Como excepciones, este demandado propuso las siguientes:

- a. **FRAUDE A LA LEY Y ABUSO DEL DERECHO.** Se presentó fraude a la ley en tanto se realizó una conducta no autorizada por la ley de forma simulada con el fin de dificultar el control por parte de las autoridades, mediante el engaño a la comunidad con la promesa de imposibles rendimientos financieros a muy corto plazo.

El primer elemento objeto o material son los actos aisladamente válidos, reflejados en la conducta exterior de los agentes, pero que en conjunto producen un resultado prohibido por la ley (corpus)

El otro elemento corresponde a la intención o voluntad culposa de eludir las disposiciones imperativas o prohibitivas sustituyéndolas (animus)

Se presenta el abuso del derecho cuando se desarrolla una actividad protegida por el derecho en forma anómala o disfuncional con motivos inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparte den los fines económicos y sociales que les son propios, configurándose en fuente de la obligación indemnizatoria.



La doctrina ha manifestado que si el daño ocurre como consecuencia de un deber jurídico que tenga su origen en el contrato o como consecuencia efectiva de la inobservancia de la prestación principal o de un deber secundario de comportamiento que integra el contenido negocial, el perjuicio ha de considerarse en sede contractual, configurándose la falta de legitimación por pasiva de los accionados.

- b. **INEXISTENCIA DE TODOS LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD.** En el presente caso no aparecen demostrados los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, tal como se explica a continuación.

En cuanto al daño, a parte actora ha omitido su obligación de determinar efectivamente el daño sufrido ni precisa su cuantía.

En efecto, la devolución de los recursos reclamados por la demandante, debe adelantarse el procedimiento previsto en el Decreto 4334 de 2008, sin que sea dable una doble reclamación a través de este proceso judicial, debiendo tenerse en cuenta que la configuración del daño solamente puede resultar cuantificable una vez finalizado el respectivo proceso a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

No se configura tampoco la existencia de omisión o falta por parte de las autoridades demandadas, en tanto los hechos constituyeron una situación extraordinaria y sobreviniente frente a la cual se hizo necesario declarar la emergencia social.

En efecto, los hechos o circunstancias que dieron lugar a la proliferación de captadoras como la que ocasionó detrimento patrimonial a la accionante, constituyen un fenómeno social extraordinario y sobreviniente que se extendió por todo el territorio nacional, siendo necesario para el Gobierno Nacional el acudir a un estado de excepción dada la insuficiencia de la normatividad entonces vigente en cuanto a la competencia de las autoridades sobre la materia.

Debe tenerse en cuenta que los decretos extraordinarios superaron el examen de constitucional mediante la sentencia C-135 de 2009, en donde la Corte Constitucional reconoce la necesidad y proporcionalidad de la medida, con el fin de hacer frente a una situación extraordinaria y con el objeto de proteger a la población respecto de la actuación de las captadoras ilegales.

No resultan entonces de recibo las afirmaciones de la parte actora acerca de la tardía actuación de las autoridades, pues está demostrado con el documento elaborado por la Superintendencia Financiera antes de la declaración del estado de emergencia, el que la normatividad entonces vigente resultaba insuficiente para que las autoridades pudieran actuar de forma eficaz ante la amenaza.

Tampoco existe nexo causal entre el supuesto daño y la actuación de la autoridad, pues ninguna de ellas ha actuado de forma tardía o negligente respecto de sus competencias.

- c. **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.** El pleno cumplimiento por parte de las autoridades económicas de las obligaciones previstas en la Constitución Política y en la ley, no impide que las personas sean víctimas de estafas o de actividades ilícitas a las que ellos mismos se exponen voluntariamente, a pesar de las advertencias en los medios masivos hechas por las autoridades, resultando entonces evidente la culpa exclusiva de la víctima.
- d. **HECHO DE UN TERCERO.** El hecho generador del daño corresponde a la conducta ilícita de un captador no autorizado de dineros del público desarrollada bajo la apariencia de un contrato suscrito con la demandante de manera voluntaria.



No puede ser responsabilizado el Estado por una acción que no realizó, dado que debe existir una estricta relación de causalidad entre el daño ocasionado, el hecho y quien lo produce, y esos elementos no concurren en el presente caso.

En efecto, mediante el Decreto 4333 de 2008 se declaró el Estado de Emergencia Social e inmediatamente se profiere el Decreto 4334 del mismo año, mediante el cual se establece el procedimiento de intervención de las captadoras ilegales a efecto de asegurar sus activos y realizar las devoluciones a los afectados a través de un mecanismo de liquidación, sin que el Estado pueda disponer de recursos distintos a aquellos de propiedad de la captadora.

Ello confirma que quien es responsable de la devolución de los dineros y de la reparación de los eventuales perjuicios es el captador ilegal, interviniendo el Estado solamente con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas jurídicas, además de ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las superintendencias.

- e. **INEXISTENCIA DE CONDICIONES QUE PERMITAN CONFIGURAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.** La parte actora de forma errada argumenta que la omisión en su actuación por parte de las autoridades dio lugar a la formación de confianza legítima, pues se entendió que la actividad de las captadoras era tolerada.

Sobre el particular, no puede considerarse que asiste razón a la parte actora, en tanto debe acudirse a lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-131 de 2004<sup>6</sup>.

Considerado este criterio respecto de las personas que han resultado afectadas por intervenir en las captadoras ilegales, resulta claro que respecto de la demandante no se cumplen las condiciones que ha fijado la jurisprudencia para proteger la confianza legítima, pues su actuación no puede ser considerada como de buena fe en tanto esperaba imposibles rendimientos financieros, al tiempo que el Estado no está obligado a cubrir el incumplimiento del particular captador.

No puede alegarse buena fe cuando se decidió hacer entrega de dineros al captador a pesar de las advertencias hechas por las autoridades en los diferentes medios masivos de comunicación.

---

<sup>6</sup> “En tal sentido cabe señalar que como corolario del principio de buena fe, la doctrina y la jurisprudencia foráneas, desde mediados de la década de los sesentas, han venido elaborando una teoría sobre la confianza legítima, el cual ha conocido originales e importantes desarrollos a lo largo de diversos pronunciamientos de esta Corte.

Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De ahí que el Estado se encuentra en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.”



No puede considerarse que las autoridades respaldaban las actuaciones de las captadoras ilegales, pues se intervinieron las captadoras aplicando la legislación entonces vigente, y ante su insuficiencia, se expidieron normas de mayor alcance, con el fin de evitar la conducta ilegal de estos particulares.

La grave forma de culpa asumida por la demandante en virtud de su negligencia y complicidad con la actuación de la captadora, permite desvirtuar que su actuación haya sido de buena fe.

- f. EL ESTADO ACTUÓ PARTIENDO DE LOS INSTRUMENTOS CON LOS QUE CONTABA PARA EL MOMENTO EN QUE SE DETECTÓ LA EXISTENCIA DE LAS PRIMERAS PIRÁMIDES. Si bien se iniciaron un sinnúmero de actuaciones administrativas, solo en algunos casos especiales y partiendo de los hechos y pruebas recaudadas, se logró verificar la existencia de las causales de captación que permitieron a las autoridades adoptar las medidas cautelares que permitieran detener el crecimiento progresivo de estas actividades ilegales.

No puede afirmarse que el Estado no actuó, si desde el momento de la aparición de las primeras captadoras, ejerció actividades de control y vigilancia, y adoptó las medidas necesarias, siempre dentro del marco de sus competencias.

Resulta incorrecto afirmar que la actuación del Estado fue tardía en tanto se reflejó solamente al momento de imponer las sanciones, pues para el efecto fue necesario cambiar la legislación mediante un mecanismo de emergencia, lo cual resulta indicativo de la gravedad de la situación.

- g. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR SUBSISTIR UN CAMINO JUDICIAL PRIVATIVO, EXPEDITO Y EXCEPCIONAL PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS. Dada la naturaleza del contrato celebrado por la accionante con la captadora, le corresponde acudir al procedimiento previsto en el Decreto 4334 de 2008, el cual es de naturaleza judicial y especial para la devolución de los dineros a las víctimas.
- h. INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. La jurisprudencia del Consejo de Estado indica que la conducta de las autoridades para que pueda dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado debe corresponder a la causalidad adecuada, lo cual no se produce en el presente caso, pues el responsable del daño sufrido por la accionante corresponde a la sociedad captadora.

Se puede llegar entonces a las siguientes conclusiones:

- La demandante hizo entrega de su dinero con posterioridad a la publicación de las advertencias hechas por las autoridades a través de los medios masivos de comunicación en el mes de julio de 2008.
- La demandante se dejó llevar por la promesa de jugosas utilidades, conducta que no puede predicarse de las autoridades.
- En la demanda se reconoce lo siguiente: 1. La demandante tenía conocimiento de los porcentajes exactos de utilidades que le decían iba a recibir una vez se venciera el plazo pactado; 2. Conocía y no le importaba el riesgo que dicha operación comportaba; 3. Las actividades adelantadas por DMG no estaban avaladas por el Estado.
- Los mecanismos jurídicos ordinarios con que contaban las demandadas resultaban insuficientes para controlar la crisis generada por los captadores no autorizados.
- El descalabro financiero que pudiera sufrir la demandante no obedece a la falta de control de las autoridades, sino a la conducta oculta de la captadora ilegal.



- Se trató de un fenómeno sobreviniente e imprevisto que desde su apariencia de legalidad desafió toda la institucionalidad impidiendo y dificultando la actuación de las autoridades, lo que generó abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer actividades financieras en forma irregular.
- La demandada no puede responder por situaciones excepcionales que requirieron la adopción de medidas extraordinarias, que fueron adoptadas de forma eficaz y oportuna.
- No puede pretenderse que las autoridades ubiquen un funcionario en cada esquina de cada barrio en la totalidad de los municipios del país con el fin de examinar cuáles negocios realizaba la accionante.
- Estos argumentos demuestran el rompimiento del nexo causal entre el hecho y el daño que dice haber sufrido la demandante, no pudiendo ser responsable el Estado por las actuaciones propias de aquella.
- La Superintendencia de Sociedades no contaba con herramientas jurídicas suficientes antes de la declaración del estado de emergencia social en noviembre de 2008.

#### SENTENCIAS A FAVOR DEL ESTADO SOBRE LAS CAPTADORAS ILEGALES DE DINERO

Diferentes despachos judiciales han proferido sentencias a favor del Estado relacionados con las captadoras ilegales de dinero:

Despacho	Radicación	Fecha	Demandante
Juzgado 2º Administrativo del Circuito de Popayán	19001333100220110016400	2014/02/14	Carmen Socorro Urra
Juzgado 2º Administrativo del Circuito de Popayán	19001333100220110028900	2014/05/30	Blahumer Antonio Toro Patiño
Juzgado 2º Administrativo del Circuito de Popayán	19001333100220100054400	2014/10/08	Carlos Harlén Velasco Palta
Juzgado 38 Administrativo de Circuito de Bogotá	11001333103820110022600	2015/05/27	Carmen Rosa María Abella C.
Juzgado 1 Administrativo de Descongestión de Pasto	52001333170120100002100		Pablo Lizardo Acosto Solarte y otros

#### 4.4.4 RAZONES DE LA DEFENSA

En cuanto al tema de la responsabilidad del Estado, indica este demandado que no existe relación de causalidad entre las funciones constitucionales a cargo de la Superintendencia de Sociedades respecto de la proliferación de las captadoras ilegales, en tanto fueron las personas que entregaron sus dineros quienes incurrieron en omisión de actuar con el deber de cuidado necesario para el manejo de negocios.

Para la declaratoria de responsabilidad del Estado, se requiere de la concurrencia de los tres elementos que la configuran, toda vez que se adoptaron las medidas extraordinarias incluso para hacer frente a la amenaza al tiempo que se hicieron las publicaciones de advertencia en los medios de comunicación con el fin de evitar que los particulares siguieran haciendo entrega de sus dineros a entidades no autorizadas.

Como razones de la defensa especiales, se plantearon las siguientes:

- a. Es cierto que la demandada ejerce funciones de inspección, vigilancia y control respecto de las sociedades mercantiles, debiendo aclararse que solamente a partir de la vigencia del Decreto 4333 de 2008, tuvo la posibilidad legal de intervenir las captadoras ilegales respecto de su actividad no declarada.



- b. La Superintendencia de Sociedades realizó visitas a DMG Holding S.A. e Inversiones Sánchez Rivera y Cia S.A., gracias a las cuales se dio inicio a las actuaciones que terminaron con sus actividades.
- c. Se reitera que la Superintendencia de Sociedades no otorga permisos de funcionamiento a alguna sociedad, pues tal competencia desapareció desde la entrada en vigencia del Decreto 2155 de 1992.

Además de lo anterior, conforme al Inciso 3º del Artículo 116 de la Constitución Política, algunas funciones jurisdiccionales pueden ser desarrolladas por autoridades administrativas, como lo prevé la Ley 222 de 1995 en su Artículo 214 respecto de la Superintendencia de Sociedades en cuanto a los procesos concursales.

- d. La demanda se fundamenta en la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, lo cual no puede configurarse en tanto no existió falla en el servicio, pues la demandada actuó conforme al ordenamiento entonces vigente, el daño obedeció a la conducta exclusiva y voluntaria de la demandante al depositar sus dineros en la captadora al creer en sus promesas a pesar de su inverosimilitud, y tampoco existe nexo causal en tanto el perjuicio que la demandante afirma haber sufrido no tiene su origen en alguna actuación de las autoridades.

No puede pretenderse que a través de este proceso se devuelva a la demandante el dinero que entregara a la captadora ilegal, en tanto el Decreto 4333 de 2008 prevé un trámite específico para el efecto.

Además, a través de los medios se hicieron las advertencias al público por parte de las autoridades.

Además, respecto de la confianza generada por el Estado, se tiene lo siguiente:

- El Decreto 2920 de 1982 buscaba establecer las normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano, no obstante, debe entenderse que el significado de la expresión "captar dinero del público", actividad propia del sector financiero, que por su impacto solamente puede ser desarrollada previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- No aplica al presente caso la confianza legítima en tanto no se estructuran los elementos que la jurisprudencia ha reconocido como necesarios para que esta se configure.
- La oferta de jugosos intereses hizo que la accionante no tuviera precauciones a la hora de hacer entrega de su dinero a la captadora ilegal, al tiempo que no puede entenderse que el Estado deba interferir en cada una de las transacciones realizadas por los particulares a efecto de impedir que se hagan daño.
- El Estado siempre ha indicado cuáles instituciones están autorizadas para captar dineros del público al tiempo que ha anunciado que la captación ilegal es un delito.
- Sin perjuicio de la responsabilidad particular del gestor de la captación masiva, se tiene que los particulares que hicieron entrega de sus dineros asumieron el riesgo de manera consciente y voluntaria, celebrando alguna forma de contrato con la captadora.
- Para argüir la existencia de la voluntad deben darse los siguientes requisitos:
  - Debe ser seria (intención de producir consecuencias jurídicas)
  - Debe ser manifestada
  - Debe existir concordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada, que en el presente evento se concreta en el ofrecimiento de altos rendimientos



- financieros por parte de las captadoras ilegales, y del demandante en aceptar las condiciones de aquellos a pretexto de recibir lo que le prometieron.
- En este orden de ideas, la voluntad de las partes tuvo como elemento subjetivo la intención de engañar (pagar y obtener intereses por fuera del mercado bancario); y como elemento objetivo o material: las maniobras, maquinaciones, artilugios que llevan al engaño, o lo que es igual, la forma de realizar el engaño. Aquí cabría preguntarse si ¿existen causa y objeto lícitos?
  - En desarrollo de la autonomía de la voluntad privada, la accionante, entregó su dinero asumiendo el riesgo de una actividad no regulada y sin autorización del Estado, presupuesto por el cual no puede descartarse el hecho de que el daño que se dice ocasionado tiene origen en su propia culpa.
  - Frente al supuesto de un eventual descalabro financiero del que pudo haber sido objeto la demandante, el mismo no fue resultado de la falta de control a las actividades de captación, sino consecuencia de las argucias de las captadoras ilegales, sin que efectivamente estuvieran autorizadas válida y legalmente para realizar este tipo de operaciones, y de la camaradería para con ellas por parte de los "inversionistas" o "ahorradores" entre ellos el demandante.
  - No puede la demandante alegar a su favor la propia culpa, rompiéndose de esta forma el nexo causal respecto de las demandadas. No corresponde al Estado probar algo, pues la tesis del caso de la parte actora se basa en que las autoridades tendrían el deber de impedir que las personas sufran daños mediante una persona dedicada a la vigilancia y control de cada actividad de los particulares.
  - A pesar de que las autoridades publicaran bastantes alertas a través de los medios masivos de comunicación, la accionante decidió exponer sus recursos al riesgo.
  - No puede el Estado asumir la responsabilidad por la conducta de los particulares que a pesar de las advertencias publicadas por las autoridades.

Además, la única manera de devolver los dineros aprehendidos o que lleguen a recuperarse en los trámites de intervención está dada por el debido proceso establecido en el Decreto con fuerza de ley, y conforme a los criterios de devolución señalados en el artículo 10° del mismo, en igualdad de condiciones para todos los afectados, sin lugar a privilegios ni preferencias de ninguna índole y mucho menos la posibilidad de cambiar los requisitos para la presentación y aceptación de reclamaciones.

Como se ve, se mantienen los requisitos del debido proceso previsto en el Decreto 4334 de 2008, garantía constitucional que prevalece inclusive sobre otros derechos fundamentales, pues como principio de orden público constituye la única fórmula para distribuir con certeza los derechos de los afectados

En ese orden de ideas, es evidente que, contrario a lo manifestado por el actor, el Estado no ha sido pasivo ni negligente ante la proliferación de las entidades dedicadas a la actividad de captación ilegal de dineros del público.

#### OTRAS RAZONES DE LA DEFENSA RESPECTO DE LA CAPTADORA ILEGAL "DMG"

Entre los sofismas de distracción empleados por DMG para distraer se resumen los siguientes:

- Las sumas de dinero recibidas por DMG de parte de sus "ahorradores", así como los "rendimientos" pagados a estos, comenzaron a realizarse en efectivo a finales de 2006, con el fin de evitar los controles estatales al no dejar huella de tales movimientos, pues



- si se hiciera a través del sistema financiero, se habrían producido investigaciones, como efectivamente ocurrió el 19 de abril de 2006, cuando el Presidente del Banco Agrario informó a la Superfinanciera, que dentro de la labor de prevención del lavado de activos se detectó una posible captación de dineros del público por parte del Grupo DMG, y de la sociedad Comercar y Mercader Ltda, pues en varias partes del país se evidenció que en el primer semestre de 2006, la primera sociedad recibió en una cuenta corriente a su nombre desde diferentes municipios y por diferentes personas, consignaciones por una cuantía aproximada de \$2.469.071,124.00 y la segunda por casi \$496.000.000.00.
- La creación de las llamadas tarjetas prepago así como el documento contentivo de las condiciones de uso y reglamento, que se concibieron con el objeto de ocultar la captación ilegal de dineros, pues si bien en teoría suponían un medio para la adquisición de bienes y servicios, en realidad los depositantes solicitaban la devolución del dinero más unos rendimientos al vencimiento del término pactado contractualmente, encubriendo la actividad principal.
  - La constitución de varias empresas con distintos nombres y objetos sociales que permitieron no solo el lavado de activos sino también la celebración de múltiples operaciones, contratos, artimañas jurídicas, contables y financieras, traspaso de fondos y dineros de empresas fachadas, transporte de dineros y hasta la posibilidad de relacionarse con personas de los medios, de sector social y político influyente en el país.

Fue así como en desarrollo de lo aquí indicado David Murcia creó no solo la sociedad GRUPO DMG S.A., sino otras tantas como Comercial y Mercader Ltda., comercializadora de productos, o Inversiones Sánchez Rivera Cía S.A. (Gran Trigal), con la que se lavaban activos, DMG Grupo Holding S.A que fue la empresa creada para reemplazar a la primera cuando la Superintendencia Financiera la intervino al encontrar varias fallas administrativas, Body Chanel Canal, que era la empresa en la que generaba no solo grandes contactos sino trasladaba grandes sumas de dinero. Transportadores Estratégicos de Valores Unidos Ltda., que era clave para el transporte y circulación de dineros, y otras tantas que de una u otra forma servían para cubrir las actividades desplegadas por los creadores de DMG, y en general se configuraban como vehículos para el desarrollo en conjunto de la actividad de captación no autorizada.

La toma de información del 26 de marzo de 2008 a la sociedad GRUPO DMG S.A., con el fin de verificar la procedencia de los recursos de capital, la actividad social y el cumplimiento del desmonte del recaudo de dineros ordenada por la Superintendencia Financiera, permitió observar lo siguientes:

Sociedad Grupo DMG S.A.  
Composición accionaria

David Helmutmur Cia Guzmán	51%
Joanne Ivette León Bermúdez	41%

Inversiones del Grupo DMG S.A.

Se estableció que la sociedad Grupo DMG S.A. realizó en las sociedades detalladas a saber y que para la época mantenía:

Bionatlbs S.A.	95%
Colombian Atlantic Marine Corporation S.A.	90%
DMG Fashion S.A.	90%
Global Marketing Colombia S.A.	90%
DMG Publicidad y Mercadeo S.A.	90%
DMG Ventas por Catálogo S.A.	51%





Sociedad Grupo DMG Holding S.A.  
Composición accionaria

David Eduardo Murcia Guzmán	51%
Joanne Ivette León Bermúdez	34%

Se observó además lo siguiente:

"1. GRUPO DMG S.A. es accionista mayoritaria de las siguientes sociedades en los siguientes porcentajes: En Global Marketing Colombia S.A. tiene un 90% de acciones en DMG PUBLICIDAD Y MERCADEO COLOMBIA S.A. un 90%, y en BIONAT LABS S.A. antes LABORATORIOS DMG S.A. un 95%.

2. Respecto a la Sociedad Sánchez Rivera y Cia S.A. se observó que ésta a celebrado operaciones durante el año 2007 con GRUPO DMG S.A. Y DMG GRUPO HOLDING S.A.

"Operaciones con Grupo DMG SA.

El 5 de marzo de 2007 Grupo DMG S.A. (El operador) e Inversiones Sánchez Rivera y CIA S.A. (el establecimiento), suscribieron un acuerdo para la utilización de tarjetas bajo el sistema de prepago de consumo y otros, cuyo término de duración es de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firme, pactándose que la comisión que deberá reconocer y pagar el establecimiento al operador será el equivalente al ocho por ciento (8%) del valor bruto de cada venta de bienes y servicios, excluido el valor del impuesto que grava el consumo, liquidado sobre toda la operación que se realice por el sistema de tarjetas prepago respecto de los bienes y servicios que comercializa los establecimientos que cuenten con la razón social El Gran Trigal (de propiedad de la sociedad Inversiones Sánchez Rivera y Cia S.A.), los cuales serán deducidos y descontados a través del sistema de pagos antes mencionado.

Por medio del acuerdo, las partes definieron bases sobre las cuales operará el uso de tarjeta prepago que administra El Operador, por parte de los tenedores de las mismas en el Establecimiento, exclusivamente para la adquisición de bienes y servicios que serán cancelados a éste último por el operador, dentro de los plazos y en las condiciones que allí se señalan, teniendo en cuenta la deducción de la comisión del operador.

En virtud de dicho acuerdo, en el periodo comprendido entre febrero y diciembre de 2007, Grupo DMG S.A. transfirió a Inversiones Sánchez Rivera y Cia S.A. la suma de \$8.980.471.371, por concepto de "Convenio Anticipo Tarjetas Prepago", según recibos de caja, suma que se encuentra registrada en la subcuenta código PUC 28050535 denominada Anticipos y Avances Recibidos Grupo DMG S.A., la cual fue cruzada con tarjetas y facturas de Grupo DMG S.A., según el libro auxiliar a 31 de diciembre de 2007.

• Operaciones con DMG Grupo Holding S.A.

El 20 de diciembre de 2007 DMG Grupo Holding S.A. (El Operador) suscribió con Inversiones Sánchez Rivera y Cia. S.A. (El Establecimiento) un Convenio para la utilización de tarjetas bajo el sistema de prepago de consumo y otros, cuyo término de duración es de dos (2) años, contadora partir de la fecha de su firma.

Dentro de las obligaciones particulares de El Operador está entre otras la de "Realizar un anticipo a El Establecimiento para garantizar los consumos futuros realizados



*mediante el sistema de Tarjeta prepago o por compras directas del Operador al Establecimiento, cuando las partes así lo convengan.*

*En dicho convenio fue pactado que la comisión que deberá reconocer y pagar El Establecimiento al Operador será equivalente al ocho por ciento (8%) del valor bruto de cada venta de bienes o servicios, excluido el valor del impuesto a las ventas y/o cualquier otro impuesto que grave el consumo, liquidado sobre toda operación que se realice por el sistema de Tarjetas prepago respecto de los bienes y servicios que comercializa El Establecimiento, los cuales serán deducidos y descontados a través del sistema de pago antes mencionado.*

*En virtud de dicho convenio, en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre y 31 de diciembre de 2007, DMG Grupo Holding S.A. transfirió, en efectivo, a Inversiones Sánchez Rivera y Cia. S.A. la suma de \$31.751.635.205, por concepto de anticipo convenio tarjetas, según recibos de caja, suma esta que se encuentra registrada en la subcuenta código PUC28050535 denominada Anticipos y Avances recibidos DMG Grupo Holding S.A.*

*De la suma de \$31.751.635.205, recibidos de DMG Grupo Holding S.A., Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., efectuó desembolsos en efectivo, por la suma de \$25.161.027.435, a título de préstamos a las siguientes sociedades, según comprobantes de egreso:*

<i>Immunovida Biomedicina y Cía. Ltda.</i>	<i>\$98.500.000</i>
<i>IPS Salud y Vida</i>	<i>31.429.338</i>
<i>Inversiones Murcia León Ltda.</i>	<i>82.528.961</i>
<i>Productos Naturales DMG S.A.</i>	<i>1.191.521.630</i>
<i>DMG Construcciones S.A.</i>	<i>1.026.446.148</i>
<i>Body Channel S.A.</i>	<i>16.044.985.983</i>
<i>DMG Cenco Tecnología Ltda.</i>	<i>519.527.807</i>
<i>DMG Fashion S.A.</i>	<i>2.053.553.890</i>
<i>DMG Publicidad y Mercadeo S.A.</i>	<i>4.104.533.678</i>
<i>Bionat Labs S.A.</i>	<i>8.000.000</i>

*Las anteriores sumas de dinero se encuentran registradas en la subcuenta código PUC 13309501 denominada anticipos y avances.*

*Llama la atención a la comisión visitadora, que, los comprobantes de egreso soporta de los desembolsos en efectivo de las anteriores sumas de dinero, no se encuentran consecutivamente, ni se conservan en Las respectivas A-Z del mes al que corresponden.*

*Además, no se obtuvo evidencia del medio utilizado por las compañías DMG Grupo Holding S.A. e Inversiones Sánchez Rivera y Cía S.A. para el traslado de los recursos en efectivo.*

- *Operaciones intermedias con Cenco Tecnología Ltda*

*En virtud de La diligencia adelantada en Cenco Tecnología Ltda. se estableció que esta Compañía no ha recibido de inversiones Sánchez Rivera y Cía. SA., la suma de \$519.527.807, pues según manifestación escrita de ía representante legal, ni la firma ni el sello estampados en el comprobante de egreso 005-00000005079 del 1 de diciembre de 2007, corresponden a Cenco Tecnología Ltda. Por lo anterior sugerimos dar traslado de este hallazgo al ente investigador pertinente.*



- *Operaciones intermedias con Body Channel S.A.*

*Con ocasión de la diligencia adelantada en Body Channel S.A., Canal de Cuerpo S.A., es de mencionar que en declaración rendida por la señora Diana Iveth Marcelo Ramírez, tesorera de la compañía, ésta manifestó que no recibió la suma de \$16.044.985.983, ni vio ningún soporte o recibo de caja que acreditara el recibo de ese dinero, además al ponérsele de presente los recibos de Caja números GG0474, 000475 y 000476 del 31 de diciembre de 2007, por las sumas de \$5.000.000.000, \$6.044.985.983 y \$5.000.000.000 respectivamente, de Body Channel S.A. Canal del Cuerpo SA., documentos a los cuales se encuentran adjuntas fotocopias de los comprobantes de egreso 05-00000005075, 005-00000005084 y 005-00000005083 del 21, 31 y 27 de diciembre de 2007 de Inversiones Sánchez Rivera y Cía. Ltda., también manifestó desconocer los recibos de caja, por cuanto para el mes de diciembre de 2007 los recibos de caja los elaboraba manualmente porque no tenía Helisa, y agregó que el sello que aparece en los citados documentos no es el usado en Tesorería, toda vez que el utilizado por el departamento a su cargo no dice Tesorería.*

*Es de señalar además que La tesorera en su declaración manifiesta, ser la única persona responsable de recibir dinero en efectivo para cancelar proveedores, y según certificación expedida por recursos humanos, la señora Diana Marcela Ramírez, en el mes de diciembre de 2007 no disfrutó vacaciones, sólo tomó vacaciones del 2 al 8 de enero de 2008.*

*En acta de cierre de diligencia adelantada en Body Channel S.A., suscrita el 4 de abril de 2008, el representante legal y el contador de la citada compañía, respecto de la suma de \$16.044.985.983 manifestaron que dichos recursos no habían ingresado físicamente a las arcas de La Sociedad, por cuanto los mismos fueron enviados directamente de Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., a la sociedad Grupo DMG S.A., para cancelar una deuda que tenía Body Channel S.A. con Grupo DMG S.A.*

*A La comisión visitadora fue presentada la nota crédito No. 00004 del 31 de diciembre de 2007 de Body Channel S.A. Canal del Cuerpo S.A., documento en el cual fueron afectadas las cuentas códigos PUC 11050601 (db) denominada Caja Tesorería y 230501 (cr) denominada cuentas corrientes comerciales, por concepto, según la nota, "Devolución préstamo a DMG", por la suma de \$16.044.985.983. A dicho documentó se encuentra adjunta una fotocopia del recibo de caja No. 000958 del 31 de diciembre de 2007 de Grupo DMG SA. emitido por Grupo DMG S.A., donde se observa la entrada a caja de los citados recursos y la cancelación de la cuenta por cobrar de Body Channel Canal del Cuerpo SA.*

*Sobre el particular no existe evidencia alguna del traslado de los citados en efectivo por parte de Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A a Grupo DMG S.A*

- *Operaciones intermedias con Productos Naturales S.A.*

*El 1º de diciembre de 2007, según comprobante de egreso G-005-00000005077-001 Inversiones Sánchez Rivera y Cia. S.A., trasladó recursos en efectivo a Productos Naturales DMG Ltda., por la suma de \$.1.191.521.630, a título de préstamo, sobre lo cual no existen garantías. A La comisión visitadora no fue aportada evidencia alguna del medio utilizado para el traslado del dinero en efectivo.*

- *Operaciones intermedias con DMG Publicidad y Mercadeo Colombia S..A.*



*Según comprobantes de egreso, en el periodo comprendido entre el 23 de octubre y 31 de diciembre de 2007, la sociedad visitada trasladó recursos en efectivo a DMG Publicidad y Mercadeo Colombia S.A., por la suma de \$4.104.533.678, a título de préstamo, cartera sobre la cual no existen garantías. Tampoco fue aportada evidencia alguna del medio utilizado para el traslado del dinero en efectivo.*

- *Desembolso de Recursos a Elite Entertainment Televisión S.A.*

*Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A. desembolsó a la sociedad Elite Entertainment Televisión S.A., durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007 la suma de \$1.680.000.000, por concepto de préstamo capitalización compañía, según comprobantes de egreso y soportes, suma ésta que se encuentra registrada en la subcuenta código PUC 13102001 denominada cuentas corrientes comerciales - particulares.*

*Sobre los anteriores préstamos no existen garantías. Adicionalmente los administradores se extralimitaron en sus funciones, por cuanto dichos préstamos no guardan relación con el objeto de la compañía.*

- *Desembolso de recursos a Comercializadora Listo S.A. (vigilada por esta Entidad)*

*Entre los meses de enero y febrero de 2008 DMG Grupo Holding S.A. desembolsó en efectivo a Inversiones Sánchez Rivera y Cía. SA., la suma de \$8.522. 692.600, según recibos de caja, recursos éstos que fueran consignados en las cuentas corrientes números 21000210361 y 0013-0540-90-0100008711 del Banco Caja Social y BBVA respectivamente, a nombre de la sociedad visitada.*

*De los anteriores recursos fueron girados por Inversiones Sánchez Rivera y Cía. SA. A la compañía Comercializadora Listo SA., (según cheques de gerencia), la suma de \$8.172.423.160 para la adquisición de la totalidad de las acciones y unidad de negocios que conforma a Listo SA., incluyendo entre otras, establecimientos de comercio en las ciudades de Tunja, Sogamoso, Chiquinquirá, Viüeta, Mariquita, Honda, La Dorada, Girardot, Espinal, Florencia, La Plata y Pitalito, según contrato de compraventa suscrito entre las parte el 21 de enero de 2008, cuyo precio pactado fue la suma de \$8.422.423.159.*

*No fue posible conocer el registro contable de la anterior transacción, por cuanto la sociedad no lleva contabilidad al día.*

*Es de mencionar que sobre el anterior contrato no fue de demostrado el pago del correspondiente impuesto de timbre, sobre lo cual consideramos pertinente dar traslado a la DIAN para lo de su competencia.*

- *Contratos Cuentas en Participación*

*En la diligencia adelantada en la sociedad denominada Grupo DMG S.A. se observó que como consecuencia de las decisiones adoptadas por La Superintendencia Financiera mediante Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, confirmada por Resolución 1806 del 8 de octubre del mismo año. Grupo DMG SA. rescindió el 17 de septiembre de 2007 y Liquidó el 14 de diciembre de 2007 unos contratos de cuentas en participación que había suscrito en calidad de asociado oculto en los años 2006 y 2007 en las sociedades Body Channel S.A., Inmunovida Biomedicina y Cia. Ltda., Productos Naturales DMG SA, DMG Fashion S.A., DMG Publicidad y Mercadeo Colombia SA., Bionat Labs SA. y DMG Construcciones S.A., quienes en los citados contratos eran las sociedades gestoras; y que Inversiones Sánchez Rivera y Cía.*



*Ltda. (como asociada oculta) suscribió el 18 de septiembre y 23 de noviembre de 2007 con las mismas sociedades (asociadas gestoras) contratos de cuentas en participación, lo que permite inferir que Inversiones Sánchez Rivera y Cía., reemplazó a Grupo DMG S.A. en los mismos.*

*También se observó que Inversiones Sánchez Rivera y Cía. suscribió el 20 de noviembre de 2007, en calidad de asociada gestora, un contrato de cuentas en participación con la sociedad DMG Grupo Holding SA. (asociada oculta), y posteriormente el 21 de diciembre del mismo año suscribieron un Otrosí al mismo; compañía esta última que desde el mes de septiembre de 2007 tiene a su cargo la venta de las tarjetas prepago DMG, cuya actividad la estaba desarrollando la sociedad Grupo DMG S.A.*

*Es de mencionar que los anteriores contratos no figuran en la contabilidad de la sociedad visitada, según balance de prueba a 31 de diciembre de 2007”...*

Además, a través de varios medios masivos de comunicación, se advirtió de manera oportuna sobre las actividades desarrolladas por el Grupo DMG S.A. así:

Fecha	Medio	Observación
2006/02/06	W Radio	El Superintendente Financiero dijo que DMG no tenía autorización para captar dinero del público ni ofrecer el pago de intereses por encima de la tasa legal, por lo que se solicitó a la empresa la información, la cual se encontraba pendiente de revisar, ya que no había sido entregada alegando la falta de competencia de SFC
2007/02	Revista Cambio	Informa las investigaciones adelantadas contra DMG y resalta el hecho poco usual de que la SFC ordenara publicar a finales de 2006 en El Tiempo avisos en donde advertía que el Grupo DMG S.A. no podía captar bajo ninguna modalidad dineros del público, y si lo hiciere, sería ilegal
2007/10/10	Revista Cambio	La SFC ordenó la suspensión de actividades a DMG y la devolución de los dineros a los “ahorradores”, poniendo en conocimiento las diferentes argucias utilizadas por David Murcia Guzmán para esquivar a las autoridades, tales como promover alzamientos populares, recolección de firmas e incluso mover sus influencias políticas
2007/09/10	Revista Dinero	Informa que la sanción impuesta a DMG consiste en la suspensión inmediata de actividades y la devolución de los dineros. DMG presentó un plan desmonte (que fue otra estrategia de engaño), pues se hizo una transferencia de los recursos a otras empresas como Inversiones Sánchez Rivera y Cia S.A. y DMG Grupo Holding S.A.
2008/07/17	Revista Semana	Avisa a la comunidad que la Superintendencia de Sociedades había sometido a control a DMG Grupo Holding S.A. ante las fallas jurídicas y contables encontradas
2008/11/23	El Colombiano	Resume las artimañas usadas por David Murcia y cita una de sus declaraciones en la cual resume la filosofía de su empresa así: “La vaina es ir haciendo empresas y matando empresas, porque se necesita ampliar esa situación y todo ese dinero que se vaya acumulando en bancos. Entonces lo van utilizando y lo pueden ir enviando para afuera y lo convierten en inversión a través de fondo”

Queda entonces claro que los medios advirtieron a la ciudadanía, al tiempo que las autoridades dieron cuenta de las verdaderas actuaciones de DMG.

Mediante la Resolución 351-002359 del 9 de julio de 2008 se sometió a control a la sociedad DMG GRUPO HOLDING por parte de la Superintendencia de Sociedades, de en ejercicio de las facultades otorgadas por las normas entonces vigentes (artículos 83,84 y 85 de la Ley 222 de 1995 y Decretos 1080 de 1996 y 4350 de 2006)



En la parte considerativa se consignó la situación encontrada así:

"(...)

*SEGUNDO. Que esta Entidad en virtud de las diligencias de Toma de Información practicadas en las sociedades Grupo DMG S.A. e Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., evidenció que estas compañías en el año 2007 y lo transcurrido del 2008 han celebrado operaciones con la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.; por lo cual, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 8º, numeral 15, literal a) del Decreto 1080 de 1996, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, consideró preciso investigar dichas operaciones finales o intermedias que las citadas Sociedades hayan realizado con DMG GRUPO HOLDING S.A., para lo cual mediante oficio número 300-000111 del 2 de abril de 2008, ordenó la práctica de una Toma de Información a la sociedad antes mencionada, llevada a cabo del 9 de abril al 6 de mayo de 2008.*

*TERCERO. Que en virtud de la diligencia practicada se establecieron, entre otras, las irregularidades que a continuación se enuncian, las cuales, sin perjuicio de este acto administrativo, serán también objeto de pronunciamiento.*

• **SITUACIÓN DE ORDEN JURÍDICO**

*Incumplimiento respuesta requerimiento*

*3.1. No obstante la comisión visitadora haberle efectuado a la representante legal de la compañía desde el 22 de abril de 2008, por escrito, un requerimiento de información indispensable para proseguir la diligencia, el cual debía ser respondido a más tardar el 24 de abril del año en curso, hasta la fecha del presente acto administrativo, no ha sido atendido, obstaculizando de esta forma, el desarrollo de la diligencia; pese a que mediante escrito del 29 de abril, la administradora solicitó a las funcionarías comisionadas una prórroga de dos (2) semanas para la entrega formal de todos los soportes Jurídicos y contables relacionados en el requerimiento, concedida por la comisión hasta el 8 de mayo del año en curso, según consta en el acta de cierre de diligencia suscrita el 6 de mayo de 2008. (Numeral 2º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995).*

*Libros de comercio*

*3.2. Los libros diario y mayor y balances no son llevados en debida forma, por cuanto los folios comprendidos entre los números 62 y 90 del libro diario, así como los folios comprendidos entre los números 33 y 39 del libro mayor y balances, están anulados, sin señalarse sobre los mismos la fecha y la causa de la anulación, suscrita por el responsable de la anotación con indicación de su nombre completo, tal como lo dispone el artículo 132 del Decreto 2649 de 1993.*

*Incumplimiento estatutos sociales*

*3.3. Los administradores no dieron cumplimiento a lo previsto en el artículo 16 de los estatutos sociales, toda vez que no convocaron al máximo órgano social a reunión ordinaria de accionistas que debía realizarse en el curso de los tres (3) primeros meses del año 2008, a más tardar el 31 de marzo, con el fin de poner a consideración los estados financieros y demás documentos de que trata el artículo 46 de la Ley 222 de 1995.*



3.4. No se encontraron actas del máximo órgano social ni de la junta directiva (artículo 189 del Código de Comercio), en las cuales se hubiere fijado la remuneración al revisor riscal (artículos 39 y 46 de la Ley 43 de 1990) y a la representante legal, como lo señala el numeral 5º del artículo 27 y literal d) del artículo 33 de los estatutos sociales, respectivamente. Tampoco se encontró desembolso alguno efectuado a los mismos como remuneración de sus servicios.

3.5. El máximo órgano social no ha efectuado la designación de los miembros suplentes de la junta directiva. (Artículo 28 de los estatutos sociales).

#### *Pago capital inicial y aumentos*

3.6. El artículo 6 de los estatutos sociales contenidos en la escritura pública número 1.238 del 7 de abril de 2006, señala que en la fecha de constitución de la sociedad (7 de abril de 2006), el capital de \$100.000.000 suscrito por los accionistas fue totalmente pagado. Sin embargo, no se encontró evidencia de soportes (recibos de caja) del documento N° 000001 del 20 de abril de 2006, que acrediten el pago del capital inicial por parte de los accionistas, y el ingreso de los recursos a las arcas de la compañía. (Artículo 376 del Código de Comercio).

3.7. En reunión extraordinaria de asamblea general de accionistas celebrada el 30 de octubre de 2007, que da cuenta el acta número 4 se aprobó por el 100% de los accionistas, el aumento del capital suscrito y pagado de la suma de \$100.000.000 a la suma de \$250.000.000, aumento que según la misma acta fue aportado a la compañía por los accionistas. Sin embargo, tampoco se encontró evidencia de los documentos soporte (recibos de caja) del comprobante de contabilidad N° 00002A del 30 de noviembre de 2007 (artículo 123 del Decreto 2649 de 1993) que justifiquen el pago de dicho capital a la sociedad (Artículos 387 y 397 del Código de Comercio).

3.8 Las 15.000 acciones producto del anterior aumento del capital (\$150.000.000), fueron colocadas sin el respectivo reglamento de suscripción el cual, según los artículos 7 y 33, literal a) de los estatutos sociales en concordancia con el artículo 385 del Código de Comercio, corresponde a la junta directiva elaborarlo y aprobarlo.

#### *Causal de vigilancia*

3.9. No obstante que la compañía se encuentra a partir del 1º de abril de 2008 incurso en la causal de vigilancia prevista en el literal a) del artículo 1º del Decreto 4350 de 2006, toda vez que a 31 de diciembre de 2007 presentó activos superiores a 30.000 SMLMV, la sociedad no ha informado a esta Entidad tal situación.

#### *Conservación de documentos*

3.10 En la reunión ordinaria y según se desprende del texto del acta número 001 del 30 de marzo de 2007, fueron puestos a consideración del máximo órgano social el informe de gestión rendido por el representante legal el dictamen del revisor fiscal, estados financieros y el proyecto de distribución de utilidades correspondientes al período terminado a 31 de diciembre de 2006. Sin embargo, a pesar de que dichos documentos fueron solicitados por la comisión visitadora en forma verbal y por escrito, no fueron suministrados (Artículos 133 y 134 del Decreto 2649 de 1993, en concordancia con el numeral 4º del artículo 19 del Código de Comercio).

Además, según balance certificado, el resultado del ejercicio terminado a 31 de diciembre de 2006 fue pérdida por la suma de \$1.949.000. Sin embargo, los accionistas aprobaron por unanimidad no distribuir utilidades y trasladarlas a una



*reserva ocasional especial, para una futura capitalización, lo cual no se explica este Despacho, por cuanto la Compañía, desde su constitución (7 de abril de 2006) hasta el cierre del ejercicio 2006 (31 de diciembre), no generó ingreso alguno, según registros contables. (Artículos 151 y 451 del Código de Comercio).*

• **SITUACIÓN DE ORDEN CONTABLE**

*Contabilidad atrasada*

*3.11. La Sociedad no está cumpliendo lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 56 del Decreto 2649 de 1993, toda vez que a la fecha de cierre de la diligencia de toma de información (6 de mayo de 2008), los libros de diario y mayor y balances presentaban como último registro contable a 31 de diciembre de 2007.*

*Desarrollo del objeto social*

*3.12. La compañía tiene dentro de su objeto (artículo 4º de los estatutos sociales), entre otros, el de "Explotar, producir, comercializar, comprar y vender, intermediar en la adquisición, en Colombia o en el exterior, dé toda clase de electrodomésticos, vehículos, muebles y equipos para hogar y oficina, medicinas naturistas y productos naturistas". La actividad principal que está desarrollando desde el 14 de septiembre de 2007, consiste en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de Tarjetas Prepago DMG. Sin embargo, por las razones que a continuación se enuncian, no fue posible establecer si dicha actividad guarda relación con el objeto social:*

*3.12.1. Debido al atraso contable, esto es, a 31 de diciembre de 2007 (inciso 3º del artículo 56 del Decreto 2649 de 1993), no fue posible establecer si efectivamente la sociedad está intermediando en la adquisición de bienes y servicios a través del sistema de tarjeta prepago DMG, si se tiene en cuenta que el término fijado para que el titular o tenedor de la tarjeta consume el valor cargado en la misma (en los establecimientos afiliados en los que su uso esté permitido) oscila entre 4 y 6 meses en la mayoría de los casos, según los contratos denominados "Condiciones de Uso y Reglamento de las Tarjetas Prepago" suscritos con los clientes (tarjeta-habientes).*

*3.12.2. No fue posible conocer cuáles fueron los productos que adquirieron los clientes a través de la tarjeta prepago en DMG Comercializadora Virtual y Droguería Farmacentry Calle 130, entre otros, por cuanto no fueron suministradas a la comisión visitadora copias de las facturas, cuyos valores se encuentran relacionados en los documentos denominados DE-000001, DE-000013 y DE-000136 del 1º de octubre, 31 de octubre y 28 de diciembre de 2007, por las sumas de \$162.042.526 (cuenta de cobro de Grupo DMG S.A.), \$452.328.703 (cuenta de cobro de Grupo DMG S.A.) y \$7.075.218 (cuenta de cobro de Droguería Farmacentry El Gran Trigal - Ruth Julieta García respectivamente (artículo 123 del Decreto 2649 de 1993), impidiendo además conocer si fue recaudado el IVA.*

*3.12.3 Tampoco fueron suministrados los soportes (comprobantes de pago y facturas de venta) de los documentos equivalentes identificados como DE-000217, DE-000104, DE-000105, DE-000124, DE-000137, DE-000141 y DE-000156 de los meses de noviembre y diciembre de 2007 (artículo 123 del Decreto 2649 de 1993), hecho del cual se dejó constancia en el Acta de Cierre de Diligencia de fecha 6 de mayo de 2008, lo cual imposibilitó conocer si efectivamente los clientes adquirieron productos y/o servicios de los proveedores y si fue recaudado el IVA. A continuación se detallan:*





REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-  
BOGOTÁ D.C.

Documento	Fecha	Concepto	Beneficiario	Valor
DE-000217	31/Diciembre/2007	Cobro de venta Comercializadora	Grupo DMG S.A.	\$4.803.058.623
DE-000104	21/Noviembre/2007	Venta de tarjetas prepago Prodigy	Ruth García - Farmacentry	1.977.610
DE-000105	21/Noviembre/2007	Venta de tarjetas prepago Prodigy	Ruth García - Farmacentry	3.295.623
DE-000124	23/Noviembre/2007	Venta de tarjetas prepago Prodigy	Ruth García - Farmacentry	2.438.748
DE-000137	30/Noviembre/2007	Cobro de venta comercializadora	Grupo DMG S.A.	1.020.898.092
DE-000141	4/Diciembre/2007	Venta 5 Planes a Andrés - Pago Tarjeta rodigy/Royal	Royal Travel Club	7.729.500
DE-000156	17/Diciembre/2007	Venta de tarjeta prepago Prodigy	Ruth García - Farmacentry	3.542.531

3.12.4. De la revisión selectiva efectuada a los anexos de los documentos DE-000001 y DE-000196, denominados "Comprobante Venta por Internet", "Condiciones de uso y reglamento de las tarjetas prepago" y al comprobante "Valor carga o recarga Tarjeta Prepago", todos suscritos por el cliente, que soportan tanto el recaudo del dinero por parte de compañía, así como la adquisición de productos por parte del cliente mediante la tarjeta prepago, se observó que las firmas autógrafas estampadas en los citados documentos, son diferentes, no obstante corresponder a la misma persona.

3.13. De la prueba selectiva a la subcuenta 27059505 (según el auxiliar y soportes) y con base en la muestra de 126 clientes, se observó que la compañía DMG Grupo Holding S.A., durante el periodo comprendido entre el 14 de septiembre y 31 de diciembre de 2007 recaudó en efectivo, de ése número de clientes, la suma de \$1.527.571.000 y algunos de esos clientes (22) efectuaron consumo de la tarjeta adquiriendo productos (en Farmacentry y Comercializadora Virtual/Grupo DMG) por tan solo la suma de \$17.912.720, lo cual permite inferir que no todos los recursos recaudados por la sociedad en efectivo de los clientes, son consumidos por los clientes mediante la utilización de la tarjetas prepago DMG.

#### Reconocimiento de los hechos económicos

3.14 Según balance general a 31 de diciembre de 2007, certificado y dictaminado, la contabilidad de la compañía no refleja su realidad económica (artículo 47 del Decreto 2649 de 1993), por cuanto;

3.14.1. Según planilla No. 5498 del 2 de abril de 2008 de la transportadora de valores "Transportadores Estratégicos de Valores Unidos Ltda. TransVal Ltda., con Nit. 900.125.333", aportada por la tesorera de la compañía visitada, figura que dicha transportadora entregó a la firma L&A Asociados Ltda., (contador) la suma de \$148.020.000 en efectivo, sobre lo cual a pesar de haber solicitado explicaciones sobre dicha partida, no fue suministrada ninguna respuesta a la comisión visitadora.

3.14.2. El Contrato de Cuentas en Participación que suscribió la compañía en calidad de asociada oculta el 20 de noviembre de 2007 con la sociedad Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A. (asociada gestora), por la suma de \$22.000.000.000, el cual fue adicionado, según otrosí del 21 de diciembre de 2007 en la suma de \$47.000.000.000, no está registrado en la contabilidad. Tampoco se encontró evidencia del pago del impuesto de timbre del referido contrato.



3.14.3. La cuenta del activo denominada Intangibles refleja un saldo de \$1.000.000.000, el cual según la nota 4 a los estados financieros, corresponde al anticipo que realizó la sociedad DMG Grupo Holding S.A. a Grupo DMG S.A. para el uso de la marca, establecida a través de un contrato firmado entre las partes (comprobante de egreso CE 000355 del 31 de diciembre de 2007). Sin embargo no fue presentado a la comisión visitadora el respectivo soporte (contrato) que permita establecer la razonabilidad de dicho saldo. (Artículos 12 y 123 del Decreto 2649 de 1993).

*Gastos que no guardan relación de causalidad con el objeto*

3.15. La sociedad está incurriendo en gastos que no guardan relación de causalidad con su objeto (artículos 13, 39 y 40 del Decreto 2649 de 1993), por cuanto pese a no ser la arrendataria, está efectuando el pago de los cánones mensuales por el arrendamiento de los inmuebles ubicados en la Calle 150 No. 16-56, según comprobantes de contabilidad FC-02330 y FC-01979 del 8 de enero y febrero de 2008 y CC-00127 del 25 de marzo de 2008; contratos de arrendamiento suscritos entre Productos Naturales DMG Ltda., y la señora Lourdes Cerón Aguilar.

*Manejo y destino de los recursos de la compañía*

3.16. Según prueba selectiva a la subcuenta 13300505 denominada Anticipos, de los dineros recaudados de los clientes por la Compañía visitada, durante el período comprendido entre el 14 de septiembre y 31 de diciembre de 2007, mediante el mecanismo de tarjetas prepago DMG, los cuales ascendieron a la suma de \$49.224.837.406, se observó que de ésta suma fue destinada en efectivo a Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A. \$28.321.053.892, a título de anticipos, recursos de los cuales la suma de \$25.181.027.435 fue trasladada por Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., en efectivo, a sociedades vinculadas al Grupo DMG, a título de préstamo y sin garantías (según comprobantes de egreso), como a continuación se indica:

Immunovida Biomedicina y Cía. Ltda.	\$98.500.000
IPS Salud y Vida	31.429.338
Inversiones Murcia León Ltda.	82.528.961
Productos Naturales DMG S.A.	1.191.521.630
DMG Construcciones S.A.	1.026.446.148
Body Channel S.A.	16.044.985.983
DMG Cenco Tecnología Ltda.	519.527.807
DMG Fashion S.A.	2.053.553.890
DMG Publicidad y Mercadeo S.A.	4.104.533.678
Bionat Labs S.A.	8.000.000

Sin embargo, pese a lo manifestado por la tesorera de la compañía, señora Nancy Astrith Gómez Murcia, en cuanto a que los recursos de la compañía son trasladados a los proveedores a través de transportadora de valores, a la comisión visitadora no le fueron aportadas las planillas del año 2007 (artículos 12 y 123 del Decreto 2649 de 1993) que evidencien tal afirmación. Lo anterior impidió establecer si todos los dineros desembolsados en efectivo por la sociedad visitada, según comprobantes de egreso y anticipo a proveedores, fueron recibidos efectivamente por los beneficiarios (proveedores), entre ellos Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A., máxime que la compañía visitada maneja los recursos por caja, lo que dificulta hacer un seguimiento al efectivo.



Es de señalar que durante los años 2006 y 2007 las sociedades Inmunovida Biomedicina y Cia Ntnda, Productos Naturales DMG S.A., DMG Publicidad y Mercadeo S.A. y Bionat Labs S.A. (asociadas gestoras), suscribieron con Grupo DMG S.A. (asociada oculta) diversos contratos de cuentas en participación, por la suma de \$19.598.833.332, los cuales, en virtud de la medida adoptada por la Superintendencia Financiera frente a Grupo DMG S.A., mediante Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, confirmada por Resolución 1806 del 8 de octubre del mismo año, fueron rescindidos el 17 de septiembre de 2007 y liquidados el 14 de diciembre del mismo año; contratos de cuentas en participación que fueron suscritos nuevamente entre los meses de septiembre, noviembre y diciembre de 2007 por las mismas asociadas gestoras con la compañía Inversiones Sánchez Rivera y Cía. S.A. (asociada oculta), en cuantía de \$31.554.388.887, compañía esta última que en calidad de gestora suscribió también el 20 de noviembre de 2007 un contrato de cuentas en participación con DMG Grupo Holding S.A. (asociada oculta), por la suma de \$22.000.000.000, el cual fue adicionado, según otrosí del 21 de diciembre de 2007, un la suma de \$47.000.000.000, contratos de cuerdas en participación que no se encuentran registrados en la contabilidad de las compañías involucradas (artículo 47 del Decreto 2649 de 1993) y sobre los cuales no se evidenció el pago del impuesto de timbre, mencionado anteriormente.

#### Soportes de contabilidad

3.17. Contraviniendo lo previsto en los artículos 123 y 124 del Decreto 2649 de 1993, a la comisión visitadora no le fueron presentados los documentos soporte que evidencien la legalización en el año 2007 de los anticipos, según el auxiliar los cuales se relacionan a continuación:

Documento	Fecha	Concepto	Valor	Proveedor
CI-00002	31/12/2007	Cruce interno con proveedor	\$1.436.086.674	DMG Cenco Tecnología Ltda
CI-00003	31/12/2007	Cruce interno de anticipos varios	835.022.889	DMG Publicidad y Mercadeo S.A.
FC-1010	01/11/2007	Alojamiento transporte receptivos	100.000.000	Royal Travel Club Colombia EU
FC-006780 FC-000015 a FC000019	01/11/2007	Compra tarjetas laminada y retención en la fuente	434.049.684	Pandaaid Soluciones de Colombia Ltda
NC-00007	31/12/2007	Anulación CE-000208	162.718.095	DMG Publicidad y Mercadeo S.A.

Tampoco fueron presentados los comprobantes de egreso de los meses de marzo y abril de 2008, lo cual impidió conocer el destino dado a los recursos de la compañía durante ese período.

#### SITUACIÓN DE ORDEN ECONÓMICO O ADMINISTRATIVO

3.18. Según balance general a 31 de diciembre de 2007, el total del activo asciende a la suma de \$44.984.839.597, de los cuales \$34 488 930 673 corresponde a anticipos. Así mismo, el total del pasivo asciende a la suma de \$44.736.251.635, de los cuales \$42.723.013.690 corresponden al pasivo con sus dientes por concepto de recaudos de dinero en efectivo (a partir del 14 de septiembre de 2007) mediante el sistema de tarjetas prepago DMG.

Sin embargo, por el atraso en la contabilidad, esto es a 31 de diciembre de 2007 (inciso tercero del artículo 56 del Decreto 2649 de 1993), no fue posible determinar



*si dichos anticipos han sido legalizados ni tampoco se pudo conocer del pasivo real por tercero (cliente) que presenta a 31 de marzo de 2008 la subcuenta código PUC 27059505, si se tiene en cuenta que el término fijado por la sociedad para que los clientes hagan utilización (consumo) de la tarjeta prepago DMG, oscila entre 4 y 6 meses, en la mayoría de los casos.*

#### *Obligaciones laborales*

*3.19. Según información suministrada por la representante legal, la firma que lleva la contabilidad de la sociedad es L&A ASOCIADOS LTDA., con Nit. 830.029.654. Sin embargo, en el período comprendido entre el 1º de septiembre de 2007 y 30 de abril de 2008, no se encontró desembolso que hubiere hecho la compañía visitada como contraprestación de sus servicios (remuneración), lo cual pudo determinarse de la revisión a los comprobantes de egreso y movimientos por terceros en el sistema. Tampoco fue suministrado a la comisión visitadora el respectivo contrato, con el fin de conocer los derechos y obligaciones entre el Contador Público y el usuario. (Artículos 39 y 46 de la Ley 43 de 1990).*

*3.20. Revisados los comprobantes de egreso del período comprendido entre el 1º de septiembre de 2007 y 31 de enero de 2008, no se encontró evidencia alguna de desembolsos que hubiere efectuado la sociedad por concepto de pago de nómina a sus empleados (artículos 12 y 47 del Decreto 2649 de 1993). Es de mencionar que según información suministrada por la directora de talento humano, doctora Andrea Osorio, en el mes de febrero de 2008 fue efectuada sustitución patronal entre Grupo DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A. respecto de cerca de 140 trabajadores, siendo ésta última el nuevo empleador.*

#### *Medidas de control interno*

*3.21. La sociedad, para el conocimiento del cliente, no tiene establecida una medida de control interno o política que le permita verificar la actividad económica del mismo y la procedencia de los recursos que éste entrega en efectivo a la compañía, teniendo en cuenta que los montos recaudados oscilan entre \$100.000 y \$70.500.000, según soportes y registros contables."*

Además, se encontró que la compañía no contaba con suficientes medidas de control interno para el manejo de los soportes de contabilidad, pues los comprobantes de egreso de septiembre a diciembre de 2007, pese a ser elaborados de forma numérica y alfanumérica, no tienen numeración consecutiva.

## 4.5 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La Superintendencia Financiera de Colombia se pronuncia mediante apoderado.

### 4.5.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

Respecto de los hechos de la demanda este accionado se pronuncia de la siguiente forma:

#### a. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LAS ACCIONES Y OMISIONES ATRIBUIBLES A LA ADMINISTRACIÓN

Respecto de los hechos de la demanda, este demandado indica que de manera conforme con las circunstancias y observando el ordenamiento jurídico, expidió de manera oportuna la Resolución 1634 de 2007, confirmada por la Resolución 1806 del 8 de octubre de 2007, ambas demandadas en acción de nulidad y restablecimiento del



derecho, siendo denegadas las pretensiones en sentencia del 29 de septiembre de 2011 del Consejo de Estado.

Incluso antes de la expedición de los decretos de emergencia por parte del Gobierno Nacional, la demandada cumplió con los procedimientos previstos para adelantar las acciones respectivas, interviniendo en las captadoras y advirtiendo al público acerca del riesgo que ello representaba.

Agrega que mediante estos decretos se establece el régimen normativo necesario para la intervención de las captadoras por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Las investigaciones disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación resultaron en exoneración de los servidores públicos investigados, demostrándose además que las captadoras incurrieron en incremento ilegal de su patrimonio mediante la captación masiva y habitual de dineros del público.

No asiste entonces razón a la demandante respecto de la supuesta omisión de la SFC en su deber de vigilancia y control, y mucho menos la imputación que se hace frente a la concurrencia de una acción tardía, siendo las víctimas las partícipes en las conductas que ahora reconocen como irregulares o ilegales, so pretexto de haber obrado confiadamente y en su momento, lejos de facilitar la actividad del Estado, concurrieron a simular las operaciones de captación masiva suscribiendo una serie de documentos para blindar las operaciones de cuyas pérdidas ahora se duelen.

No es cierto que el Estado haya permitido, consentido y legitimado el funcionamiento de la sociedad DMG por el simple hecho de permitir su registro en la cámara de comercio y el pago de tributos, dado que tal registro tiene como efecto legal simplemente el dar publicidad frente a terceros sobre la actividad declarada por un comerciante en cumplimiento de las exigencias previstas en el Código de Comercio, sin que ello pueda entenderse como habilitación a una persona natural o jurídica para captar dineros del público en los términos que aplican a los establecimientos de crédito autorizados por la SFC.

Además, la sociedad DMG nunca declaró como actividad mercantil la captación de recursos del público, actividad que solamente pueden desarrollar las entidades enunciadas en el Numeral 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Lo que aconteció fue el ejercicio de una actividad camuflada tendiente a evitar el control de las autoridades o despertar sospechas frente al ejercicio ilegal de operaciones financieras de captación, con la anuencia de quienes de forma voluntaria entregaron sus dineros a la captadora.

El hecho de que se pretenda que con el pago de tributos se legalice la actividad de captación no autorizada de recursos del público resulta absurdo, pues la declaración de impuestos realizada por la sociedad captadora obedeció a su interés de proteger sus actividades irregulares del control estatal, revistiéndolas de cierta apariencia de legalidad, debiendo tenerse en cuenta que en sus declaraciones tributarias, la sociedad captadora no enuncia que se dedicara a la captación masiva y habitual de dineros del público.

La mayor publicidad sobre el tema de captación se dio en el segundo semestre de 2008, cuando el incremento de estas empresas ilegales se presentó en determinadas regiones del país, periodo donde se tomaron decisiones por la SFC frente a sociedades como Superservi, D.R.F.E., Costa Caribe y Sociedad Grupo NetWork Inversiones Limitada (Grupo G Inversiones Limitada) que cuestionaron los riesgos asociados a esquemas



piramidales u otras modalidades de captación ilegal. Esta publicidad se adelantó por parte de varias autoridades con el fin de que no se entregaran recursos a estas organizaciones captadoras, siendo la situación más crítica en Bogotá, y en los departamentos de Putumayo, Nariño y Meta.

Respecto de lo afirmado en la demanda acerca de la existencia de una confianza legítima, precisa la demandada que ello constituye una apreciación subjetiva de la demandante, advirtiéndose que es la propia demandante la que afirma que la actividad pública desplegada por DMG Grupo Holding S.A., obedeció a la "suscribir contratos de activación de marca (publicitario) y promotor de marca personalizada", poniendo en evidencia la imposibilidad de la SFC de intervenir las actividades desplegadas por la enunciada sociedad, pues las actividades públicas de esta, exceden el ámbito de competencia de la SFC.

No se aporta medio de prueba tendiente a demostrar que al momento en que la demandante celebró sus contratos con la captadora, tal conducta deviniera de la confianza legítima generada por las autoridades del Estado, sin que demuestre que haya acudido ante alguna autoridad a verificar la legalidad del negocio que iba a realizar, siendo entonces la inversionista abiertamente omisiva en el manejo de sus recursos.

El que la captadora haya cumplido una serie de requisitos de forma, obedeció a una estrategia tendiente a convencer a las autoridades acerca de la licitud de sus negocios, sin que el pago de impuestos pueda ser tenido como una prueba de la legalidad de sus operaciones.

No es cierto que el Estado haya intervenido de manera intempestiva a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. acudiendo a una vía de excepción al haber decretado el estado de emergencia económica y social, vulnerando los lineamientos establecidos por el principio de confianza legítima y asumiendo funciones exclusivas del legislador, pues los respectivos decretos superaron el control de constitucionalidad mediante las sentencias C-135 y C-145 de 2009.

Los hechos relativos a las condiciones de la negociación entre la accionante y la sociedad DMG GRUPO HOLDING le resultan ajenos a esta demandada.

Tampoco son de conocimiento de esta demandada los hechos relativos a la actuación de la Fiscalía General de la Nación.

#### b. HECHOS CONSTITUTIVOS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO CAUSADO A LA DEMANDANTE

No le constan a la demandada los negocios hechos por la demandante con la captadora, siendo entonces necesaria su demostración probatoria.

No obstante, si la accionante demuestra la entrega de dineros, debe tenerse en cuenta que conforme a lo confesado, las supuestas compras de "tarjetas para la publicidad de la empresa" se realizaron en los meses de abril y julio de 2008, casi un año después de que se hiciera público que la sociedad GRUPO DMG S.A. (génesis de DMG Grupo Holding S.A.), había sido intervenida por la Superintendencia Financiera a través de la Resolución 1634 de 2007 por adelantar operaciones no autorizadas de captación de recursos del público, es decir, que la accionante insistió en celebrar negocios no autorizados por el Estado, con el pleno conocimiento de que su conducta correspondía a una actividad no autorizada.



c. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La accionante debe demostrar que la declaratoria del estado de excepción e intervención de la captadora constituyen relación de causal del perjuicio que dice haber sufrido, debiendo tenerse en cuenta que los decretos extraordinarios fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional luego del respectivo control.

4.5.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este demandado se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

4.5.3 EXCEPCIONES

Este demandado propuso las siguientes excepciones:

- a. **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.** La Superintendencia Financiera de Colombia no fue la entidad que adoptó la medida de intervención respecto de la captadora DMG GRUPO HOLDING S.A. así como tampoco está llamada a indemnizar los perjuicios derivados de actos contractuales de los particulares en los que no tuvo injerencia o participación.

En efecto, las funciones de la Superintendencia Financiera de Colombia aparecen enunciadas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se ejercen sobre las entidades que este mismo enuncia en su Artículo 2.

En tanto las sociedades GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A. nunca contaron con autorización para efectuar operaciones relacionadas con la captación de dineros del público, no estuvieron sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Se precisa que respecto de la sociedad GRUPO DMG S.A. la SFC emitió la Resolución 1634 de 2007, a través de la cual adoptó medidas cautelares. Este acto fue demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siendo negadas las pretensiones mediante sentencia del 29 de septiembre de 2011, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del radicado 11001-03-27-000-2008-00009-00.

En cuanto a las medidas adoptadas en desarrollo del Decreto 4334 de 2008 respecto de la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., la intervención fue dispuesta por la Superintendencia de Sociedades mediante auto 400014079 dentro del expediente 59979, actuación en la que la SFC no tuvo injerencia.

En cuanto a que la causa del daño corresponde al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación contractual de carácter privado entre la demandante y la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., dicho conflicto no debe ser ventilado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Resulta desafortunado plantear que la SFC deba indemnizar los perjuicios derivados de los actos contractuales de particulares respecto de los cuales no tuvo conocimiento.

- b. **COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL Y QUE SIRVIERON DE REFERENTE PARA ADOPTAR MEDIDAS ADMINISTRATIVAS RESPECTO DE LA SOCIEDAD DMG GRUPO**



HOLDING S.A. El Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia social por las siguientes razones:

- Conforme el Artículo 335 de la Constitución Política, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado, siendo las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva del público aquellas sometidas a la inspección, control y vigilancia de la SFC o de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Desde 1982 se consideran penalmente responsables las personas que captan de manera masiva sin la debida autorización de la SFC.
- A pesar de lo anterior, han venido proliferando de manera desbordada distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizadas, bajo sofisticados esquemas lo que dificulta la intervención de las autoridades.
- Con base en falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un significativo número de ciudadanos entregó dineros a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio.
- Tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, pues no están sujetas a algún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado.
- Con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, estando los niveles de riesgo por fuera de toda razonabilidad financiera.
- Se hizo necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes a restituir a la población afectada los activos recuperados por las autoridades.

En los términos del Numeral 7º del Artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en aplicación del control automático de constitucionalidad se pronunció sobre el Decreto 4333 de 2008, declarándolo exequible en sentencia C-135 de 2009 y considerando lo siguiente:

*"... De los hechos anteriormente constatados, tanto la proliferación de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, como la circunstancia fáctica que un número importante de ciudadanos haya entregado cuantiosas sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, y de esta manera haya comprometido su patrimonio, tienen el carácter de sobreviniente y extraordinario.*

*Por un lado del conjunto de las pruebas relacionadas en el acápite correspondiente de esta decisión se desprende que desde el año 2007 se incrementaron las actividades de los captadores ilegales, los cuales se extendieron rápidamente por todo el país, mediante la apertura de agencias (cuando se trataba de personas jurídicas) y establecimientos de comercio (cuando se trataba de personas naturales) en municipios de casi todos los departamentos. De esta manera un fenómeno ya conocido adquirió proporciones alarmantes. Adicionalmente, tal como explican las distintas entidades administrativas, las modalidades sofisticadas de captación diseñadas, pensadas especialmente para aprovechar los vacíos legislativos, dificultaron la labor de control de las entidades estatales, las cuales finalmente se vieron desbordadas por la actividad ilegal.*

*(...) En otras palabras, el esquema piramidal de funcionamiento de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público, propició que un número cada vez*





*mayor de personas y de ahorros se viera incorporado a tales esquemas, lo que le confirió un carácter excepcional a la situación.*

*Las anteriores razones son suficientes para considerar que los hechos invocados para justificar la declaratoria del estado de excepción tenían el carácter de sobrevinientes y extraordinarios (...).*

### *7. Conclusión*

- 1. Del análisis del presupuesto fáctico se concluye que se logró acreditarla 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.*
- 2. Del examen del presupuesto valorativo del Decreto 4333 de 2008 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.*
- 3. La valoración sobre la suficiencia de los medios ordinarios en cabeza de los poderes estatales no fue manifiestamente errada o arbitraria..."*

Con ocasión de la declaratoria de emergencia social, el Gobierno Nacional tuvo que adoptar medidas urgentes con fuerza de ley para intervenir de manera inmediata las conductas, operaciones y patrimonio de los captadores no autorizados, expidiendo para el efecto el Decreto 4334 de 2008, fijando el procedimiento de intervención. Dicho decreto fue objeto de control automático de constitucionalidad mediante la Sentencia C-145 de 2009 y de cuyas consideraciones se destaca lo siguiente:

*"(...) Las medidas adoptadas por el Gobierno en el Decreto 4334 de 2008, además se refieren a materias que tienen relación directa y específica con la situación que determinó la declaración de la emergencia social, ya que están orientadas a hacer efectiva la intervención del Estado en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que captan dinero del público sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a la Superintendencia de Sociedades amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado (art. 1º).*

*Tal intervención tiene dos objetivos fundamentales: (i) suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, "generan abuso del derecho y fraude a la ley" al ejercer la actividad financiera irregular; y (ii) disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades (art. 2º).*

*(...) Por lo que respecta a la evaluación sobre la idoneidad, conducencia y posible afectación de garantías fundamentales por parte de las medidas previstas en el Decreto 4334 de 2008, encuentra esta Corte que resultan aptas para la consecución de los fines propuestos en el Decreto 4333 de 2008, y los que de manera específica están señalados en el artículo 2º de aquella preceptiva, de suspender de manera inmediata las operaciones y negocios de las personas naturales o jurídicas que ejercen irregularmente la actividad financiera a través de captaciones o recaudos no autorizados, así como para establecer un procedimiento que garantice la pronta devolución de los recursos obtenidos en esas actividades. (...)*



Con ocasión de la revisión de los decretos extraordinarios, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad como se referencia a continuación:

- En relación con la intervención del Gobierno por conducto de la Superintendencia de Sociedades "en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley", para lo cual otorgó a dicha Superintendencia "amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado", señalando la Corte que tal "determinación no es una decisión inapropiada o carente de sustento jurídico, pues a través de las superintendencias el Gobierno desarrolla la función constitucional de ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control para el caso sobre las personas que realicen las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, al igual que sobre cooperativas y sociedades mercantiles<sup>7</sup>.
- Consecuente con lo anterior, destacó el sentido del contenido de los artículos 2º y 7º, que establecen que la intervención sobre quienes participan en la actividad financiera sin la debida autorización del Estado, como un conjunto de medidas administrativas que apuntan a los objetivos fundamentales de suspender inmediatamente las operaciones o negocios de quienes ejercen dicha actividad y organizar un procedimiento cautelar orientado a lograr la pronta devolución de los dineros, las que no fueron encontradas como desproporcionadas ni irrazonables por ser consecuentes con lo dispuesto en los artículos 333, 334 y 335 superiores, sin que tales medidas afectaran garantías fundamentales, pues la determinación de esos objetivos busca proteger los derechos de los depositantes y el interés público ínsito en el manejo de los recursos de captación.
- Respecto del procedimiento especial previsto para la intervención administrativa por parte de la Superintendencia de Sociedades, se encontró por la Corte que ello no constituye una medida irrazonable o desproporcionada.
- Se encontró igualmente ajustado a la Constitución el asignar esta competencia de forma privativa a la Superintendencia de Sociedades, en tanto es la autoridad a través de la cual se desarrolla la función constitucional de inspección, vigilancia y control sobre las captadoras masivas de dinero del público.
- Respecto de lo previsto en el Artículo 5º del Decreto, que define los sujetos de intervención administrativa, advierte la Corte que tal enunciación deviene constitucional, pues es una medida para alcanzar los fines de la intervención regulada por tal disposición, pues permite delimitar el ámbito de actuación de la Superintendencia de Sociedades, así como el de aplicación de las medidas de excepción orientadas a combatir las actividades sobrevinientes de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público como captadoras no autorizadas.
- Sobre la disposición contenida en el artículo 6º que dispone que la intervención procede ante "hechos objetivos o notorios que a Juicio de la Superintendencia de Sociedades" indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante las modalidades de captación

<sup>7</sup> Artículo 189-24 de la Constitución Política



o recaudo en operaciones no autorizadas, es ilustrativo el sentido que la Corte dio a tal acepción en los siguientes términos:

*"Hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo; así mismo, según el artículo 177 del C. P. C., los hechos notorios no requieren prueba.*

*Lo anterior significa que cuando la Superintendencia de Sociedades decide intervenir a personas naturales o Jurídicas que captan recursos sin autorización estatal, puede actuar sin tener que demostrar previamente la existencia de cualquiera de las modalidades que asume dicha actividad, las cuales real y objetivamente han de ser públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas, lo que no excluye la posibilidad de que esa Superintendencia también intervenga con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.*

*Considera la Corte que la medida en estudio resulta indispensable para los fines de la emergencia social y el ejercicio de la competencia atribuida a ese órgano de inspección, control y vigilancia, ya que le permitirá actuar de manera ágil, expedita y eficaz sin necesidad de preconstituir pruebas contables sobre la existencia de esas circunstancias, que sería lo procedente si observara el trámite ordinario, lo cual representaría un obstáculo para la consecución de los propósitos establecidos con la emergencia social y en el Decreto Legislativo en revisión, según se explicó con anterioridad..."*

- Respecto de las medidas de intervención administrativa, consideró la Corte que resultan idóneas para la consecución de los fines previstos con la emergencia social, pues hacen posible la intervención de la Superintendencia de Sociedades en las actividades de los captadores poniendo en marcha un procedimiento cautelar que asegure la pronta devolución de los recursos obtenidos en el desarrollo de las mismas.

Se destaca que el literal h) del Artículo 7º fue declarado inexecutable por la Corte dado que a su juicio "evidentemente envuelve un alto grado de indeterminación, desconociendo los principios superiores de legalidad y proporcionalidad, razón por la cual se declarará inexecutable ese literal"

Respecto de lo previsto en el Parágrafo 1º del Artículo 7º, destaca que la ausencia de recursos contra la providencia que ordena la medida de intervención "no conlleva violación de garantías fundamentales, pues, como se explicó anteriormente, la toma de posesión por parte de la Superintendencia de Sociedades es un procedimiento de única instancia; respecto de las demás decisiones también se justifica esa medida, por cuanto le imprime celeridad a la actuación que adelanta esa entidad, en procura de devolver en el menor tiempo posible los dineros a los afectados."

- Finalmente y respecto de los artículos 13 (actuaciones en curso en la Superintendencia Financiera); 14 (actuaciones remitidas a los jueces civiles de circuito), 15 (remisiones) y 16 (vigencia y derogatorias) del Decreto 4334, consideró la Corte que en la medida que consagran medidas tendientes a establecer y asegurar la transición, aplicación y vigencia del nuevo procedimiento de intervención allí regulado "no se oponen a los dictados de la Constitución, puesto que al igual que otras disposiciones del mismo Decreto, persiguen hacer efectivos los propósitos que animaron la declaración del estado de emergencia social y la expedición del Decreto



Legislativo que se revisa, y buscan que la actuación de la mencionada entidad se desarrolle con sujeción a los principios de legalidad y debido proceso”.

Las decisiones de la Corte Constitucional han hecho tránsito a cosa juzgada con efecto erga omnes.

No están llamadas a prosperar las pretensiones en tanto la motivación de la Corte Constitucional ilustra la existencia de la situación de anormalidad social e insuficiencia de la legislación existente para contrarrestar sus efectos, quedando desvirtuada la alegada pasividad de las autoridades.

- c. **INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO. SOMETIMIENTO AL TRÁMITE CONCURSAL QUE POR FUERO DE ATRACCIÓN Y UNIVERSALIDAD ES EL ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONÓMICA COMO LA PRESENTE. INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO.** En caso de demostrarse la ocurrencia de un daño patrimonial a la accionante, este no puede ser atribuido a la Superintendencia Financiera de Colombia, en tanto deriva de la celebración de negocios jurídicos de carácter privado y ajenos a su competencia.

En este contexto, la acción de reparación directa no es el mecanismo adecuado, por cuanto su ejercicio implica desconocer las instancias legales dispuestas especialmente para tales fines en el Decreto 4334 de 2008 y en la Ley 1116 de 2006, de forma que sin surtir el trámite allí previsto, no es posible determinar si efectivamente existió un daño y por su conducto la magnitud del mismo y el responsable de su resarcimiento, que para este caso lo sería la captadora ilegal.

Además, la pérdida que haya podido sufrir la demandante, deriva de su propia actividad y la de la captadora en virtud de la modalidad contractual simulada existente entre ellas, siendo necesario que acuda a reclamar al proceso liquidatorio.

Bajo este entendido y como no se está en presencia de un daño efectivo, lo que en realidad ocurrió es que la demandante experimentó una merma patrimonial propia de los elementos que se conjugaron para que ello ocurriera, siendo ellos:

- i. Rompimiento de la conmutatividad de los contratos o negocios simulados que celebró con la captadora ilegal que se tornaron aleatorios a los mismos (lo cual salta a la vista al tener en cuenta los altos intereses pactados)
- ii. El acaecimiento de una pérdida financiera puede ocurrir en cualquier otro negocio de riesgo monetario, el cual se magnificó ante la existencia de las condiciones, siendo predicable la inexistencia del daño que se llama a indemnizar, imponiéndose la necesidad de emitir fallo inhibitorio.

En caso de que la merma patrimonial alegada por la accionante logre probarse, de esta no puede predicarse antijuridicidad, pues se ha reconocido en la demanda que el perjuicio deriva del incumplimiento de las relaciones contractuales de carácter privado mantenidas con la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., a pesar de las advertencias hechas en los medios a la comunidad para abstenerse de hacer esta clase de negociaciones, lo que ilustra su descuido en el manejo de sus negocios.

- d. **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.** La responsabilidad por la entrega de dinero a organizaciones no autorizadas para tal fin en primer lugar corresponde a la persona que voluntariamente decide actuar de esa forma, quedando evidenciada su falta de diligencia en la atención de los negocios propios, situación ajena a cualquier control legal.



Además, las funciones de inspección, control y vigilancia a cargo de la SFC, procuran evitar que se concreten los riesgos propios de la actividad de intermediación financiera, lo cual no implica que la demandada esté llamada a ser el garante final de los riesgos que supone el desarrollo de la actividad financiera autorizada para los sujetos que en ella intervienen, menos aún para aquellos casos que provienen del ejercicio de actividades ilícitas y ocultas, sin que pueda alegarse buena fe por parte del depositante.

Resulta procedente tener en cuenta lo consignado en las consideraciones finales del fallo del 6 de diciembre de 2011 emitido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa dentro de la investigación IUC-D-2010-878-300816 (IUS-2009-292417), por medio de la cual absolvió de responsabilidad a funcionarios y exfuncionarios de la SFC por la presunta omisión en el cumplimiento de sus funciones y la posible intervención tardía en el ejercicio de las mismas para evitar o contener la captación masiva no autorizada que originó el decreto del Estado de Emergencia Social el 17 de noviembre de 2008. Allí se dijo:

*"...se puede sostener sin lugar a la menor duda, que el Estado Colombiano, las distintas instituciones que intervinieron para frenar e impedir que se continuara realizando la captación masiva ilegal de dineros del público y en especial la Superintendencia Financiera, realizaron acciones claramente encaminadas a enfrentar dicho fenómeno, haciendo uso para ello de las herramientas y medios que disponían. También está demostrado que la situación era de tal magnitud, que el Gobierno Nacional debió recurrir a medidas extraordinarias, con las cuales finalmente logró contrarrestar dicho fenómeno. De otro lado se advierte de manera indiscutible que el Gobierno, no solo a través de distintos funcionarios, sino incluso con intervenciones del Presidente de la República, así como por diversos medios, con amplia difusión nacional y regional reiteradamente puso sobre aviso a todas las personas acerca de la ilegalidad de tales operaciones, de las dificultades legales que tenían para enfrentarlas y para impedir su propósito de recaudar dineros del público ilegalmente, recurriendo para ello a fórmulas engañosas, con unos niveles de rendimiento que eran imposibles de satisfacer, pero con todo y ello, un incontable número de personas desatendiendo y desoyendo tales advertencias, decidieron entregar sus recursos a esas organizaciones, manifestando incluso su desacuerdo con las medidas del Gobierno, por lo cual respecto de dichas personas sólo cabe decir que a nadie distinto de ellas mismas pueden atribuir su descalabro económico. Conforme al reconocido aforismo latino 'Nemo auditur propriam turpitudinem allegans' esto es, nadie puede alegar su favor (sic) su propia culpa o torpeza..."<sup>16</sup>*

Se concluye entonces que, en el presente caso, de haber ocurrido un daño, este no puede ser atribuido al demandado, pues tuvo su origen en la culpa exclusiva de la víctima, quien trasgredió su deber de conducta al que estaba obligada desatendiendo las advertencias hechas por las autoridades.

- e. IMPUTACIÓN ERRÓNEA DEL DAÑO. RESPONSABILIDAD DE UN TERCERO. Los perjuicios solamente pueden ser atribuidos a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., responsable de la simulada modalidad contractual en virtud de la cual la accionante hizo entrega de su dinero. La ilegal actividad de captación masiva desarrollada por esta sociedad es la causa eficiente del daño, lo cual no puede ser atribuido a la Superintendencia Financiera de Colombia, en tanto se trataba de una entidad no susceptible de vigilancia en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al tiempo que la SFC no tuvo

<sup>16</sup> Página 222 del fallo de la Procuraduría General de la Nación emitido el 6 de diciembre de 2011 por la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa dentro de la investigación No. IUC-D-2010-878-300816 (IUS-2009-292417)



injerencia ni intervino en el contrato celebrado por la demandante con la sociedad captadora.

f. GENÉRICA

Pide que se declare probada por el fallador cualquiera que así encuentre.

4.5.6 RAZONES DE LA DEFENSA

Como razones de la defensa se expusieron los siguientes argumentos:

a. CONSIDERACIONES INICIALES

ACTIVIDAD FINANCIERA REGULADA

La demanda se fundamenta en la supuesta omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales frente al fenómeno de la captación masiva y habitual de recursos del público, debiendo precisarse que la expresión "captar dinero del público" corresponde a la característica del ejercicio de la actividad financiera propia de la banca, la industria aseguradora y las corredoras de bolsa, actividades que requieren de autorización estatal previa tal como lo ordena el Artículo 335 de la Constitución Política.

Para lograr la protección de los recursos del público, el Presidente de la República a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, ejerce las funciones de inspección, control y vigilancia sobre las personas que realizan actividades financieras, lo cual constituye el objeto principal y marco de las funciones de dicha autoridad de supervisión, conforme aparece expresamente consagrado en los artículos 8 y 9 del Decreto 4327 de 2005.

En esta misma línea, las instituciones financieras vigiladas por la SFC están obligadas a someterse a un riguroso y exigente proceso de autorización previa<sup>9</sup>, así como al cumplimiento permanente de exigibilidades de revelación contable y financiera, requerimientos de orden patrimonial, liquidez, entre otros, en aras de proteger los ahorros del público, de la comunidad y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas, exigencias que comprenden capitales mínimos, provisiones, reservas, límites de concentración de riesgos, cupos individuales de crédito, normas especiales para préstamos vinculados, requisitos de gobierno corporativo, reporte permanente de información a las autoridades y al público, sujeción a normas de contabilidad especiales, sujeción a un régimen administrativo sancionatorio especial, tipificación de delitos financieros, entre muchas otras.

Además, antes de iniciar operaciones, las entidades autorizadas deben acreditar su inscripción al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para sus ahorradores o depositantes.

---

<sup>9</sup> La licencia que se otorga a los operadores del sistema no puede ser fruto de la improvisación, para ello se requiere presentar un estudio de factibilidad de la institución que se proyecta conformar, donde se demuestre satisfactoriamente la viabilidad de la empresa, su infraestructura tecnológica y administrativa, los mecanismos de control interno que adoptará y el plan de gestión de los riesgos inherentes al negocio. Se deberá presentar igualmente la hoja de vida de los socios y de las personas que actuarán como administradores, para comprobar el profesionalismo del postulante, la suficiencia de su patrimonio, el origen del mismo y la acreditación del carácter, responsabilidad e idoneidad de quienes manejen la entidad y a través de ella, el dinero que el público le confie



Resulta claro que cualquier entrega de recursos que se realice a una captadora ilegal, no está provista de los mecanismos que señala la ley para la protección de sus ahorradores y depositantes, a fin de reducir el nivel de riesgo de los usuarios del sistema financiero.

Debe recordarse, que en los términos del Artículo 333 de la Constitución Política, la actividad económica y la iniciativa privada son libres, existiendo la excepción respecto de quienes desarrollan actividades financieras, que están sometidas a una regulación especial.

No obstante, lo elemental de este principio, un importante número de personas entregaron su dinero a captadores no autorizados, quienes carecían de la intención de devolverlo, presentándose este fenómeno de forma reiterada a lo largo del país, lo que llevó a la declaratoria de estado de emergencia social, decisión adoptada mediante el Decreto 4333 de 2008, norma que superó el respectivo control automático de constitucionalidad.

Respecto de la supuesta omisión o responsabilidad que pudiera endilgarse a las demandadas, en lo que a la SFC se refiere, se agrega que antes de la expedición de los decretos de emergencia, dicho organismo cumplió a cabalidad y dentro de los términos de ley, con los procedimientos respectivos haciendo las advertencias de rigor a la comunidad a través de los medios masivos de comunicación, de forma que quienes hicieron entrega de dineros a las captadoras ilegales no pueden alegar buena fe.

#### MARCO LEGAL PARA LA ACTUACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA FRENTE AL FENÓMENO DE CAPTACIÓN NO AUTORIZADA DE DINEROS ANTES DE LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL DECRETADO POR EL GOBIERNO NACIONAL A TRAVÉS DEL DECRETO 4333 DE 2008

El marco legal existente antes de la expedición del decreto que declaró el estado de emergencia resultaba insuficiente frente al modus operandi de las personas dedicadas a la captación ilegal de dineros del público. En efecto, si bien el concepto de captación masiva y habitual existía en la legislación colombiana desde 1982, el fenómeno resultó sobreviniente dada su magnitud al momento en que la emergencia se declaró.

Establecer la captación irregular era labor extremadamente dispendiosa dado que no se conocían registros contables, los afectados no aportaron pruebas suficientes en relación con las irregularidades, siendo realizadas la gran mayoría de las transacciones en efectivo y en general por el alto grado de informalidad que comporta este tipo de actividades al margen de la ley, lo cual impidió tomar medidas preventivas.

En vigencia de la normatividad anterior a la declaratoria de emergencia social, la herramienta que por excelencia permitía determinar la conducta de captación ilegal era la visita de inspección, destinada a obtener las pruebas sobre la ocurrencia de la mencionada conducta; sin embargo, por tratarse de actividades ilegales desarrolladas de manera informal, no existen registros contables que permitan tener evidencia sobre las transacciones, al tiempo que los estados financieros no son preparados conforme a la ley, ni cuentan con los soportes correspondientes y carecen de auditoría, y al tratarse de transacciones en efectivo, no dejan registro del tráfico, de forma que las visitas no lograban recaudar la información necesaria.

La intervención de las autoridades competentes bajo las normas vigentes antes del estado de declaratoria de emergencia, implicaba sujetarse al cumplimiento de una rigurosidad probatoria y procedimental para establecer la existencia de una captación no autorizada con el fin de blindar jurídica y probatoriamente los actos administrativos



expedidos por el supervisor en esta materia. En tal sentido, dada la presunción de inocencia y garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa de la persona natural o jurídica objeto de la investigación, de las cuales es un imposible jurídico sustraerse, la SFC sólo podía actuar en el marco de la ley y en la medida en que pudiera probar, de modo fehaciente, cada uno de los supuestos normativos de la captación ilegal necesarios para entrar a determinar la configuración del delito de captación no autorizada de dineros del público.

Con el objeto de definir los supuestos bajo los cuales se desarrollaba la conducta de captación masiva y habitual, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 3227 de 1982, modificado por el Decreto 1981 de 1988, norma vigente al momento de la declaratoria de emergencia y que disponía lo siguiente:

*"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 esté 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 1º. 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.*

*Parágrafo 2º. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital".*





La integración de un expediente de ese orden para establecer el ejercicio ilegal de la actividad se compone por elementos de tipo contable, documentos que den fe de la celebración de las operaciones de captación y de las personas vinculadas a las mismas, así como los nexos de éstas con los investigados; la naturaleza de los negocios celebrados y su alcance; la identificación precisa de las circunstancias y, y en fin, una variada gama de actividades que la autoridad tiene para desplegar a fin de adoptar las medidas señaladas en el Numeral 1º del Artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, procedimiento que debe respetar los principios del debido proceso.

La insuficiencia de mecanismos legales efectivos para prevenir, conjurar y reprimir el fenómeno de captación o recaudo no autorizado permitió ocultar el carácter ilegal de las actividades ejercidas, correspondiendo a conductas faltas de naturalidad y extremas en la malicia.

Estas operaciones suelen ocultarse mediante la apariencia de actividades legales como la venta de programas o proyectos turísticos, venta de tarjetas prepago, promoción y publicidad voz a voz individual o personal, contratos de cuentas de participación, venta de proyectos inmobiliarios y turísticos, recepción de dineros bajo la forma de "aportes" o "inversiones", entre otros.

El sistema de sofisticación en la captación no autorizada llegó al punto de desarrollar esquemas a través de vehículos domiciliados en otros países con poca o ninguna regulación en la materia, e incluso, se detectaron modelos basados en plataformas tecnológicas que permitían el acceso vía internet, de forma que no era posible en la mayoría de los casos establecer o determinar el domicilio o la plena identificación de las personas naturales que se encontraban ejerciendo dicha actividad.

Así pues, en gran parte de los casos se logró evidenciar que las captadoras ofrecían sus "productos" de forma anónima y a través de la confianza que se genera a través del Internet y los mecanismos de difusión que esta brinda a quienes pueden acceder en calidad de propietarios o administradores de dominios.

A título de ejemplo se cita el caso de la captación o recaudo de Finanzas Forex y BMC World Business, quienes se anunciaban como "una compañía de intermediación financiera -on line- que lo integra un equipo de profesionales y expertos en inversiones en el gran mercado de divisas, y cuya función es la de facilitar, al público en general -nuestros inversores- el acceso a este mercado: el Forex, pero sin la necesidad de que estos tengan conocimiento de este Mercado, y sin la necesidad de que realicen grandes inversiones"<sup>10</sup>.

La promoción del producto la efectuaban promotores comerciales vía electrónica, mediante correos electrónicos masivos o personalizados, páginas de internet, programas de intercambio de mensajería instantánea, en los que se hacía alusión a la posibilidad de acceder a la plataforma "Forex Market Network" ofreciendo "rentabilidad del 10% al 21%" estableciendo igualmente una serie de "beneficios" adicionales a través de "una inversión inicial y la posibilidad de ganar dinero atrayendo más inversionistas (el 05% sobre lo que otros inversionistas inviertan)"

Allí se logró demostrar que a través de los promotores comerciales -personas naturales residentes en Colombia- estas sociedades captaban clientes ofreciéndoles rentabilidades que dependían del monto de la inversión y de su duración. En efecto, los promotores del negocio recibían los dineros en efectivo en el país y les trasladaban a quienes entregaban sus recursos una serie de "puntos" que se veían reflejados en las

<sup>10</sup> Superintendencia Financiera de Colombia. Resolución 2061 y 2062, ambas de 2008



plataformas virtuales creadas por las compañías para dar apariencia formal a la inversión efectuada.

Se logró acreditar que los promotores comerciales mencionados ni siquiera tenían la posibilidad de enviar al supuesto país de destino los dineros recibidos, hecho a partir del cual se desvirtúa el supuesto con base en el cual se vinculaba a personas con la promesa de rendimientos obtenidos a partir de las operaciones de compra de divisas en el mercado Forex.

Cada cliente referido generaba una comisión en puntos al promotor que lo vinculaba. Bajo este contexto se percibe la sofisticación de las operaciones de los captadores ilegales con el propósito de ocultar sus operaciones. Las formas de sofisticación comprendían las siguientes:

- Sofisticación de tipo legal. Con el apoyo de expertos, los captadores ilegales se dieron a la tarea de dar un ropaje de legalidad a los distintos arreglos contractuales con que fundamentaban sus operaciones, acudiendo a interpretaciones extremadamente amplias y al margen de la ley que hizo necesario entrar a desvirtuarlas con análisis de tipo legal a los contratos, convenios o documentos con base en los cuales se estructuraban los varios tipos de operaciones a través de las cuales se ocultaba la captación masiva y habitual. Esto en los casos en que se dejaba evidencia documental, pues no en todos los casos se tenía a disposición dichos contratos, bien sea por su informalidad o porque deliberadamente no eran suministrados a las autoridades.

De esta forma, la medida cautelar resultaba inocua, más si se tiene en cuenta que desde el punto de vista penal el delito de captación de recursos del público podía ser excarcelable, al tiempo que sus responsables desarrollaban defensas dilatorias evitando el avance de las investigaciones, al tiempo que reiniciaban sus actividades constituyendo otras entidades o vehículos jurídicos e inclusive convenciendo a los antiguos clientes de trasladarse al nuevo negocio.

- Sofisticación tecnológica. Para estructurar la captación, en algunos casos se acudió a esquemas de promoción de los beneficios fundamentados en el software al que los clientes tenían acceso parcial para conocer los puntos de beneficios que obtenían en la medida en que fueran realizando las vinculaciones sucesivas de más clientes.

No obstante, el acceso a la información de las bases de datos con las relaciones de los clientes no era fácil para el ente de control en desarrollo de las investigaciones sobre la realización de operaciones no autorizadas, pues siempre estaban ocultas. Incluso cuando se lograba obtener alguna información electrónica, esta correspondía a archivos de Excel sin seguridad, fácilmente manipulables y difícilmente contrastables con los registros contables.

- El modus operandi. Las actividades de los captadores se distribuían en varias localizaciones geográficas, de las que constantemente se movían sin dejar rastro. Este esquema de sucursales y agencias se estructuró operativamente de modo tal que no dejaron evidencia de bases de datos consolidadas de los clientes, dificultándose la prueba de algunos de los supuestos necesarios para determinar la captación ilegal.
- Falta de información. Generalmente los clientes de las captadoras no presentaban quejas hasta el momento de la adopción de las medidas cautelares o el fracaso de la pirámide, al tiempo que se abstenían de brindar información positiva que sirviera como acerbo probatorio de la captación ilegal. Solamente después de que la SFC ha



adoptado las medidas cautelares, empiezan a llegar las quejas de los afectados, en las que de manera abierta y clara brindaran información de la persona responsable de la captación.

- Falta de pruebas. Dado que la actividad de los captadores es informal, no existían ni existen libros y papeles del comerciante o demostración de las conductas realizadas, los estados financieros no eran preparados conforme a la ley y carecían de soportes y auditoría, las transacciones se realizaban en efectivo, de forma que no quedan registros de ella, de modo que la evidencia probatoria es limitada, siendo necesario realizar varias visitas de inspección.
- Falta de colaboración e información ciudadana. Otra característica típica de estas actividades ilícitas y del medio ambiente que las rodea es que la ciudadanía no brinda colaboración al supervisor e incluso favorece la actividad del captador mientras este cumple con los términos prometidos -exorbitantes en todos los casos-, llegando al punto de ser agresivos con la autoridad administrativa. Además, no brindan pruebas documentales como copias de los contratos, copias de recibos de entrega de dineros, etc.
- Apariencia de legalidad. Algunos captadores ilegales efectuaban pago de impuestos y cumplían con la exigencia de inscripción en el RUT, aspecto que ponen en conocimiento del público para darle apariencia de regulación y legalidad a su actividad de captación.

Fue de esta forma que se hizo necesario decretar la medida de emergencia ante la insuficiencia de los mecanismos entonces existentes para contrarrestar la amenaza mediante la expedición de normas adecuadas para el efecto.

En este contexto, se tiene que la actuación de esta demandada fue oportuna mediante la adopción de las medidas necesarias a pesar de las limitaciones normativas.

#### NO EXISTE UN TÍTULO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

No es cierto que esta demandada haya sido negligente respecto de la actividad de las captadoras ilegales, pues una vez comprobados los supuestos correspondientes, expidió las medidas cautelares mediante actos administrativos conforme lo permitido por la ley e hizo las publicaciones en medios masivos de comunicación previniendo a la comunidad.

Se hicieron las siguientes publicaciones sobre el particular:

Fecha	Medio
2006/12/23	El Tiempo
2006/12/24	El Tiempo
2006/12/30	El Tiempo
2006/12/31	El Tiempo
2007/09/01	El Tiempo
2007/09/20	Llano 7 Días
2007/09/29	Nuevo Putumayo
2007/10/09	El Tiempo
2007/10/11	Llano 7 Días
2007/10/14	Nuevo Putumayo
2007/10/15	Nuevo Putumayo
2008/01/27	El Tiempo
2008/01/28	Portafolio



Fecha	Medio
2008/04/29	El Tiempo
2008/11/14	El Tiempo

Se dio respuesta a las peticiones elevadas sobre la materia por otras autoridades de la siguiente forma:

#### FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y POLICÍA NACIONAL

Pregunta	Dichas autoridades solicitaban principalmente información con el fin de establecer si determinada empresa, entidad o persona natural se encontraba autorizada por esta Superintendencia para captar dineros del público en forma masiva y habitual a efectos de que hiciera parte de las investigaciones penales adelantadas por la autoridad correspondiente
Respuesta	<p>En todos los casos se indicó con total claridad que las personas o empresas objeto de las investigaciones no se encontraban vigiladas por la Superintendencia Financiera, y no están autorizadas para realizar operaciones de captación masiva y habitual de dineros del público.</p> <p>Igualmente, dependiendo de la clase de entidad y situación particular, en varias oportunidades se solicitó a la Policía o Fiscalía que si contaban con evidencias sobre la captación de dinero, las remitieran con el fin de adelantar las investigaciones administrativas correspondientes.</p>

#### AUTORIDADES LOCALES

Pregunta	Generalmente algunas Gobernaciones y Alcaldías indagaban sobre si determinada persona natural o jurídica estaba autorizada para captar dinero del público, qué requisitos debía cumplir para estos efectos, etc.
Respuesta	<p>Para estos casos se informaba que la persona o personas denunciadas no eran vigiladas por esta Superintendencia, ni tenían autorización para captar dineros del público. Así mismo, se les indicaba cuáles eran las únicas entidades autorizadas oficialmente para realizar actividades de captación, que no eran otras que las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Economía Solidaria (respecto de sus cooperados o asociados).</p> <p>Igualmente se les informaba que cualquier persona que realizara captación de dinero sin contar con la debida autorización, podía incurrir en el delito contemplado por el artículo 316 del Código Penal, al igual que se exponía a las medidas cautelares de carácter administrativo previstas en la ley.</p> <p>De igual manera, se les advertía sobre la conveniencia de poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación los supuestos hechos de captación ilegal, para que esa autoridad adelantara las investigaciones propias de su competencia y que remitiera a la Superintendencia Financiera de Colombia la evidencia con que contara.</p> <p>Además, se les ponía de presente que si tales autoridades (alcaldías y gobernaciones) disponían de evidencia adicional sobre una determinada actividad de captación ilegal, entendía la Superintendencia que las personas naturales o jurídicas no podían contar con ninguna licencia de funcionamiento otorgada por las autoridades locales, y que, por lo tanto estas podrían proceder al cierre de los establecimientos en donde se desarrollaran tales actividades no autorizadas.</p>



## SOLICITUDES DE PARTICULARES

Pregunta	En algunos casos los particulares se dirigían a la Superintendencia Financiera para denunciar posibles o supuestas actividades de captación ilegal de dinero del público y en otros eventos, con el fin de preguntar si determinada persona natural o jurídica se encontraba autorizada para adelantar actividades de captación de dineros del público.
Respuesta	<p>En primera instancia se advertía que las entidades que no se encontraban vigiladas por esta Superintendencia no estaban autorizadas para adelantar actividades de captación de dinero del público. Así mismo, para efectos de establecer si existía evidencia de que se estuviera realizando una posible actividad de captación de manera ilegal, se solicitaba el envío de la información y documentación disponible con el fin de poder iniciar la investigación administrativa correspondiente.</p> <p>Igualmente se advertía sobre la publicación de los avisos de prensa efectuada por esta Superintendencia con la finalidad de prevenir al público en general y de proteger los derechos de terceros de buena fe y sobre el riesgo que conllevaba invertir dinero en entidades diferentes a las vigiladas. Por último, se aclaraba que la responsabilidad de evaluar el riesgo, la seguridad y viabilidad de realizar una inversión corresponde a cada persona interesada, quien para dicha finalidad debe verificar la legalidad, idoneidad y solvencia moral de las personas receptoras de la inversión, en especial si cuenta con la correspondiente autorización de las autoridades competentes.</p>

Respecto de las investigaciones administrativas entre 2005 y 2008 se adelantaron las siguientes:

Estado de la actuación a la fecha de la declaratoria	Investigados
Archivada toda vez que como resultado de la investigación realizada no se comprobaron los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público establecidos en el Decreto 1981 de 1988.	Organización Servimos S.A. Megabusiness Oportunidad Latinoamericana Colombia Misiones S.A. Circulante S.A. Efectivo Ltda Colinverfin Ltda Servicio Inmediato Nacional Ltda S.I.N. Asociación de Policías Retirados del Nor Constructores y Finanzas de Colombia Circulo de Viajes Universal Corporación Promotora de Vivienda Provisa Pagacheque Automático Universal Prefiero i-Card Latin Enterprise Usa Corp Agencia de Viajes Vivatur EU Casa de Funerales El Amparo Casa de funerales LLa fe Global Investment Consulting - CIS S.A. Asociación para el Desarrollo Microempresarial Colombiano Ademcol/Oportunidad La Instituto para el Desarrollo de Antioquia Idea Comerciar y Mercader Ltda. Gestiones Financieras S.A. Molinos del Cauca S.A. "en Liquidación Obligatoria" Banca y Valores Consultores Financieros S.A. Grupo Factoring de Cccidente s.a. Construcciones y Finanzas de Colombia SA Outsourcing de Operaciones S.A: Corporación Mi Banca



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO  
-SECCIÓN TERCERA-  
BOGOTÁ D.C.

Estado de la actuación a la fecha de la declaratoria	Investigados
	Sintraterminal Corporación Acción para el Atlántico Actuar Outsourcing de Operaciones S.A: Alfoli

Otras investigaciones

Eventual captador	Estado de la actuación a la fecha de la declaratoria
Británica Internacional de Inversiones & Compañía Ltda, Asesor de Inversiones y Sociedad Británica Internacional de Seguros & Compañía Limitada	La Resolución 1705 de 2006 ordena la disolución y liquidación de la compañía BRITÁNICA INTERNACIONAL DE INVERSIONES, y la suspensión inmediata de las operaciones financieras ilegales, devolución de los dineros recibidos en desarrollo de tales actividades. De igual manera, ordena la suspensión inmediata de las actividades de la Sociedad BRITÁNICA INTERNACIONAL DE SEGUROS & COMPAÑÍA LIMITADA, Agencia de Seguros, consistente en el recaudo de los dineros que son trasladados a la Sociedad Británica Internacional de Inversiones y Cia Ltda.
Sociedad Grupo DMG S.A.	Mediante Resolución 1634 de septiembre de 2007, la SFC ordena la suspensión inmediata de las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG, así como la devolución de la totalidad de los dineros recibido por la venta de las referidas tarjetas, cualquiera sea la modalidad. Dicha medida fue confirmada en su totalidad mediante Resolución 1806 de octubre 8 de 2007.
Promotora Costa Caribe	Como resultado de la investigación realizada a finales del año 2007, no se comprobaron los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público establecidos en el Decreto 1981 de 1988. Posteriormente, a fines del año 2008 se reabrió la investigación, proceso que culminó con la Resolución 1879 de noviembre 22 de 2008
Corporación Superservi	Mediante la Resolución 0667 de abril 25 de 2008, la SFC ordena la suspensión inmediata de la actividad de captación masiva y habitual de dineros a través de la recepción de recursos del público por las vinculaciones a los programas denominados Elite Dorada y Super Alianza, así como la devolución de la totalidad de los dineros recibido oor conceto de las vinculaciones a dichos programas. También abstenerse de realizar directa o indirectamente cualquier operación, actividad, programa o sistema que implique la captación de dineros del público en forma habitual mediante instrumentos idénticos, similares o sustitutos de los programas antes referidos o cualquier otro mecanismo que tenga por finalidad o efecto el ejercicio irregular de la mencionada actividad financiera. Dicha medida fue confirmada mediante Resolución 0923 de junio 24 de 2008.

Investigaciones abiertas al momento de declaratoria de la emergencia:

Investigado	Estado
Financiamos Ltda	Abierta al momento de la declaración de la emergencia. Se encuentra en proceso de inspección para determinar si se presentan hechos objetivos y notorios que determinen la captación ilegal de recursos a la luz del Decreto 4334 de 2008
Gestión Hospitalaria de Colombia S.A.	Abierta al momento de la declaración de emergencia. Actualmente se encuentra en proceso de investigación y pendientes de que alleguen documentación.
Fundación Solidaria Merco Funsome	Abierta al momento de la declaración de emergencia. Investigación que culminó con la Resolución 1931 de noviembre 28 de 2008, expedida posteriormente a la declaratoria de la Emergencia Social.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-  
BOGOTÁ D.C.

Investigado	Estado
Consortio Prethell González S.A.	Abierta al momento de la declaración de emergencia. Investigación que culminó con la Resolución 1829 de noviembre 29 de 2008, expedida posteriormente a la declaratoria de la Emergencia Social.
Inversiones Raíz Network de Colombia Ltda	Abierta al momento de la declaración de emergencia. Proceso de evaluación Extra-situ que determinó la necesidad de efectuar una visita de inspección In-situ.
Fundación de Vecinos Ganadores	La Superintendencia practicó visita de inspección en el domicilio principal del propietario del establecimiento de comercio People Winner, y encontró que los locales donde operaban estaban cerrados.
Central de Inversiones JE/Juan Ernesto Díaz Carrizosa	Abierta al momento de la declaración de emergencia. Como resultado de la investigación realizada no se comprobaron hechos objetivos y notorios de captación en el marco del Decreto 4334 de 2008.
Proyecciones DRFE	<p>Antes de la declaratoria de las medidas de emergencia social, la SFC había adelantado la investigación administrativa respecto del propietario del establecimiento de comercio Proyecciones DRFE, expidiéndose en la Resolución 1778 del 11 de noviembre de 2008, notificada por aviso al día siguiente, mediante la cual se adoptaron medidas cautelares de carácter administrativo al amparo de los supuestos normativos del Decreto 1981 de 1988 y 1228 de 1996</p> <p>En dicha resolución se ordenó a Carlos Alfredo Suárez, la suspensión inmediata y definitiva de la actividad de captación ilegal; abstenerse de continuar ejerciendo dicha actividad; la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente; la devolución de la totalidad de los dineros captados del público; y el traslado del expediente de la actuación administrativa al Juez Civil del Circuito de Pasto.</p> <p>Como consecuencia de la expedición del Decreto 4334 de 2008, la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto del 19 de noviembre de 2008, dispuso la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios del citado comerciante, a efectos de proceder a la devolución expedita de los dineros captados bajo el procedimiento especial previsto para el efecto en dicho decreto.</p>
Dollar Net Ltda	Abierta al momento de la declaración de emergencia. Como resultado de la investigación realizada no se comprobaron hechos objetivos y notorios de captación en el marco del Decreto 4334 de 2008
Gesta Grupo Profesional EU	Abierta al momento de la declaración de emergencia. Investigación que culminó con la Resolución 1827 de noviembre 19 de 2008, expedida posteriormente a la declaratoria de la Emergencia Social.
Net Work Internacional Ltda	Al momento de la declaración de la emergencia social, ya se había adelantado la visita de inspección y se encontraba pendiente la determinación de si la actividad que adelantaba se encontraba autorizada. Esta actuación administrativa culminó con la adopción de medidas de intervención por parte de la Superintendencia Financiera, mediante la Resolución 1880 del 22 de noviembre de 2008
Grupo Network Inversiones Ltda	Antes de las medidas de emergencia la SFC había expedido la Resolución 1550 de septiembre de 2008, la SFC ordena a Grupo Net Work Inversiones Ltda (Hoy Grupo G Inversiones Ltda) la suspensión inmediata y definitiva de la actividad de captación masiva y habitual de dineros a través de la suscripción de contratos de unión temporal y de cuentas en participación. De igual manera, ordena la devolución de la totalidad de los dineros captados del público y abstenerse inmediatamente de suscribir nuevos contratos de unión temporal y/o cuentas de participación o cualquier otro que implique captación de dineros del público en forma masiva y habitual mediante instrumentos idénticos, similares o sustitutos de los negocios jurídicos que fueron analizados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO  
-SECCIÓN TERCERA-  
BOGOTÁ D.C.

Investigado	Estado
Commuida Internacional S.A.	Al momento de la declaración de la emergencia social, ya se había adelantado la visita de inspección y se encontraba pendiente la determinación de si la actividad que adelantaba se encontraba autorizada. En vigencia del Decreto 4334 de 2008, esta actuación administrativa culminó con la adopción de medidas de intervención por parte de la SFC, mediante la Resolución 1905 de noviembre 26 de 2008.
Fundación Más que Palabras – Es Mejor dar que Recibir	Al momento de la declaración de la emergencia social ya se había adelantado visita de inspección y se encontraba pendiente la determinación de si la actividad que adelantaba se encontraba autorizada. En vigencia del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, esta actuación administrativa culminó con la adopción de medidas de intervención por parte de la SFC, mediante la expedición de la Resolución 1825 del 18 de noviembre de 2008.

De las actuaciones adelantadas por la SFC que arrojaron como resultado la existencia de conductas de captación masiva y habitual de recursos del público, se dio traslado a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo, toda vez que esta conducta está tipificada por el Artículo 316 del Código Penal.

En algunos casos de especial relevancia, como Grupo DMG S.A., Promotora Costa Caribe S.A. y la Corporación Caribe Sol se informó a la Fiscalía sobre los avances de las investigaciones antes de la determinación de la actividad ilegal de captación y la consiguiente adopción de medidas cautelares de carácter administrativo, mediante distintas comunicaciones y en diferentes reuniones sostenidas con esa autoridad.

En vigencia del Decreto 4333 de 2008 se adoptaron las siguientes medidas administrativas por parte de la SFC, como consecuencia de la captación masiva y habitual de dineros del público.

Resolución	Fecha	Captador
1936	2009/12/15	Forex Tradina Institute Colombia E.U. y Andrés Ricardo Murcia Botero
1316	2009/08/31	Sociedad IB Group Finanzas Internacionales Ltda
1294	2009/08/24	A.I. Trading S.A.
1219	2009/08/14	Alternativas Financieras S.A. y Santiago Gómez Hernández
1097	2009/07/24	Strategic Financial Group Ltda
1154	2009/07/31	Acción Intermedia S.A. y Frankin Alberto Gaitán Puentes
0981	2009/07/03	Trade Consulting Company Ltda Intelmarkets Ltda y Jhon Jairo Romero
0897	2009/07/23	Wealth Maker Group Ltda
0915	2009/06/25	Financial Management Solutions Ltda
0901	2009/06/23	Banca e Inversión y Diego Fernando Perlaza Hernández
0816	2009/06/11	Su Inversión S.A. y Luz Marina Vélez Londoño
0732	2009/06/01	Sociedad Unida de Trabajo Ltda UNITRAB Ltda y Oscar Manuel Flore





REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-  
BOGOTÁ D.C.

Resolución	Fecha	Captador
0738	2009/06/02	Gran Valor S.A. Luz Marina Sánchez Romero y Diana Milena Agudelo García
0703	2009/05/29	Three Horses Corporation Ltda – antes Xtreme Financial Investments Colombia Ltda y Andrés Ignacio Ureña Paz
0635	2009/05/15	Cooperativa Multiactiva Coomir Colombia y Jairo Arizal Hernández
0471	2009/04/14	Mutually Global Investment Ltda, Leonel Ospina Pérez, Edylma Ospina Gutiérrez y Gustavo Adolfo Ospina Ospina
0094	2009/01/23	Frutales La Cosecha S.A., Loteáramos S.A., Su Inversión S.A. y Pedro Ignacio Velasco Laverde
0287 2050	2009/03/10 2008/12/16	CI Tango Trading Ltda y sus socios Hugo Javiero Coy Troncoso y Adriana Arango Muñoz
0311 2175	2009/03/13 2008/12/30	Mer K Latin S.A.
0318 2176	2009/03/17 2008/12/30	Auto Latin S.A.
0316 1951	2009/03/17 2008/12/01	Sociedad Corpogana Colombia Ltda
0317 2044	2009/03/17 2008/12/15	Jesús Hernán Lozano Bernal, propietario de los establecimientos de comercio Droguería Profesional y Web Way Internet
2061 2062	2008/12/17 2008/12/17	Evolution Market Group INC.. BMC World Business INC., y tomó medidas respecto de Beatriz Zamora Tamayo, Judith González-Porto Puello, Jhonn Jairo Vesga Cadena y Alejandro Fernández Eslava.
1929 1930 1935 1938 1939 1941 1942 1943 1944 1945 1948	2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28 2008/11/28	Inversiones Internacionales Golden Gate S.A., International House Inversiones E.U. Comercializadora I.I.P. S.A. El Mundo Global del Dinero Ltda, Speed Cash Ltda, J&J Clean Ltda, Fundación Crea y Sueña – Funcesa, Sociedad Travel Tours Inversiones Ltda, Desarrollo Empresarial en Negocios Multinacionales E.U.y toma medidas respecto de Gerardo Joaquín Cardozo Chaparro, Nelia Paola López Vargas, Jhon Jairo Torres Martínez y Honorato Gómez Forero
1806 1839 1895	2008/11/14 2008/11/20 2008/11/25	Monex Market Colombia S.A. – Sociedad Derivados Financieros – Central de Inversiones en Red para Educación Ltda CINRED y Soluciones & Asesorías Financieras Ltda
1879	2008/11/22	J.M. Inversiones Turísticas Caribe Ltda, medida extensiva a Promotora Costa Caribe Ltda y la entidad sin ánimo de lucro Corporación Turística Sol Caribe

A partir de lo expuesto puede concluirse que no existe fundamento para que la accionante considere que la SFC no actuó de forma oportuna o fue negligente o pasiva, estando demostrado por el contrario que actuó antes y después de la declaratoria de emergencia social, conclusión a la que también llegó la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso disciplinario radicado IUC-D2010-878-300816 (IUS-2009-292417), que finalizó exonerando a los funcionarios investigados.



#### 4.6 U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Este accionado descurre el traslado de la siguiente forma:

##### 4.6.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

Respecto de los hechos este accionado señala que no le constan.

##### 4.6.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este accionado se opone expresamente a las pretensiones de la demanda.

##### 4.6.3 EXCEPCIONES

Como excepciones este demandado propuso las siguientes:

###### a. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional mediante declaró inexecutable los decretos 4333 y 4334 de 2008, por medio de los cuales se declaró el estado de emergencia social y el procedimiento de intervención de las captadores ilegales.

Este pronunciamiento hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y no es cierto que los decretos fueran declarados inexecutable.

###### b. FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA

Este accionado explica que la responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados corresponde a la sociedad captadora, pues el daño no ha sido causado por la DIAN.

###### c. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Los responsables de los daños que pudo haber sufrido lo accionante son el señor DAVID MURCIA GUZMÁN y la demandante, quien dentro su órbita de negocios privados decide ejecutar actividades comerciales con el grupo DMG, aún a sabiendas del despliegue informativo de la posible existencia de actividades ilícitas, de forma que actuó bajo su propio riesgo, por lo que no puede predicarse la responsabilidad del Estado por su propia culpa.

Ello resulta evidente en tanto la Superintendencia Financiera publicó avisos en distintos diarios del país previniendo e informando a la ciudadanía en general que debía abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público tal como se indica a continuación:

Fecha	Medio
2006/12/23	El Tiempo
2006/12/24	El Tiempo
2006/12/30	El Tiempo
2006/12/31	El Tiempo
2007/09/17	El Tiempo
2007/09/20	Llano 7 Días
2007/09/29	Nuevo Putumayo
2007/10/09	El Tiempo
2007/10/11	Llano 7 Días



Fecha	Medio
2007/10/15	Nuevo Putumayo
2008/01/27	El Tiempo
2008/01/28	Portafolio
2008/04/29	El Tiempo
2008/11/14	El Tiempo

A pesar de lo anterior, la accionante insistió en participar en el negocio con la captadora ilegal, configurándose este eximente de responsabilidad.

d. EN CUANTO AL HECHO GENERADOR DEL DAÑO

Los decretos 4333 y 4334 fueron expedidos por Gobierno Nacional de manera oportuna con el fin de adoptar las medidas para impedir la captación masiva de dineros del público, de manera que no puede alegarse que las demandadas hayan sido negligentes.

e. CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA ENTIDAD

Este demandado cumplió con las funciones consagradas en la legislación, haciendo uso de la facultad impositiva, procediendo al recaudo de las sumas que en su momento fueron pagadas a título de impuestos.

f. INEXISTENCIA DE PRUEBA QUE PUEDA DERIVAR RESPONSABILIDAD DE LAS DEMANDADAS

La accionante no demuestra que la DIAN le causara daño o perjuicio. En el escrito de demanda, no se aportan pruebas que demuestren la responsabilidad de las demandadas, que por su acción u omisión causara daño o perjuicio al accionante.

El demandante, no aporta ninguna prueba que demuestre que la entidad no realizara ninguna actividad de fiscalización en las empresas captadoras, y se limita afirmar que no se realizó ni un requerimiento a las mismas, hecho que es contrario a la realidad.

Las pretensiones del accionante solo buscan obtener del estado una indemnización por una relación comercial que efectuaron con empresas privadas de la cual ellos son los únicos responsables por tratarse de actividades privadas de carácter ilegal. Si los actores pretenden un resarcimiento del posible daño causado, deben acudir a los mecanismos legales consagrados en los decretos de intervención.

Teniendo en cuenta que la falla en el servicio se encuentra establecida dentro del régimen de la responsabilidad subjetiva, en la cual se debe demostrar la culpa de la administración ya sea por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones o por el incumplimiento o retardo en su ejecución.

#### 4.7 NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

No contestó la demanda.

#### 4.8 AGENTE INTERVENTOR DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN

Al recorrer el traslado se pronuncia de la siguiente forma:

##### 4.8.1 ACERCA DE LOS HECHOS



Respecto de los hechos indica que no le constan o no son ciertos, salvo lo relativo a la el total entregado por la actora a Dmg Grupo Holding S.A. antes del el 17 de noviembre de 2008 (cuando ocurrió el proceso de intervención y consecuente Liquidación Judicial), fue de \$50.000.000.00, de los cuales se le devolvieron \$7.127.333.00, por lo que el saldo a reconocer corresponde a \$42.872.667, que en caso de ser devueltos, deberá realizarse de conformidad con los Decretos 4333 y 4334 del 17 de noviembre de 2008.

Además, precisa que la entrega de los dineros debe hacerse bajo la fórmula establecida en el Artículo 10 del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, la cual ha sido aplicada por la agente interventora, a lo que se suma, que este caso específico debe ser tratado bajo el régimen especial establecido en los decretos 4333 y 4334 de 2008 y 1910 de 2009 y demás normas concordantes.

#### 4.8.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este demandado se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

#### 4.8.3 EXCEPCIONES PREVIAS

Como excepciones previas fueron propuestas por este demandado las siguientes:

- a. COSA JUZGADA, YA QUE LA RECLAMACIÓN SE DECIDIÓ EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE INTERVENCIÓN. Mediante el Decreto 4334 de 2008 se expide el "Procedimiento de intervención estatal en desarrollo del Decreto 4333", cuyo objeto consiste en disponer un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución a la población afectada de recursos obtenidos en desarrollo de las conductas de captación y recaudo no autorizadas, revistiéndolo de una naturaleza administrativa especial, ágil y abreviada.

Los primeros 5 artículos<sup>11</sup> regulan la intervención estatal, el objeto, la competencia y los sujetos regidos por ella.

---

<sup>11</sup> "Artículo 1º. Intervención estatal. Modificado por el art. 1. Decreto Nacional 4705 de 2008. Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

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

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



Para el caso de DMG Grupo Holding S.A., la intervención se produjo mediante la toma de posesión por la Superintendencia de Sociedades conforme al Auto 400-014073 del 17 de noviembre de 2008, en desarrollo de lo previsto en el Decreto 4334, precisándose que las decisiones que se adopten para devolver los dineros tienen efectos de cosa juzgada erga omnes en única instancia con carácter jurisdiccional.

La intervención y trámite para la devolución de los dineros aparece regulada<sup>12</sup> en los Artículos 9 y 10 del mismo Decreto, de donde se observa que las devoluciones aceptadas

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

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

<sup>12</sup> Artículo 10. Devolución inmediata de dineros. Modificado por el art. 72, Decreto Nacional 4705 de 2008. Este procedimiento se aplicará por la Superintendencia de Sociedades cuando previamente haya decretado la toma de posesión. En este caso aplicará el siguiente procedimiento:

- a) Dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición de la providencia de toma de posesión, el Agente Interventor publicará un aviso en un diario de amplia circulación nacional, en el cual se informe sobre la medida de intervención, o por cualquier medio expedito. Así mismo, la Superintendencia de Sociedades fijará en su página web copia de la providencia.
- b) En el mismo aviso, el Agente Interventor convocará a quienes se crean con derecho a reclamar las sumas de dinero entregadas a la persona natural o Jurídica intervenida, para que presenten sus solicitudes en el sitio o sitios que señale por el efecto, dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación del aviso;
- c) La solicitud deberá hacerse por escrito con presentación personal ante el interventor, acompañado del original del comprobante de entrega de dinero a la persona intervenida;
- d) El Agente Interventor, dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término anterior, expedirá una providencia que contendrá las solicitudes de devolución aceptadas y las rechazadas, la cual será publicada en la misma forma de la providencia de apertura. Contra esta decisión procederá el recurso de reposición que deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición de esta providencia. Las devoluciones aceptadas tendrán como base hasta el capital entregado;
- e) La interposición de los recursos no suspenderá el pago de las reclamaciones aceptadas, las cuales serán atendidas dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la providencia, por conducto de entidades financieras, previo endoso del título de depósito Judicial de la Superintendencia de Sociedades a favor del Agente Interventor.
- f) Los recursos de reposición serán resueltos dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo de presentación, luego de lo cual se atenderán las devoluciones aceptadas dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la decisión y el saldo, si lo hubiere, acrecerá a todos los beneficiarios de la devolución a prorrata de sus derechos;

Parágrafo 1°. Criterios para la devolución. - Para la devolución de las solicitudes aceptadas, el Agente interventor deberá tener en cuenta los siguientes criterios;

- a) Se atenderán todas las devoluciones aceptadas dividiendo por el número de solicitantes, hasta concurrencia del activo y hasta el monto de lo aceptado;
- b) En caso de que sean puestos a disposición o aparezcan nuevos recursos, se aplicará el procedimiento anteriormente señalado para el pago de devoluciones aceptadas insolutas;
- c) En el evento en el que demuestre que se han efectuado devoluciones anteriores a la intervención a cualquier título, estas sumas podrán ser descontadas de la suma aceptada por el agente interventor.

Parágrafo 2°. Los días señalados en el presente procedimiento se entenderán comunes.



tendrán como base hasta el capital entregado, y en el evento de que se demuestre que se han efectuado reembolsos anteriores a la intervención a cualquier título, tales sumas pueden ser descontadas de la suma aceptada por el interventor bajo la siguiente fórmula<sup>13</sup>:

*"Capital entregado (-) menos compras efectuadas, (-) menos devoluciones anteriores de dinero, diferentes a capital = SALDO a reconocer."*

Consultada la base de datos también publicada en la página web [www.dmqholdingintervenida.com.co](http://www.dmqholdingintervenida.com.co) se verifica que la accionante se hizo parte del proceso de intervención y realizó la reclamación respectiva que fue incluida en la Decisión No. 62 del 6 de marzo de 2009, la que actualmente se encuentra ejecutoriada.

Teniendo en cuenta que esta determinación se adoptó en el proceso administrativo especial instaurado para "devolver los dineros que habían sido entregados por el público", tiene efecto de cosa juzgada erga omnes con carácter jurisdiccional al tenor del Artículo 3 del Decreto 4334 de 2008, de forma que no hay lugar a pronunciarse nuevamente sobre la misma pretensión.

- b. FALTA DE COMPETENCIA. Dado que existe un procedimiento especial de carácter jurisdiccional para la devolución de los dineros, carece de competencia el juez administrativo para pronunciarse sobre el particular.

El Decreto 1910 de 2009 que reglamenta parcialmente al Decreto 4334 de 2008 en el Artículo 3º establece:

*"Artículo 3º. Remisión de Reclamaciones y de Bienes. Cualquier autoridad que reciba o haya recibido solicitud de reclamación, indemnización, pago o equivalente, relacionada con los dineros entregados a los sujetos intervenidos, o que en virtud de actuaciones administrativas o Judiciales, tenga a cualquier título bienes de propiedad o aprehendidos a los sujetos intervenidos, deberán remitirlos al Agente Interventor, o al liquidador según corresponda, quien en aplicación del procedimiento dispuesto en el artículo 10 del Decreto 4334 de 2008, será el único competente para resolver acerca de las reclamaciones y de efectuar el Inventario, en desarrollo del principio de universalidad del proceso de toma de posesión para devolver o del de liquidación Judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto 4334 de 2008 y en el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.*

*Parágrafo 1º. De acuerdo con la ley, los recursos de los sujetos en proceso de toma de posesión para devolver o en proceso de liquidación, serán inembargables y no estarán sometidos a medidas diferentes a las adoptadas por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de las facultades jurisdiccionales, sin perjuicio de las medidas ordenadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.*

*Parágrafo 2º. Cuando los bienes que se entreguen se encuentren a nombre de personas diferentes a los sujetos a los que se refiere el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, el tercero titular del bien que realice la entrega otorgará un poder, mediante documento privado reconocido ante notario o ante una autoridad Jurisdiccional, a favor del Agente Interventor, que lo faculte para realizar los actos de disposición*

Parágrafo 3º. Reglamentado por el Decreto Nacional 1761 de 2009. Los honorarios del Agente Interventor y los gastos propios de la intervención, serán cancelados con cargo al patrimonio de la Intervenida y, en su defecto, del fondo cuenta para el efecto sea constituido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Sociedades.

<sup>13</sup> literal d, y literal c del parágrafo 1), disposición que se plasmó en la decisión N° 61



*frente al bien objeto de la entrega. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Sociedades para adoptar las medidas de que trata el numeral 3 del artículo 9º del Decreto 4334 de 2008.”*

Esta disposición ordena la remisión de las solicitudes judiciales a la Superintendencia de Sociedades, para que sea esta autoridad quien resuelva todas las peticiones relacionadas con los lotes objeto del proceso, norma que interpretada en conjunto con los decretos 4333 y 4334 de 2008, constituyen un fuero de atracción excluyente.

- c. **FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA.** En el presente caso las demandadas son entidades de orden estatal y las pretensiones se fundamentan en la presunta responsabilidad por el deficiente cumplimiento y/o omisión de las funciones de inspección, vigilancia y control de las actividades relacionadas con el manejo y captación no autorizadas de dineros del público, no pudiendo entonces la sociedad DMG Grupo Holding en Liquidación Judicial estar incurso en la pretendida omisión.

No existe un vínculo jurídico que obligue por esta acción a responder por una eventual condena por vía de reparación directa, toda vez que los fundamentos de derecho y de hecho impiden que se configure la legitimación por pasiva de este particular.

- d. **CADUCIDAD Y/O PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.** En el presente caso, los Decreto 4333 y 4334 de 2008 habrían generado el presunto agravio, comenzaron a regir a partir del 17 de noviembre de 2008, por lo que el término de caducidad venció el 16 de noviembre de 2010, al tiempo que la demanda no se notificó dentro del año siguiente a la fecha de fijación del auto admisorio en el estado, por lo que se interrumpió el término para su presentación tal como lo prevé el Artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

#### 4.8.4 EXCEPCIONES DE MÉRITO

Como excepciones fueron propuestas las siguientes:

- a. **EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL POR PARTE DE LA LIQUIDADORA.** Las actuaciones de la liquidadora obedecen al cumplimiento de un deber legal consagrado en el Decreto 4334 de 2008, el cual remite en su Artículo 15 en lo no previsto en esa normativa a la Ley 1116 de 2006, para procurar la ordenada y pronta devolución de dineros a los afectados por la captación no autorizada de dineros del público, hasta concurrencia del valor aceptado.

En consecuencia, no podría causársele ni imputársele daño alguno por las actuaciones que devienen de una actividad desarrollada con total ceñimiento a la ley.

- b. **FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA.** En el presente asunto se demanda a las autoridades por la presunta omisión en el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control de las actividades relacionadas con el manejo y captación no autorizadas de dinero del público, persiguiéndose a través de esta acción de reparación, el resarcimiento de los perjuicios causados al considerarse que ha sido inadecuada la actuación del Estado en las obligaciones legales de las entidades competentes.

En este orden de ideas, DMG Grupo Holding S.A. en liquidación, mal podría estar incurso en la pretendida omisión, por tratarse de una entidad de carácter privado.

No existe un vínculo jurídico que la obligue por esta acción administrativa a responder ante una eventual condena por la vía de la reparación directa, toda vez que los fundamentos de hecho y de derecho impiden que la sociedad en liquidación deba



responder por las pretensiones, configurándose así la falta de legitimación en la causa por pasiva.

- c. LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA NO ES PROCEDENTE CONTRA DMG GRUPO HOLDING S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL. Está visto que la Superintendencia de Sociedades como único juez de la causa tanto en la intervención de que trata el Decreto 4334 de 2008, como en el consecuente proceso de liquidación judicial de que trata la Ley 1116 de 2006, así lo consideró y ratificó la Corte Constitucional en Sentencia C-145 de 2009, mediante la cual declaró la constitucionalidad del mencionado decreto.

En este orden de ideas, el trámite de la intervención y consecuente liquidación judicial del sujeto intervenido constituye un procedimiento preferente para la devolución de los dineros captados ilegalmente del público, haciendo improcedente su pretermisión.

Resulta inadecuado pretender la devolución de dineros por parte de DMG Grupo Holding mediante la acción de reparación directa, pues de conformidad con las pretensiones de la demanda, lo que se busca de fondo, es la devolución de los dineros entregados por la demandante junto con intereses e indemnizaciones, todo lo cual va en contravía del procedimiento establecido legalmente y de manera extraordinaria por el legislador, pretendiendo la accionante pasar por alto el derecho a la igualdad de los demás afectados que presentaron reclamación siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto 4334 de 2008.

- d. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Teniendo en cuenta los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar pues no se logra demostrar la existencia real de los requisitos establecidos en la Constitución Política, ni en las normas referentes a la responsabilidad estatal como consecuencia de los acontecimientos presentados y relacionados con la captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización de las autoridades competentes, es decir, que en el presente caso el daño está ausente.

Tampoco hay lugar a una reparación presuntamente derivada del ejercicio tardío y negligente del Estado en sus funciones de inspección, vigilancia y control de las actividades financiera, bursátil y aseguradora, así como las relacionadas con la captación masiva y habitual de dineros del público, pues como se desprende de la misma, la naturaleza propia de los negocios celebrados entre quienes entregaron el dinero y DMG Grupo Holding S.A., antes de su intervención encuadran dentro de los contratos privados que por sus características conllevan un altísimo riesgo financiero relacionado con la ganancia o pérdida de los recursos entregados, asunto aleatorio que recae exclusivamente en el contratante que invirtió, y por tanto no puede ser considerado como una lesión resarcible por cuanto no se trata de un daño antijurídico, pues si en gracia de discusión se admitiera, fue la misma accionante quien en ejercicio de la autonomía de su voluntad consintió y asumió la contingencia de los contratos aleatorios celebrados, cuya existencia ha sido admitida por los artículos 1498 y 2282 del Código Civil, no siendo posible trasladar esos efectos negativos al Estado ni a la sociedad intervenida actualmente en proceso de liquidación, pues la naturaleza del negocio y la voluntad de las partes pactaron al momento de configurarse el contrato, la posibilidad de que en su desarrollo se produjeran efectos negativos.

- e. CULPA ÚNICA Y EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. Los presuntos perjuicios que según la demandante le fueron causados por DMG Grupo Holding S.A., en desarrollo de las actividades ilegales son responsabilidad de quienes captaban dineros del público, pero lo es también de cada una de las personas que de forma libre decidieron depositar sus dineros en dichas entidades, siendo plenamente conocedoras del riesgo que derivaba de tal acción, máxime cuando a través de los medios masivos de comunicación las





autoridades habían alertado de la existencia de estas organizaciones y se había pedido al público abstenerse de entregar sus dineros a ellas.

Además, los contratos celebrados por las captadoras con los usuarios son consensuales, bilaterales y onerosos, por medio de los cuales, una de las partes (quien entrega el dinero) entregaba una suma de dinero a la otra (captadora ilegal) por un plazo determinado, al cumplimiento del cual la segunda se comprometía a restituir una suma equivalente al dinero depositado así como un emolumento adicional por concepto de utilidades indeterminadas.

De estos hechos saltan a la vista dos figuras, el captador y quien entrega el dinero, quien a su arbitrio acepto la modificación de la acordada prestación, a consecuencia del quiebre entre las prestaciones surtidas por las partes en las que, a cambio de esperar por un determinado periodo, se pretendía la elevada cuantificación de las sumas entregadas.

Tiene entonces la responsabilidad la parte demandante por la culpa propia en la ejecución de actos contractuales haciendo caso omiso de las advertencias realizadas, y sin analizar previamente el origen de los dineros que iba a percibir.

- f. PETICIÓN ANTES DE TIEMPO. La Superintendencia de Sociedades, en auto 400-014073 del 17 de noviembre de 2008 intervino a la sociedad DMG Grupo Holding S.A., mediante la medida de toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y establecimientos de los sujetos intervenidos, para lo cual designó como agente interventora a la doctora MARÍA MERCEDES PERRY FERREIRA. Esta decisión fue adoptada para la devolución de los dineros que muchas personas le entregaron a favor de dicho establecimiento. Conforme al Auto 420-024569 del 15 de diciembre de 2009 se decretó la terminación del proceso de intervención y en consecuencia se fijó la apertura del trámite de liquidación judicial.

En los términos de los artículos 10 y siguientes del Decreto 4334 de 2008, es un proceso que pretende la realización de los activos de las entidades intervenidas con el objeto de cubrir las obligaciones a su cargo, en el cual se deben respetar los criterios establecidos en el Parágrafo 1 del mencionado artículo.

Conforme lo anterior, solamente al terminar el trámite de devolución de los dineros se puede deducir si las reclamaciones aceptadas dentro de ese proceso fueron satisfechas o no, momento a partir del cual podría plantearse un daño cierto respecto de dichas obligaciones, daño que no puede ser imputado en todo caso a las demandadas.

Señala el artículo 10 del Decreto en comento, cada una de las etapas del proceso, destacándose entre estas, el emplazamiento a quienes tengan reclamaciones, el término para presentarlas, el traslado y decisión sobre las mismas, entre otras, por lo anterior resulta claro que el proceso previsto de manera legal y a cuya legalidad deben estar sujetos en el Estado de Derecho, garantiza el pago total o parcial de las acreencias, según las disponibilidades de los recursos y la gestión del Agente Interventor, así como de la posterior gestión del Liquidador, lo anterior confirma que una vez termine el proceso de devolución de dineros se podrá aclarar si existe o no saldo a favor de algún acreedor o su cuantía. Así las cosas, se entiende que mientras el proceso de Intervención y posterior Liquidación Judicial no culmine, no puede considerarse un perjuicio asegurado y por tanto un daño por reparar.

#### 4.8.5 RAZONES DE LA DEFENSA

Como razones de la defensa fueron planteadas las siguientes:



- a. **IMPOSIBILIDAD DE SOSTENIMIENTO DEL MODELO DE NEGOCIO PRESENTADO POR LAS PERSONAS CAPTADORAS DEL DINERO DEL PÚBLICO.** El modelo de negocio propuesto por las captadoras ilegales radicó en el ofrecimiento de devolver a los aportantes intereses gigantescos en el corto periodo de 3 o 6 meses el más largo de ellos.

Se conoció también sobre la entrega de dineros, prometiendo a cambio bienes o servicios, incluyendo no solo la devolución del dinero, sino además bienes o gracias a cambio del dinero entregado, y por último, dentro de este tópico se menciona la "entrega de dinero a cambio de tarjetas prepago", representativas de dinero, bienes o servicios en la que el afectado entregaba al captador una suma determinada y a cambio recibía una de estas tarjetas, para que con ella, pudiera tiempo después acudir ante el captador a redimir el importe de la misma.

De igual manera, el captador, por el hecho de haber recibido el dinero e instrumentado figuras como el "pago por publicidad", le adjudicaba al afectado unos "puntos" en retribución por hacer expansión "boca a boca" del modelo de negocio, invitando así a otros posibles "inversionistas". En representación de estos puntos, se entregaba otra tarjeta al afectado, para que luego acudiera ante el captador, quien le entregaría bienes o dinero.

Frente a las razones para concluir que el negocio no podía ser sostenible en el tiempo, se deduce que no concurre un negocio legal que arroje unos rendimientos de tal magnitud, como para que se respalde un retorno como el que se prometió a los afectados. El modelo de captación tendría que establecerse bajo la premisa necesaria de que cada peso invertido debería rentar al menos un 350% para mantener la operación con los costos que ello implica y responder por los intereses prometidos, y aún así el modelo no tendría justificación, al no retornar ganancia al "comercializador", lo que no tiene sentido en el tráfico mercantil.

- b. **LAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN FUERON LAS MÁS ACERTADAS.** Si el Gobierno Nacional no hubiese intervenido mediante la declaración del estado de emergencia, decretando la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de los captadores, quizá el único resultado habría sido una pérdida aún mayor de dineros del público.

Lo anterior dado que tal negocio no podía ser sostenible desde algún punto de vista legal, financiero o económico, pues se entregaron dineros de miles de personas; la única forma exigible al Estado era la de intervenir de manera directa y decidida en el mismo, para cesar su difusión.

Es claro que el daño venía siendo causado por los captadores, mediante la implementación de alternativas como las ya enunciadas, por lo que no es viable culpar al Estado.

Intenta la demandante responsabilizar al Estado por la presunta inactividad y la actitud pasiva frente a las actividades ilegales desarrolladas por las captadoras, no obstante, el Estado fue diligente en su actuación y en ejercicio de sus funciones, desarrolló actividades de inspección, vigilancia y control, tomando las medidas tanto anticipadas como correctivas que le eran dables en aquel momento, dirigidas a detener la captación masiva e ilegal de dineros del público, con fundamento en los mecanismos legales de los que disponía.

Se destaca que de conformidad con el Artículo 335 de la Constitución Política, se establece la prohibición de desarrollar actividades tales como la financiera, bursátil,



aseguradora y de cualquier otra índole relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación sin previa autorización del Estado.

En desarrollo de esta competencia, el Presidente de la República, en cumplimiento de sus obligaciones de protección del orden económico nacional y de vigilancia y control de las actividades financiera, bursátil y aseguradora, inició investigaciones administrativas y a través de los medios masivos de comunicación advirtió al público en general del riesgo que implicaba depositar dineros en entidades no autorizadas para captar dineros del público.

No puede entonces ser responsabilidad del Estado que particulares de manera voluntaria decidieran entregar sus dineros a las captadoras ilegales a pesar de la advertencia hecha por las autoridades, siendo entonces improcedente declarar la responsabilidad del Estado en el presente caso.

## 5. TRÁMITE

Por medio de auto del 22 de octubre de 2016 el Juzgado 19 Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá admitió la demanda contra las siguientes autoridades:

- Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República
- Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público
- Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
- Superintendencia de Sociedades
- Superintendencia Financiera
- U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
- Nación – Fiscalía General de la Nación
- Agente Interventor DMG Grupo Holding S.A. en Liquidación

El Juzgado 20 Administrativo del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento de asunto mediante auto del 19 de diciembre de 2014.

La apertura a pruebas del proceso se dispuso mediante providencia del 9 de junio de 2016.

Mediante providencia del 21 junio de 2018 se dio traslado común a las partes para alegar de conclusión.

El expediente entró al Despacho para fallo el 13 de julio de 2018.

## 6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

### 6.1 PARTE DEMANDANTE

En la oportunidad para alegar de conclusión, la parte demandante se abstuvo de pronunciarse.

### 6.2 NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Indica en esta oportunidad que de las razones de la defensa y excepciones propuestas por el demandado y de los medios de prueba recaudados, queda demostrada la falta de



responsabilidad patrimonial en especial de la Presidencia de la República, al ser evidente la inexistencia de nexo causal entre este y la supuesta falla del servicio, que además se excluye por la culpa exclusiva de la víctima, que se configuró con la sofisticada modalidad de captación fraguada por la denominada DMG Grupo Holding S.A.

La parte demandante no logró demostrar que qué manera todas y cada una de las demandadas incumplieron o extralimitaron algún deber legal con ocasión de la captación de dineros del público que ejecutara DMG sin autorización legal en la ciudad de Montería, o que de la intervención administrativa de la que fue objeto se derivara algún daño.

Lo que sí se evidenció, fue que el daño provino directamente del fracaso de los esquemas contractuales fraguados por la captadora, favorecidos por la incuria y forma facilista con la que obró la demandante, según confesara en la demanda y en el interrogatorio de parte, debiendo tenerse en cuenta que la Presidencia de la República actuó conforme el ordenamiento jurídico, quedando en claro su falta de legitimación en la causa material por pasiva, pues no era de su cargo: i) realizar acciones de inspección, vigilancia y control sobre las actividades que pudieren ejecutar con o sin autorización sociedades comerciales como las aquí mencionadas, ii) interferir en las tratativas contractuales que tales organizaciones pudieren pactar con terceros, máxime cuando bajo la apariencia de tarjetas prepago, lo que subyacía era una recepción masiva y habitual de dinero del público sin autorización previa, iii) no hizo gobierno en la expedición del Decreto 4333 de noviembre 17 de 2008 (que declaró la emergencia social), en cuyo contexto se hizo toma de posesión de aquellas captadoras al amparo de lo previsto en el Decreto 4334 de 2008 y iv) no fue quien intervino administrativamente aquellas captadoras ilegales.

En efecto, las autoridades públicas en los términos del Artículo 121 de la Constitución Política no pueden extralimitar las funciones asignadas normativamente, entendido bajo el cual la falla del servicio que se alega debe observar aquella directriz. Como la demanda está encaminada a que los integrantes de la parte demandada respondan de forma solidaria con otras entidades públicas, por una supuesta extralimitación de funciones, a propósito de la intervención administrativa de que fueron objeto DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A., se aclara que, a más de haberse demostrado la diligencia de las entidades competentes en el control de la actividad financiera y en particular por la proliferación del fenómeno de las captadoras ilegales que se dio para la época, permite concluir que la responsabilidad corresponde de forma exclusiva a quienes participaron en las aparentes modalidades contractuales que empleó la captadora para excluirse del control estatal.

Las normas vigentes para la época son claras en establecer cuál era la autoridad competente sobre la materia, autoridad que además actuó con la debida diligencia al emprender las acciones para reprimir esas actividades irregulares de captación de dineros del público, no solo por las investigaciones administrativas que se iniciaron por la captación de dineros del público, sino por las medidas de prevención que para la época se adoptaron advirtiendo a la comunidad en general y por diferentes medios masivos de comunicación, sobre el peligro que representaba entregar dinero a organizaciones no autorizadas para captarlo, independientemente del esquema de negocio bajo el cual lograron simular la operación, comunicaciones demostradas con las publicaciones hechas en El Tiempo, El Espectador y La República (bitácora aportada por la SFC), publicaciones que se hicieron en fecha muy anterior a aquella en la que la demandante aparentemente dejó su dinero (En El Tiempo la publicación se hizo en diciembre de 2006 mediante aviso de la SFC, advirtiendo que la denominada DMG no estaba autorizada para captar dinero del público ni hacía parte del sector financiero formal sujeto a su vigilancia y control).

Además, la demandante confiesa espontáneamente en los hechos de la demanda y expresamente en el interrogatorio de parte, el consentimiento libre, expreso y voluntario que prestó para la materialización del esquema de captación, así como la poca diligencia



que observó en el manejo de sus negocios -ni siquiera confirmó el objeto y destino de los dineros entregados-, lo que permite concluir que el daño no tuvo por fuente la extralimitación en el marco de las competencias asignadas a las demandadas, sino que corresponde a la materialización del riesgo inherente al tipo de negocio ideado por la captadora y que ella, dentro de su liberalidad contractual y en pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad, aceptó ante la expectativa de prontas y extraordinarias ganancias.

Partiendo del supuesto de que en el ejercicio de la actividad financiera el Estado no es garante del éxito de las operaciones ejecutadas por sus usuarios, sino de que las personas que en él operen observen los principios y normas que lo rigen, se afirma que los supuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado en este caso no se producen, dado que no existe el presunto daño o perjuicio alegado, de un lado, porque las fotocopias de unos formatos de tarjeta que sólo contienen el logo "DMG-PRODIGY CARD" y "GLOBAL MARKETING PRODIGY CARD", y que según la demanda son prueba del capital entregado por los contratos de "activador de marcas" y "promotor de publicidad personalizada", no son documentos idóneos con vocación de representar este aparente negocio, ni se asimilan a un título valor, ni sirven como medio supletivo para probar lo afirmado en la demanda, pues allí nada se dice sobre el titular de dichas tarjetas o el valor prepago o sobre los términos del contrato que aparentemente se suscribió, a lo que se agrega que el objetivo de la actora no era prepagar bienes o servicios, sino duplicar el dinero entregado.

Resulta contradictorio y carente de justificación que habiendo pactado la adquisición de estas tarjetas, el negocio aparejara la obligación de prestar los servicios de actividad de marca y de promotor de publicidad persona a persona, con la carga adicional de tener que entregar un capital, cuando la contraprestación económica a cargo de DMG fuera la de duplicar en 6 meses el valor entregado sin ejecutar las acciones propias de los servicios aparentemente captados.

El material probatorio pone de manifiesto que la accionante no emprendió alguna acción positiva para verificar ante las autoridades de cualquier orden la legalidad del negocio aparente de las tarjetas prepago y la viabilidad de los altos rendimientos prometidos por DMG, ni verificó cuál actividad económica podía ejecutar aquella sociedad, ni los términos del pacto en virtud del cual dejó su dinero, pues en la demanda se indica que con las tarjetas prepago que adquirió, suscribió también dos contratos, uno de servicios de actividad de marca y otro de publicidad especializada, indicando en el interrogatorio que lo vio como una posibilidad de inversión (sin explicar el tipo de inversión) para asegurar prontas y extraordinarias ganancias.

La pérdida de la inversión obedeció a la tratativa contractual mimetizada en el esquema empleado por DMG, de forma que no es el Estado quien deba servir de garante de un negocio efectuado dentro del marco de un acuerdo de voluntades y en pleno ejercicio de la voluntad contractual.

La actuación de este demandado dentro del contexto de la normatividad vigente, consistió en la declaratoria de emergencia mediante el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 y mediante el Decreto 4334 del mismo día, mediante los cuales se fijó el procedimiento de intervención administrativa de las actividades de captación ilegal de recursos del público, decretos que superaron el control de constitucionalidad mediante las sentencias C-135 y C-145 de 2009, de cuya parte considerativa se extrae un argumento adicional para desvirtuar la supuesta falla del servicio alegada, máxime cuando el Primero Mandatario no es sujeto procesal de esta clase de acciones según los términos del Artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, y dado que la parte actora incumple el deber procesal de probar su dicho y los cargos endilgados de forma solidaria a las autoridades demandadas.



No existió la relación de causalidad alegada, pues de las pruebas aportadas queda demostrado que el perjuicio que supuestamente sufrió la accionante no fue consecuencia cierta e inevitable de la actuación de las accionadas, sino de su propio comportamiento descuidado en materia de negocios.

En cuanto a la valoración de las pruebas recaudadas, tales como el interrogatorio de parte, el registro mercantil de existencia, naturaleza y representación de DMG Grupo Holding S.A., la medida cautelar adoptada por la SFC contra DMG S.A., la sentencia disciplinaria absolutoria que la Procuraduría General de la Nación impartió respecto de algunos funcionarios y exfuncionarios de la SFC a propósito de la proliferación de captadoras ilegales, las sentencias C-135 y C-145 de 2009 de la Corte Constitucional, la motivación plasmada en los decretos 4333 y 4334 de 2008, resulta evidente que el perjuicio sufrido por la accionante obedece a su propia conducta y a la de la sociedad DMG.

Se hace una reseña y extracto de los medios de prueba:

- a. Medidas cautelares adoptadas por la Superintendencia Financiera de Colombia en relación con las modalidades e captación del dinero del público desarrolladas ilegalmente por DMG S.A., lo que desvirtúa la pasividad de las autoridades ante esta actividad.

Debe tenerse en cuenta que se trató de dos entidades separadas, las sociedades DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A.

Respecto del Grupo DMG S.A., la Superintendencia Financiera de Colombia mediante la Resolución 1643 de 2007, confirmada mediante la Resolución 1806 de 2007, impuso una medida cautelar ordenando lo siguiente:

- i) Bajo apremio de multas sucesivas diarias hasta de un millón de pesos cada una, la suspensión inmediata de las operaciones consistentes en la captación de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG, en razón a que dicha actividad constituía una forma de captación masiva y habitual de dineros del público no autorizada.
- ii) Bajo apremio de multas sucesivas diarias hasta de un millón de pesos cada una, la devolución de los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de las tarjetas prepago DMG, cualquiera fuera su modalidad, conforme al plan y plazo que conviniera con esa Superintendencia.
- iii) Presentar dentro de un término no mayor a 10 días hábiles, contados a partir de la notificación de la Resolución, de un plan de desmonte y devolución de los dineros captados ilegalmente.
- iv) Adopción de las medidas cautelares adicionales que resulten pertinentes a efectos de asegurar eficazmente los derechos de los terceros de buena fe de conformidad con lo previsto en el Parágrafo 1º del Numeral 1º del Artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Respecto de DMG Grupo Holding S.A., fue objeto de intervención administrativa de que trata el Decreto 4334 de 2008 por parte de la Superintendencia de Sociedades según auto No. 400-014640 del 21 de noviembre de 2008.

- b. Sentencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de sentido absolutorio respecto de algunos funcionarios y exfuncionarios de la SFC a propósito de la proliferación del fenómeno de las captadoras ilegales.

También debe mencionarse la sentencia absolutoria proferida el 9 de diciembre de 2011 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa entro



de la Investigación No. IUC-D-2010-878-300816 (IUS-2009-292417), adelantada contra funcionarios y exfuncionarios de la SFC. De lo dicho en la página 222 de la mencionada providencia se destaca lo siguiente:

*"Con todo lo anterior, se puede sostener sin lugar a la menor duda, que el Estado Colombiano, las distintas instituciones que intervinieron para frenar e impedir que se continuara realizando la captación masiva ilegal de dineros del público y en especial la Superintendencia Financiera, realizaron acciones claramente encaminadas a enfrentar dicho fenómeno, haciendo uso para ello de las herramientas y medios del que disponían. También está demostrado que la situación era de tal magnitud, que el Gobierno Nacional debió recurrir a medidas extraordinarias, con las cuales finalmente logró contrarrestar dicho fenómeno. De otro lado se advierte de manera indiscutible que el Gobierno, no solo a través de distintos funcionarios, sino incluso con intervenciones del Presidente de la República, así como por diversos medios, con amplia difusión nacional y regional, reiteradamente puso sobre aviso a todas las personas acerca de la ilegalidad de tales operaciones, de las dificultades legales que tenían para enfrentarlas y para impedir su propósito de recaudar dineros del público ilegalmente, recurriendo para ello a fórmulas engañosas, con unos niveles de rendimiento que eran imposibles de satisfacer, pero con todo y ello un incontable número de personas, desatendiendo y desoyendo tales advertencias, decidieron entregar sus recursos a esas organizaciones, manifestando incluso su desacuerdo con las medidas del Gobierno, por lo cual respecto de dichas personas solo cabe decir que a nadie distinto de ella mismas pueden atribuir su descalabro económico. Conforme al reconocido aforismo latino, "Nemo auditur propiam turpitudinem allegans" esto es, nadie puede alegar su favor su propia culpa o torpeza..."*

- c. Certificado de existencia y representación legal de DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A., en donde no se enuncia la actividad de captación masiva y habitual de dineros del público, resultando evidente que no tenían la naturaleza jurídica necesaria para el efecto, autorización previa de la SFC, que dado su objeto, no habrían podido obtener autorización para la captación de dineros del público, no podía entenderse que se trataba de entidades financieras, máxime cuando sus actividades registradas se limitaban a la compraventa de bienes y servicios.

El análisis de estos medios de prueba permite concluir lo siguiente:

- a. La accionante decidió de forma voluntaria y libre dejar su dinero en DMG GRUPO HOLDING S.A., acudiendo al esquema simulado de tarjetas prepago.
- b. Esta actuación no estuvo precedida por el deber de cuidado y diligencia en el manejo de sus recursos por parte de la accionante, al punto que ni siquiera tenía claro cuáles fueron los términos de la negociación, pues mientras unas veces dio a entender en la demanda que se trataba de servicios de activación de marca y publicidad personalizada y/o venta de cargas de tarjetas prepago para la compra de bienes y servicios, no explicó en qué consistían los negocios o contratos que aparentemente suscribió con DMG.
- c. La accionante era consciente el riesgo que asumía, pero se dejó llevar por la promesa de altos rendimientos, sin verificar la naturaleza y autorización de la sociedad captadora ni su actividad registrada. Si bien la demanda menciona al menos tres modalidades contractuales bajo cuyo marco se hizo el depósito, todas diferentes y carentes de respaldo probatorio, no explica de cuál manera, sin más gestión que la entrega del capital, le podía asegurar que este sería duplicado en tan corto plazo.
- d. La decisión de participar en esas simuladas modalidades contractuales, devino de la referencia de terceros, que también entregaron su dinero a la captadora ilegal,



- denotando con ello la negligencia en el manejo de sus asuntos por parte de la demandante.
- e. No precisó cual de las autoridades demandadas fue la que aparentemente extralimitó sus funciones frente a la materialización o formalización del negocio simulado, fraguado por la captadora ilegal, ni en cual forma esta extralimitación de funciones habría sido determinante del daño alegado.
  - f. El reconocimiento acerca de la entrega del dinero con la promesa de recibir extraordinarios rendimientos, permite presumir el conocimiento que tenía la demandante sobre la irregular forma en que venía recibiendo esos dineros y sobre la inexistencia de autorización legal, en el entendido de que tal captación está reservada solamente a las entidades financieras previa autorización de la SFC.
  - g. Con anterioridad al negocio celebrado por la demandante se había dado a conocer a través de los medios masivos de comunicación acerca de la existencia de los esquemas piramidales de defraudación, a pesar de lo cual la accionante optó por participar en ese negocio.

Este soporte documental demuestra el oportuno actuar de los entes de control, no solo por las advertencias a nivel nacional a través de los medios de comunicación, sino por las medidas administrativas adoptadas a pesar de las limitaciones legales entonces existentes. Ello evidencia la culpa de la demandante al voluntariamente participar del negocio a pesar del riesgo que presentaba.

Queda demostrada la ausencia de responsabilidad del Estado ante la inexistencia de nexo causal entre la supuesta omisión de funciones de las demandadas y el presunto daño alegado, pues como única conclusión surge el que la defraudación económica de que fue víctima la demandante fue producto de la conducta de un particular, debiendo tenerse en cuenta que las autoridades ejercen sus funciones dentro del marco de sus competencias, correspondiendo al Presidente de la República el ejercer 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, función que desarrolla a través de delegación a la Superintendencia Financiera de Colombia.

El exigir a las autoridades accionadas usurpar funciones legal y expresamente delegadas en otras autoridades y en ese orden responder patrimonialmente porque en sentir de la accionante se omitió el ejercicio de la función por la autoridad correspondiente aunque no tuviera competencia para el efecto, contraría lo previsto en el Artículo 121 de la Constitución Política en concordancia con el Numeral 10 del Artículo 189, según el cual corresponde al Presidente de la República promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento.

Atendida la concepción del Estado Colombiano, el imperativo contenido en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, frente a la libertad de actividad económica y de la iniciativa privada, delimita la intervención excepcional en la economía por parte del Estado.

Las sociedades DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A., no contaba con la autorización para realizar actividades financieras, de forma que realizó la captación de forma ilegal.

No hay nexo de causalidad respecto del fracaso de la negociación de la demandante que pueda ser atribuido a alguna autoridad pública, al tiempo que las normas pertinentes fueron expedidas con el fin de cumplir con los deberes que la legislación asigna a las autoridades.

Por estas razones, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.





### 6.3 NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Este demandado plantea como problema jurídico a resolver el relacionado con si existe responsabilidad que le sea imputable de cara a los perjuicios alegados por la parte actora a partir de la supuesta omisión en el ejercicio de sus funciones frente a las actividades desarrolladas por DMG Grupo Holding y otras captadoras ilegales.

Respecto de los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, este demandado se pronuncia de la siguiente forma:

#### a. INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO

La parte actora no aporta prueba de la existencia de unos daños que lógicamente no pueden desprenderse de las actividades llevadas a cabo por las demandadas.

En todo caso, los supuestos perjuicios que habría sufrido la demandante se habrían generado debido a una actividad que ella misma realizó, que era ilegal y frente a la cual le correspondía adoptar las medidas que ahora ella cuestiona; pues el interés general imponía intervenir todas las entidades que se habían dedicado a la captación ilegal de recursos con el fin de reintegrarlos a los ciudadanos. Se trató entonces de una conducta atribuible a la propia víctima, dada su falta de diligencia en el manejo de sus propios recursos.

En caso de que los demandantes lograran demostrar el supuesto perjuicio, este deberá ser reclamado a través de las acciones civiles entre las partes involucradas en la negociación, dado que se trata de particulares.

Por el contrario, está plenamente demostrada la ausencia de una relación de causalidad entre el supuesto daño sufrido por los accionantes y las responsabilidades constitucionales y legales de este demandado, como quiera que no fue su acción u omisión, la causante del perjuicio reclamado.

#### b. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

Aunque la accionante hubiera sufrido un daño, este no sería antijurídico, pues quien lo ha sufrido se expuso voluntariamente a él, estando entonces en el deber jurídico de soportarlo, de forma que no puede reclamar indemnización de las autoridades.

No resulta legalmente procedente que la parte actora pretenda obtener una indemnización por cuanto ella misma confiesa que sí desarrolló la actividad de captación de recursos del público, aunque la abandonó antes de la intervención. Debe notarse como ese abandono voluntario de la actividad no enerva la legítima facultad de intervención de parte de las autoridades.

La captación masiva y habitual de recursos del público obedeció a una situación sin precedentes en la economía, viendo obligado el Gobierno Nacional a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos en uso de las atribuciones conferidas por el Artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto en la Ley 137 de 1994, mediante la expedición de los decretos 4333 y 4334 del 17 de noviembre de 2008, declarando la emergencia económica y social, decretos que superaron el examen de constitucionalidad mediante la Sentencia C-135 de 2009, de la que se extrae el siguiente aparte:

*"... De los hechos anteriormente constatados, tanto la proliferación de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público*



*no autorizados, como la circunstancia táctica que un número importante de ciudadanos haya entregado cuantiosas sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, y de esta manera haya comprometido su patrimonio, tienen el carácter de sobreviniente y extraordinario.*

*Por un lado del conjunto de las pruebas relacionadas en el acápite correspondiente de esta decisión se desprende que desde el año 2007 se incrementaron las actividades de los captadores ilegales, los cuales se extendieron rápidamente por todo el país, mediante la apertura de agencias (cuando se trataba de personas jurídicas) y establecimientos de comercio (cuando se trataba de personas naturales) en municipios de casi todos los departamentos. De esta manera un fenómeno ya conocido adquirió proporciones alarmantes. Adicionalmente, tal como explican las distintas entidades administrativas, las modalidades sofisticadas de captación diseñadas, pensadas especialmente para aprovechar los vacíos legislativos, dificultaron la labor de control de las entidades estatales, las cuales finalmente se vieron desbordadas por la actividad ilegal.*

*(...) En otras palabras, el esquema piramidal de funcionamiento de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público, propició que un número cada vez mayor de personas y de ahorros se viera incorporado a tales esquemas, lo que le confirió un carácter excepcional a la situación.*

*Las anteriores razones son suficientes para considerar que los hechos invocados para justificar la declaratoria del estado de excepción tenían el carácter de sobrevinientes y extraordinarios (...).*

Con ocasión de la declaratoria de emergencia social, el Gobierno Nacional tuvo que adoptar medidas urgentes con fuerza de ley para intervenir de manera inmediata las conductas, operaciones y patrimonio de las personas involucradas en modalidades no autorizadas de captación de dineros del público. Para el efecto se profiere el Decreto 4334 de 2008, que superó el control de constitucionalidad mediante la Sentencia C-145 de 2009.

**c. LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTREGA DE DINEROS A DMG SE DEBE PREDICAR DE LA DEMANDANTE, QUIEN LIBREMENTE ASUMIÓ EL RIESGO DE ENTREGAR SUS RECURSOS A UNA CAPTADORA ILEGAL**

Corresponde a las partes de cualquier negocio jurídico ponderar el riesgo de comprometer sus dineros, realizando el debido control sobre el seguimiento y estado de sus inversiones, máxime cuando la oferta de posibles ganancias extremadamente exorbitantes, configura un negocio aleatorio, pues así como podía ganar, también podía perderlo todo, riesgo que se asumió voluntariamente.

Debe notarse que pese a lo irregular del negocio ofrecido por DMG Grupo Holding S.A., algunas personas para 2008 en forma voluntaria entregaron sus dineros, a pesar de que para la época era de conocimiento público la existencia de sociedades y entes dedicados a realizar operaciones no autorizadas de captación de recursos y ya se había advertido a la comunidad en general respecto de los riesgos que implicaba entregar dineros a personas no autorizadas a cambio de la oferta de ingentes utilidades.

Entonces, si la causa eficiente de aquel daño lo es la actitud negligente y descuidada de la demandante, quien libremente entregó su dinero a la captadora ilegal, no



puede pretender atribuir responsabilidad al Estado por los actos propios, pues nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

No puede ser el Ministerio de Hacienda y Crédito Público declarado responsable de hechos originados en la conducta descuidada de la demandante y de quien captó los dineros sin autorización.

No puede entonces determinarse que hubiera una omisión por parte del Ministerio de Hacienda y de otras autoridades del Estado a los deberes en el ejercicio de sus funciones que permitan señalarlos como responsables de los supuestos daños reclamados por los accionantes, pues habría sido necesario demostrar la relación de causalidad entre el supuesto daño infringido y el actuar imputable a los demandados, y en este caso, por el contrario, se desvirtúa la presunta conducta omisiva del Ministerio de Hacienda frente al daño alegado por la parte actora,

#### d. ANÁLISIS PROBATORIO

El análisis del material probatorio recaudado confirma la actuación diligente de los entes del Estado en ejercicio de las funciones que desvirtúa la existencia del nexo causal entre el presunto daño alegado y las funciones de las demandadas.

Se demostraron las publicaciones de advertencia acerca de la actividad de las captadoras ilegales realizadas a través de medios masivos de comunicación, así como documentos en formato digital que acreditan las actividades desarrolladas por la SFC, con lo que se evidencia la diligencia y marco legal que surtieron los diferentes hallazgos y conclusiones que reportó la actividad desplegada por las diferentes personas que ejercieron la captación no autorizada de recursos.

Se observa además que fueron muchos los requerimientos que en su momento se hicieron al Grupo DMG S.A: y las visitas de inspección que se llevaron a cabo para tratar de determinar la captación masiva y habitual de dinero del público, con lo que queda ilustrada la oportuna intervención del Estado a esa sociedad.

Se evidencia mediante la prueba documental que la entidad de control llevó a cabo el proceso de intervención de la sociedad GRUPO DMG S.A. en aras de poner de relieve las actividades de captación masiva e ilegal de recursos del público y el sofisticado mecanismo de utilización de tarjetas prepago para la comercialización de bienes y servicios que se ofrecían a las víctimas.

Las actuaciones llevadas a cabo por la SFC se surtieron de manera oportuna y eficiente, pues se logró el cierre de la primera captadora DMG, con lo cual se prueba la actuación de la entidad de vigilancia y control, quien actuó conforme a sus competencias de manera oportuna a efecto de mitigar el riesgo de que más personas perdieran su dinero por parte de estas empresas.

Se recaudó material probatorio que demostró la publicación de avisos en medios masivos de comunicación, lo que da cuenta de la labor desplegada por las autoridades con el fin de prevenir a la comunidad en general acerca de la existencia de personas inescrupulosas dedicadas a captar dineros de manera no autorizada.

#### e. CONCLUSIONES

Concluye este demandado que no existe responsabilidad que le pueda ser imputable de cara a los perjuicios alegados por la parte actora a partir de la supuesta omisión en el ejercicio de sus funciones frente a las actividades desarrolladas por DMG y



demás captadoras ilegales, en tanto el material probatorio permite tener por demostrada la diligencia del Estado en su actuar conforme el ordenamiento jurídico.

El daño que haya podido sufrir la demandante obedece a la conducta ilegal del particular al cual hizo entrega del dinero, siendo este el llamado a responder, conducta que no puede ser atribuida a este demandado por vía de acción o de omisión.

Por el contrario, en el proceso está demostrado que fue la actuación de la accionante tendiente a obtener un incremento de su patrimonio sin tener el debido cuidado, lo que deriva en la ruptura del nexo causal entre el hecho y el daño, base de la responsabilidad, que es la culpa exclusiva y determinante de la víctima, quien de forma voluntaria y unilateral, hizo entrega de su dinero a la captadora ilegal.

Por lo anterior, a partir de los hechos debatidos y de las pruebas aportadas y analizadas, se tiene que está roto el hipotético nexo causal entre las funciones del Ministerio de Hacienda y el eventual daño sufrido por la accionante, consecuencia del resultado adverso de la captación no autorizada de la sociedad con la que celebraba negocios, las pretensiones indemnizatorias enervadas en esta acción de reparación directa deben ser desestimadas.

### 6.3 NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Este demandado se reiteró en las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda.

#### a. CONSIDERACIONES

Reitera este demandado que carece de legitimación en la causa por pasiva respecto de la relación jurídica material objeto de la demanda, dado que no la vincula algún contrato, cuasicontrato, acción u omisión ni por disposición de la ley debe responder por los posibles o presuntos perjuicios de la demanda, daño al que la accionante se expuso de forma voluntaria.

En los hechos de la demanda no se incluye alguno mediante el cual se acuse de forma singular a este demandado, de forma clara y concreta, de haber dado origen a los hechos descritos en ella y generadores del presunto daño cuya reparación se reclama.

Las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo aparecen señaladas en el Decreto 210 de 2003, enunciándose su objetivo de la siguiente forma:

*"Objetivo. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tiene como objetivo primordial dentro del marco de su competencia formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas generales en materia de desarrollo económico y social del país, relacionadas con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria, la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio exterior de bienes, servicios y tecnología, la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo; y ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos de comercio exterior".*

Conforme las funciones asignadas a este Ministerio, no le corresponde alguna relacionada con la inspección, vigilancia y control de las captadoras de recursos del público, no autorizadas, sin que pueda extralimitarse hasta asumir la función que sobre el particular corresponde a otras autoridades.



No es entonces este Ministerio contra el cual debe ser dirigida la demanda, resultando evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Reitera que se ha producido el agotamiento de jurisdicción en virtud de las acciones de grupo y de reparación directa promovidas con el mismo objeto, de forma que no puede producirse un doble juzgamiento por los mismos hechos tal como lo prevé el Artículo 29 de la Constitución Política.

La accionante manifestó en la diligencia de interrogatorio de parte que no hace parte de otras acciones que se adelantan ante otros juzgados del país, afirmación que debe ser creída.

Respecto de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, este demandado indica que fue la accionante quien de forma voluntaria hizo entrega de sus dineros a la captadora ilegal con el objeto de obtener jugosos rendimientos, tal como se expresa en la demanda y se reconoció en la diligencia de interrogatorio de parte.

La parte actora reconoció haber invertido varias veces en la captadora, recibiendo el 100% del porcentaje que invirtió, de forma que de manera voluntaria se expuso al riesgo que tal inversión suponía.

Resulta evidente que en el presente caso no ha ocurrido daño, sino una contingencia a la que la accionante se expuso de forma directa y voluntaria con el afán de conseguir dinero fácil.

No se presenta tampoco el elemento correspondiente a la acción o la omisión, pues entre las funciones de este Ministerio no figura la de definir si la actividad desarrollada por la captadora era legal o no.

En cuanto al tercer elemento, correspondiente a la relación de causalidad, este no existe en tanto no se configura alguna relación entre el Ministerio y el demandante, tal como fuera ratificado en el interrogatorio de parte, al tiempo que no se explica como se relaciona el resultado con la conducta de este demandado.

El daño alegado por la demandante tuvo origen en su propia conducta al concurrir a la captadora no autorizada por la ley en busca de exorbitantes rendimientos financieros, conducta que puede ser calificada de ingenua y que trae aparejada un riesgo considerable, decisión en la que este demandado no intervino.

La presencia de la culpa de la víctima resulta entonces en el rompimiento del nexo causal.

Debe tenerse en cuenta que la captadora no era una entidad oficial, no fue autorizada por el Estado para la captación de dineros del público, siendo un hecho notorio que esta actividad era ilegal, tal como se informó por los medios masivos de comunicación, siendo la conducta de tal organización el hecho de un tercero, lo cual constituye un eximente de responsabilidad.

Debe tenerse en cuenta además que los decretos extraordinarios proferidos con el fin de afrontar la emergencia fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional.

Es claro que el ofrecimiento sin explicación de tales rendimientos, ha debido generar en la accionante al menos una sospecha, así como duda de que la oferta tuviera objeto real y lícito.



Se tiene entonces que los demandados no están en obligación de reparar un daño que no existe ni es resultado de su acción u omisión, reiterándose que en la demanda no se enuncia cuál es la conducta de este demandado que habría generado el resultado.

b. ACERVO PROBATORIO

El material probatorio recaudado demuestra que las autoridades accionadas de forma oportuna advirtieron al público acerca de los peligros de las pirámides y captadoras ilegales que se venían presentando en el país.

La Superintendencia Financiera publicó avisos en medios de amplia circulación sobre este tema desde 2006, debiendo notarse que la accionante hizo entrega de sus dineros en 2009.

Finalmente, en el interrogatorio de parte, la accionante reconoce haber hecho la entrega de su dinero sin intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

c. CONCLUSIONES

En el alegato de conclusión se expusieron las siguientes conclusiones:

- Este demandado no ha incurrido en omisión, en tanto no tiene asignada la función respecto de la vigilancia y control de las captadoras no autorizadas de recursos del público.
- No existe nexo de causalidad ni conducta atribuible al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con relación al supuesto daño cuya reparación se demanda y por el contrario se pone en evidencia la culpa exclusiva de la víctima.
- La demandante fue quien omitió las medidas mínimas de precaución y cuidado previas a la entrega de sus dineros a la captadora, haciendo caso omiso de las advertencias elevadas por las autoridades.
- El daño que se aduce, fue causado por las captadoras no autorizadas para recibir dinero del público.

Con fundamento en lo anterior, se solicita se denieguen las pretensiones de la demanda respecto de este demandado.

6.4 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Este demandado solicita se denieguen las pretensiones de la demanda y se declare la prosperidad de todas las excepciones de mérito propuestas.

a. CONSIDERACIONES DE DERECHO

Respecto de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, este demandado precisó lo siguiente:

ACERCA DE LA FALLA DEL SERVICIO

Respecto del deber de vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades sobre la captadora, se reiteró lo manifestado al momento de contestar la demanda, precisando que se trata de una función desarrollada conforme lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995, el Decreto Ley 1080 de 1996 y el Decreto 4350 de 2006, destacando las funciones jurisdiccionales.



Reitera igualmente que carecía de competencia respecto de la conducta desarrollada por las captadoras irregulares hasta el 17 de noviembre de 2008, momento en que se dictan las normas de emergencia otorgando la correspondiente competencia.

Además, no existe falla del servicio por parte de las demandadas en tanto los hechos que se relatan en la demanda sucedieron bajo condiciones de imprevisibilidad e inminencia, circunstancias que fueron reconocidas por la Corte Constitucional en las sentencias de revisión de los decretos dictados en estado de excepción.

Reitera además que las sociedades mercantiles no requieren de autorización previa para su constitución y desarrollo de sus actividades por parte de la Superintendencia de Sociedades, salvo lo relativo al desarrollo de la actividad financiera, que requiere autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia, debiendo tenerse en cuenta que la actividad desarrollada por DMG no fue autorizada.

No hubo omisión por parte de este demandado, pues una vez contó con las facultades otorgadas por los decretos 4333 y 4334 de 2008, adelantó las acciones correspondientes frente a la sociedad captadora.

#### ACERCA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

El daño sufrido por la demandante no es antijurídico en tanto obedeció a su decisión voluntaria de invertir sus dineros en captadoras ilegales, estando obligada a soportar el riesgo que de tal conducta se derivaba.

#### ACERCA DEL NEXO CAUSAL

En el presente caso se presentan los eximentes de responsabilidad correspondientes al hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima, tal como se explicó al momento de contestar la demanda.

Además, la accionante demandó antes de que finalizara el proceso de liquidación de las captadoras, pretendiendo mediante este proceso la realización de los activos de la entidad intervenida, situación que se desarrolla en otro proceso, de forma que solamente finalizado el trámite de devolución de dineros, se puede deducir si las reclamaciones aceptadas dentro de dicho proceso pudieron ser satisfechas o no, momento a partir del cual puede plantearse un daño cierto respecto de dichas obligaciones.

Reitera que se configura el hecho de un tercero como elemento de ruptura del nexo causal, en tanto el acto es atribuible a la captadora ilegal a la que fueron entregados los recursos de manera voluntaria por la accionante.

Se presenta igualmente la culpa exclusiva de la víctima en tanto incurrió en una conducta descuidada e imprudente al confiar su dinero a una captadora no autorizada por la ley, bajo un esquema contractual incierto, resultando inadmisibles que ahora pretenda alegar su propia culpa a su favor.

Cita el fallo de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa IUC-D-2010-878-300816 (IUS-2009-292417), cuyas consideraciones desestiman la existencia de alguna conducta irregular por parte de los funcionarios de la Superintendencia Financiera de Colombia respecto de los hechos relacionados con la captación masiva de recursos del público por entidades como la captadora.

A fin de contrarrestar la actividad de la captadora DMG, se contó con el apoyo interinstitucional, conformado por solicitud del Superintendente Financiero, bajo la



coordinación de la Consejería para la Presidencia de la República y con el apoyo de diferentes entidades como UIAF, DIAN, Fiscalía, Supersociedades, siendo esta última a quien correspondió verificar si el grupo DMG había devuelto los dineros captados como lo ordenó la Superintendencia Financiera, desplazado para tal efecto un grupo de funcionarios.

Igualmente se encuentra establecido que la organización del señor DAVID MURCIA GUZMÁN del Grupo DMG S.A y JACOBO MAURICIO MORENO MORENO de la Corporación SUPERSERVI, pese a adoptar las medidas cautelares impuestas por la Superintendencia Financiera y proceder al desmonte de las operaciones ilegales, buscaron nuevos mecanismos para seguir captando recursos del público a través de nuevas personas jurídicas, como las sociedades LA CAPTADORA y las COMERCIALIZADORAS INTERNACIONAL SERVITRUST LTDA y SERVIPUNTOS LTDA., pues el apoyo de las personas que habían depositado sus dineros en las extintas GRUPO DMG S.A y SUPERSERVI, a voces reclamaban por la continuidad de las actividades de recaudo, y de alguna manera fueron un incentivo para la creación de estas nuevas estructuras que desafiaran la normatividad existente, sin embargo, estas sociedades corrieron la misma suerte de sus antecesoras, pues en menos de un año, fueron intervenidas administrativamente, al demostrarse que estaban realizando captaciones masivas ilegales de dineros del público.

Queda claro que la creación de nuevos entes jurídicos con fines delictivos no puede ser atribuida a las demandadas, pues desplegaron las conductas necesarias para contrarrestar esta nueva amenaza.

Se encuentra acreditado que la actuación ante el caso de la captadora correspondió a una política diseñada por el entonces superintendente financiero de la época, implementada a partir de 2008, con el fin de desarticular la organización DMG, liderada por DAVID MURCIA GUZMÁN.

El señor DAVID MURCIA GUZMÁN fue condenado mediante sentencia del 16 de diciembre de 2009, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dentro del radicado 11001 60 2008 00130, a una pena principal de 30 años, 8 meses y 7.5 días de prisión y multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales, por los delitos de lavado de activos agravado y captación masiva de dineros.

Reitera además lo relativo a la constitucionalidad de los decretos de emergencia y las facultades asignadas a la Superintendencia de Sociedades a raíz de la declaratoria de emergencia social.

#### b. ACERVO PROBATORIO

Respecto de las pruebas, se indica que se probó la existencia de las publicaciones en diversos medios masivos de comunicación desde 2006, en donde se advertía al público en general acerca de los riesgos que suponían las captadoras ilegales. Destaca la publicación en el diario LA REPÚBLICA en su Edición de Jueves 4 de Octubre de 2007. informó que LA SUPERFINANCIERA ORDENÓ SUSPENDER AL GRUPO DMG LA RECEPCIÓN DE DINEROS DEL PÚBLICO MEDIANTE EL MECANISMO DE VENTA DE VENTA DE TARJETAS PREPAGO POR NO CUMPLIR LOS REQUISITOS PARA CAPTAR RECURSOS DE FORMA MASIVA., de suerte que no puede alegarse ignorancia y desconocimiento del público en la situación ilegal de las captadoras, y mucho menos negligencia por parte del Estado, para advertir los graves riesgos que conllevaba el entregar dineros dichas captadoras fis. 84 al 166 del c.2.

De lo manifestado en el interrogatorio de parte a la demandante se concluye lo siguiente:





- Que la demandante tuvo conocimiento por radio, prensa, televisión, internet o por comentarios a voces, DMG GRUPO HOLDING S.A. captó dineros del público y no cumplió con la devolución de los mismos.
- Que la demandante entregó sus dineros a DMG GRUPO HOLDING S.A. porque otras personas entregaron su dinero, y obtuvieron las ganancias exorbitantes ofrecidas por esta sociedad.
- Que la demandante conocía el riesgo que generaba el hecho de entregarle dineros voluntariamente a terceros.
- Que la decisión tomada por el demandante de entregar una suma de dinero a DMG HOLDING S.A. fue tomada de manera libre y autónoma, exenta de toda coacción.
- Que la demandante obró de una voluntaria y consciente entregando su dinero a DMG HOLDING S.A. con el ánimo de obtener un lucro personal.
- Que la demandante de manera libre y voluntaria asumió las contingencias que del hecho se pudiera derivar.
- Que la demandante verificó la licitud de la actividad de DMG HOLDING S.A., bajo las cuales prometieron extraordinarios rendimientos como contraprestación.
- Que la demandante creyó que DMG HOLDING S.A. le cumpliría con la devolución de los dineros, así como con el pago de los rendimientos exorbitantes ofrecidos.
- Que la demandante incurrió en error al entregar dineros a DMG HOLDING S.A.
- Que la demandante obró con culpa grave, dado que entregó sus recursos a un particular, sin medir ni valorar las consecuencias de este atrevido acto, conllevando la configuración de la culpa exclusiva de la víctima.
- Que existía suficiente información en la que se alertaba a los ciudadanos sobre los riesgos de las denominadas pirámides.
- Que en el caso de la Superintendencia de Sociedades, se determinó que las imputaciones que se realizan por el demandante para sustentar sus pretensiones antes de la expedición de los decretos de emergencia económica, son infundadas dado que carecía en absoluto de facultades ordinarias para exigir las actuaciones que el demandante reclama.

### c. CONCLUSIONES

Como conclusiones se plantearon las siguientes:

- La Superintendencia de Sociedades, no ha incurrido en omisión, alguna, puesto que legalmente no tiene asignada la función con relación a la inspección, vigilancia y control de las captadoras no autorizadas de recursos del público.
- La Superintendencia de Sociedades, no ha incurrido en falla del servicio, pues legalmente no tiene asignada la función de la coordinación y liderazgo hacia el sector comercial.
- NO EXISTE NEXO DE CAUSALIDAD entre la conducta de mi mandante y el daño cuya reparación se demanda y, por el contrario, se pone en evidencia LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia nacional e internacional como una causa extraña que tiene como efecto la ruptura del nexo causal, y por tanto eximente de responsabilidad. En el presente caso, resulta evidente que no es éticamente responsable pretender obtener rendimientos extraordinarios en un término de seis meses. Ante dicha actuación es procedente la negación de cualquier posibilidad de reparación con fundamento en los ilegítimos fines que perseguían quienes se expusieron a los daños cuya reparación ahora demandan.
- La demandante fue quien omitió las medidas mínimas de precaución y cuidado previas a la entrega de sus dineros a DMG GRUPO HOLDING S.A., pues hizo caso omiso de las advertencias elevadas por las autoridades del Estado.



- El daño que aduce, fue causado por las captadoras no autorizadas para recibir dinero del público.

## 6.5 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Al momento de alegar de conclusión, este demandado reitera la argumentación de la contestación de la demanda en cuanto a la relación de los hechos y oposición a las pretensiones y hace el siguiente análisis probatorio del caso concreto:

### 6.5.1 INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

No existe prueba de la entrega de dineros a la sociedad captadora, lo que lleva a concluir que no existe certeza acerca de la titularidad de la parte demandante de cara a los perjuicios que se reclaman.

De esta manera, no puede tenerse por demostrada la existencia de alguna forma de daño antijurídico.

En todo caso, es el trámite liquidatorio el escenario idóneo para reclamar el incumplimiento contractual de la sociedad captadora.

Además, tampoco se aporta algún medio de prueba del que pueda inferirse la existencia de alguna forma de daño moral.

### 6.5.2 INEXISTENCIA DE UNA OMISIÓN IMPUTABLE A LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Reitera lo indicado en la contestación de la demanda respecto de la cronología de hechos que llevaron a la intervención de la captadora y a la adopción de medidas de emergencia por parte del Gobierno Nacional, destacando el pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación y las publicaciones realizadas en distintos medios de comunicación.

### 6.5.3 PRUEBAS QUE DEMUESTRAN LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA Y EL HECHO DE UN TERCERO

Indudablemente es la persona que va a realizar un negocio quien debe adoptar las medidas de cuidado necesarias para evitar riesgos de naturaleza patrimonial.

Destaca igualmente que el negocio se realizó en 2008, época para la cual ya se había comunicado por parte de las autoridades a través de los medios masivos acerca de la existencia de las captadoras no autorizadas, a pesar de lo cual, la accionante decide hacer entrega de su dinero a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.

El interrogatorio de parte rendido por la demandante da cuenta de que no realizó algún esfuerzo de verificación acerca de la legalidad del negocio que desarrollaba la captadora, lo cual evidencia la desidia en el manejo de sus intereses y rompe necesariamente el nexo causal.

Aceptó haber hecho la entrega de los dineros de forma libre y voluntaria, sin alguna presión, ejecutando el negocio simulado.

Está igualmente acreditado que las sociedades captadoras carecían de la autorización para realizar la captación masiva y habitual de dineros del público, siendo entonces



este tercero el llamado a responder por los perjuicios causados a la demandante en virtud del incumplimiento de sus supuestas obligaciones contractuales.

Se concluye entonces que no existe responsabilidad imputable a la Superintendencia Financiera de Colombia de cara a los perjuicios causados a la accionante, a partir de la supuesta omisión en el cumplimiento de sus funciones, frente a las actividades desarrolladas por DMG Grupo Holding S.A., pues se verificó a través de las pruebas aportadas que la SFC actuó de forma diligente ante el esquema que representaban las tarjetas prepago como una sofisticada modalidad de captación-

Igualmente está demostrada la desidia de la demandante en el manejo de sus asuntos y la conducta de la captadora, al tiempo que no existe prueba del daño en tanto no está acreditada alguna entrega de dinero, configurándose la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero como causales de ruptura del nexo causal.

#### 6.6 U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Este demandado cita lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-145 de 2009, mediante la cual se pronuncia sobre la exequibilidad de los decretos extraordinarios de 2008 proferidos para contrarrestar la actividad de las captadoras ilegales.

Conforme a esta jurisprudencia, se tiene que está plenamente demostrado que las autoridades cumplieron a cabalidad con las funciones asignadas, siguiendo los procedimientos y respetando el debido proceso.

La demandante no ha aportado pruebas fehacientes que acrediten los elementos para que se configure la falla y la responsabilidad patrimonial del Estado a través de la Administración Tributaria, cuyas funciones han sido fijadas por el Decreto 1071 de 1999, Artículo 5º y Artículo 1º del Decreto 4048 de 2008, así:

*"1. 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, así como su administración y disposición.*

*2. Control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiado en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones."*

Se reitera que la DIAN es una unidad administrativa especial de carácter eminentemente técnico y especializado, cuyo objeto es coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado Colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias y facilitar las operaciones de comercio exterior.

En el presente caso, la labor misional de la entidad fue ejecutada dentro de los términos previstos en el ordenamiento legal, sin que conste en el expediente que la DIAN haya omitido su deber de administrar tributos, controlar o vigilar en materia tributaria a la empresa DMG, función que se ejecuta a través de la labor de fiscalización, sin que se evidencie que se haya exonerado a la mencionada empresa de alguna obligación tributaria.



Dado que los hechos que estructuran las imputaciones fácticas y jurídicas que se hacen a la DIAN en la demanda no tienen relación con problemas de tipo tributario, aduanero, cambiario o de facilitación de las operaciones de comercio exterior, no puede predicarse alguna responsabilidad para la DIAN.

Si no hubo omisión imputable a la DIAN, no puede predicarse una falla o falta en el servicio, pues la intervención, control y vigilancia que se reclama a la demandada frente a la captadora, se realizó conforme a las competencias en la fiscalización de las obligaciones tributarias, cambiarias o aduaneras.

La competencia sobre la actividad de captación masiva de recursos recae sobre la Superintendencia Financiera de Colombia conforme al Estatuto Orgánico del Presupuesto, deber de cumplió mediante las resoluciones 1634 y 1806 de 2007.

Si este demandado cumplió con su deber legal, no puede hablarse de una omisión en el ejercicio de sus funciones, y menos que en virtud de su omisión se haya continuado ejerciendo la actividad ilícita que causó el presunto daño a la demandante, pues la DIAN no tenía conocimiento de tal actividad, siendo acertado mencionar que las normas tributarias gravan los hechos económicos, que en el caso de los impuestos pagados por las sociedades intervenidas, estos obedecen a las operaciones de compra y venta de bienes y servicios, en favor de terceros y partiendo del reconocimiento tácito del accionante de que las transacciones comerciales fueron reales, acorde con las disposiciones fiscales los beneficiarios de las mismas estaban obligados al pago del impuesto a las ventas.

Cuando las sociedades intervenidas actuaron como responsables de retención en la fuente por el recaudo de dineros por concepto de pagos de salarios, servicios, honorarios, etc., simplemente cumplían con la obligación de retener al beneficiario del pago de los valores correspondientes a cargo del tercero, obligación de la que se deriva la de declarar y consignar las sumas retenidas.

Deben desestimarse las pretensiones de la demanda en tanto no se ha demostrado que este demandado haya incurrido en alguna conducta que atente contra la moralidad administrativa, el patrimonio público o haya actuado de mala fe.

Se observa en la presente demanda una carencia total de pruebas, pues los hechos narrados y las pruebas aportadas no logran demostrar el daño antijurídico ocasionado por la DIAN, en consecuencia, no se configura el nexo causal, quedando claro que es la accionante la única responsable del daño sufrido al decidir llevar a cabo actividades comerciales con una empresa que desempeñaba actividades ilícitas.

Deben entonces denegarse las pretensiones de la demanda, pues está demostrado que la demandada no ha trasgredido el ordenamiento jurídico ni ha incurrido en conductas que atenten contra la moralidad administrativa y el patrimonio público.

#### 6.7 NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Este demandado solicita denegar las pretensiones de la demanda en tanto no se estructuran los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado en el presente caso, estando demostrado que la accionante se colocó en una situación de riesgo, sin interesarle la legalidad de los actos que desarrollara o desarrollasen con sus propios dineros.

En este caso, como en otros que ya han sido materia de estudio, los dineros entregados a las captadoras fueron a parar a manos de terceros de quienes no se exigió alguna garantía, dineros que fueron malversados, desaparecidos o mal invertidos por aquellos extraños a sus depositantes, conducta que no puede atribuirse a este demandado.



La demanda se edifica bajo la premisa de que las autoridades nacionales no actuaron en ejercicio de sus competencias y que tal actividad obligó al decreto de la emergencia social e intervención al Grupo DMG, mientras en el entretanto la ciudadanía acudía a esta empresa siendo asaltada en su buena fe, sufriendo la pérdida cuya reparación ahora se reclama.

La Fiscalía cumplió a cabalidad con sus funciones conforme al ordenamiento, siguiendo los procedimientos y respetando el debido proceso, adelantando las investigaciones necesarias, primero para conocer el fenómeno que se presentó, y posteriormente tomar las decisiones pertinentes.

Reitera que, en virtud de las actuaciones administrativas iniciadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se tuvo conocimiento de la actividad realizada por la captadora, hechos que fueron puestos en conocimiento de la Presidencia de la República mediante el Oficio 00001 del 16 de enero de 2009, proferido por la Superintendencia Financiera de Colombia, dando cuenta de todos los pormenores, de las actuaciones administrativas ejecutadas tendientes a determinar las actividades que desarrollaban varias empresas, ahora captadoras, y enlista una a una, las actividades desplegadas en tal cometido; de forma que no puede afirmarse que haya ocurrido una falla en el servicio.

Fue con la expedición de los decretos 4333 y 4334 de 2008 que se otorgaron facultades a las autoridades para intervenir las captadoras de recaudos no autorizados tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones masivas, que "generan abuso del derecho y fraude a la ley" al ejercer la actividad financiera irregular; y disponer de un procedimiento cautelar que permitió la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades.

La expedición de los decretos de estado de emergencia social es la prueba principal de la reacción del Estado ante la situación excepcional que generó la actividad de las empresas captadoras masivas del dinero del público, con transacciones comerciales presuntamente legales, controladas por las diferentes autoridades dentro del ejercicio legítimo de sus funciones, interviniendo a través de un mecanismo eficaz para contrarrestar los efectos de dicha actividad, sin que ello signifique que con el ejercicio de las competencias atribuidas a las autoridades, se generara una confianza legítima en el actuar abusivo de las empresas del Grupo DMG.

El contrato celebrado por la demandante corresponde a uno de compraventa simulada de bienes y servicios, cuyo objeto real era la devolución del dinero dentro de determinado plazo e incrementado en el 100%. No obstante, el hecho de que se hubiera querido encubrir el carácter jurídico de un acto con la apariencia de otro, no es por sí mismo reprobada por el derecho, siempre y cuando no cause perjuicios a alguien o esconda una causa ilícita. En el ejercicio de toda actividad privada, al celebrar un negocio jurídico, las partes se encuentran obligadas a cumplir una serie de cargas que la doctrina ha definido como: carga de sagacidad, carga de legalidad y carga de claridad:

- Carga de sagacidad: Aspecto del negocio jurídico del negocio. Las partes deben estudiar bien las condiciones en las que va a desarrollarse para conocer las debilidades, fortalezas y riesgos del negocio.
- Carga de legalidad: Conocer el texto normativo dentro del cual se encuentra el contrato, cuáles son los requisitos para que el negocio nazca a la vida jurídica y los límites a los que se deben sujetar para nulidades y eficacias.
- Carga de claridad: Las partes deben fijar de manera inequívoca las reglas a las que se quieren ceñir.



La accionante hizo caso omiso de esta carga que le era exigible ante de entregar su dinero a la captadora, pues resulta de elemental sentido común el haber preguntado como era posible que le devolvieran su dinero duplicado sin comprar algún producto o servicio y de donde procedían los presuntos rendimientos, especialmente cuando está demostrado que no se desarrolló alguna publicidad.

No se exigió algún respaldo o garantía sobre el dinero, conformándose con recibir una tarjeta chip como prueba del pago anticipado.

Fue la demandante quien de forma autónoma hizo entrega de su dinero y prestó su concurso para que de la mano del contrato simulado de compraventa de servicios, construyera un negocio fraudulento de captación masiva de dinero que terminó por poner en riesgo el orden público económico, siendo necesaria la declaratoria del estado de emergencia.

En la demanda se plantea como título de imputación la falla en el servicio como quiera que el presunto daño causado, se debió a la omisión y a la tardía intervención estatal, en el cumplimiento de las obligaciones de vigilancia y control frente a la actividad desplegada por la captadora, siendo necesario que la demandante demostrara la supuesta inactividad de los organismos estatales para evitar el desenlace que se produjo; es decir, las actividades de prevención, inspección, vigilancia y control desarrolladas por la demandada.

La SFC previno reiteradamente a la comunidad acerca de la actividad no autorizada de las captadoras y el riesgo que corrían los inversionistas, quedando demostrado el descuido con que la accionante desarrollaba sus negocios.

La documentación allegada al proceso acredita el desarrollo de investigaciones administrativas desde 2005, tendientes a comprobar la actividad ilícita de DMG, investigaciones que condujeron a la suspensión inmediata de sus actividades, a la devolución inmediata de los dineros recibidos, la ejecución de un plan de desmonte, entre otros.

Fueron estas investigaciones de las autoridades las que conllevaron a la conclusión de que la actividad de la captadora era ilícita, ejercida al amparo de un objeto social ampliamente variado e incluso con registro ante la Cámara de Comercio, quedando demostrado que el negocio jurídico constituido bajo una ficción jurídica y económica de difícil revelación tanto para la ciudadanía como para las autoridades, debido a la sofisticación tecnológica y legal que soportaban su actividad fraudulenta.

Las autoridades demandadas actuaron dentro del marco normativo y del estado de excepción, ejecutando las acciones tendientes a verificar la ilicitud de la actividad de las captadoras de dinero, actividad que fue suspendida en virtud del actuar de la Superintendencia Financiera de Colombia.

No corresponde a la Fiscalía General de la Nación ejercer control sobre empresas captadoras de dinero, correspondiéndole investigar la ocurrencia de conductas punibles, debiendo destacarse que la accionante no formuló alguna denuncia en contra de la captadora.

En otros casos similares, se ha establecido que el único responsable es la supuesta víctima que entrega sus dineros a la captadora que se apropia de ellos en su propio beneficio, recayendo en sus socios y empleados la responsabilidad por tal conducta.

En el presente caso no se incurrió en falla, lo cual resulta en denegar las pretensiones de la demanda, destacándose la no presencia o falla del servicio por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio.



No existe el daño antijurídico que alude la demandante, si se tiene en cuenta que el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que solo se configura dicha figura cuando se cumplen los requisitos formales de los artículos 66 y 67 de la Ley 270 de 1996, además de que exista una actuación o decisión abiertamente contraria a derecho, que por tal razón no se requiera un análisis profundo por el fallador para que el error se manifieste.

#### 6.8 AGENTE INTERVENTOR DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN

Se abstuvo de alegar de conclusión.

#### 7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto dentro del presente asunto.

#### 8. CONSIDERACIONES

Pasa el Despacho a resolver el problema jurídico y a pronunciarse acerca de las pretensiones de la demanda, previa resolución de las excepciones propuestas por los demandados.

##### 8.1 EXCEPCIONES

A continuación se resuelven las excepciones planteadas por los demandados que pueden ser consideradas como previas y se especifica cuáles están directamente relacionadas con el fondo del asunto.

##### 8.1.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Esta excepción no está llamada a prosperar en tanto en la demanda se endilga al Presidente de la República el desarrollo de una conducta que se estima como causa de daño como lo fue la decisión de adoptar el estado de emergencia social, pues se indica que no se daban las condiciones para ello en tanto no existían demandas o denuncias de incumplimiento en las obligaciones de la captadora.

De esa forma, corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República comparecer al proceso en virtud de las actuaciones del Jefe de Estado, pues en los términos del Artículo 149 del Código Contencioso Administrativo entonces vigente preveía sobre la representación de la Nación lo siguiente:

*"ARTICULO 149. REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO.  
<Subrogado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:>  
Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan.*

*En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.*

*(...)"*



No se prevé entonces que la Nación esté representada directamente por el presidente de la república en los procesos contencioso administrativo, estando entonces ligado al fondo del asunto el determinar si se produce alguna forma de responsabilidad que en virtud de las actuaciones del señor presidente de la república hayan podido dar lugar a la ocurrencia de un daño antijurídico.

#### 8.1.2 AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS Y EN ESPECIAL DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA FRENTE A LAS PRETENSIONES INVOCADAS.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.3 INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD ENDILGADA AL ESTADO PROPUESTA POR LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.4 HECHO DE UN TERCERO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.5 HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA O ACCIÓN A PROPIO RIESGO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.6 INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.7 INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo de asunto.

#### 8.1.8 INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR CUANTO LA PARTE DEMANDANTE SE EXPUSO VOLUNTARIAMENTE A LOS PERJUICIOS, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo de asunto.

#### 8.1.9 INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y LA ACCIÓN U OMISIÓN DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.10 HECHO DE UN TERCERO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo de asunto.





8.1.11 INEXISTENCIA DE OMISIÓN O FALTA POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS POR CUANTO LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE LA ACCIÓN CONSTITUYEN UNA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA Y SOBREVINIENTE FRENTE A LA CUAL FUE NECESARIO DECRETAR LA EMERGENCIA SOCIAL, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.12 LA PARTE DEMANDANTE NO ACTUÓ CON BUENA FE EXENTA DE CULPA Y CREADORA DE DERECHOS, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.13 EL ESTADO ACTUÓ PARTIENDO DE LOS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS CON LOS QUE CONTABA PARA EL MOMENTO EN QUE SE DETECTÓ LA EXISTENCIA DE LAS PRIMERAS PIRÁMIDES, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.14 ABSOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.15 LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL ESTADO COLOMBIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, FRENTE A LA LABOR DE VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL Y DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA, IMPIDE QUE SE LE SEÑALE COMO RESPONSABLE DEL FENÓMENO OCASIONADO CON LA DESBORDADA CAPTACIÓN ILEGAL, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.16 EXCEPCIÓN DE RIESGO TOMADO. EXISTENCIA DE RIESGO INHERENTE A LOS NEGOCIOS FINANCIEROS. CORRELACIÓN DEL RIESGO FRENTE A LA TASA DE RETORNO PROMETIDA Y CARÁCTER ALEATORIO DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.17 EL ESTADO DISPUSO DE LOS MECANISMOS PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS POR PARTE DE QUIENES TENÍAN DICHA OBLIGACIÓN, ES DECIR LOS INTERVENIDOS. EL ESTADO NO ESTÁ OBLIGADO A LA DEVOLUCIÓN PORQUE ÉL NO EL CAUSANTE DE NINGÚN DAÑO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.18 LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LA CAPTACIÓN ILEGAL SIEMPRE HAN NEGADO RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN POR CASOS COMO EL QUE AHORA SE DISCUTE, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.



Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

**8.1.19 NO EXISTEN CONDICIONES QUE PERMITAN CONFIGURAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

**8.1.20 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**

Esta excepción no está llamada a prosperar en tanto está directamente relacionado con el fondo del asunto el establecer si esta autoridad en ejercicio de sus funciones pudo incurrir en alguna forma de falla en el servicio, pues se infiere de lo manifestado en la demanda que se produjo una omisión al permitir el funcionamiento de la sociedad captadora.

**8.1.21 INEPTA DEMANDA, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**

Si bien es cierto que en la demanda no se indica con precisión en los hechos cuál fue la conducta activa u omisiva en la que pudo incurrir este demandado, se puede interpretar de su lectura que la parte actora considera que le correspondía a este ministerio adelantar alguna forma de vigilancia o control respecto de la actividad de la sociedad captadora o autorizar su entrada en funcionamiento, lo cual configuraría la falla en el servicio y por ende se trata de un aspecto directamente relacionado con el fondo del asunto, sin que resulte inepta la demanda al punto de impedir un pronunciamiento de fondo.

**8.1.22 FALTA DE COMPETENCIA POR AGOTAMIENTO DE JURISDICCIÓN, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**

Esta excepción no está llamada a prosperar en tanto no se ha demostrado que exista una acción de grupo en la que figure la accionante como demandante y se incluyan las mismas partes de este proceso con fundamento en los mismos hechos.

La Ley 472 de 1998 no prevé que se agote la jurisdicción respecto de los procesos ordinarios en tanto exista una acción de grupo, pues se trata de procedimientos diferentes que pueden coexistir.

De esta forma, conserva la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer del presente asunto, por lo que la excepción se tendrá como no probada.

**8.1.23 INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

**8.1.24 INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

**8.1.25 INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR CUANTO LA PARTE DEMANDANTE SE EXPUSO VOLUNTARIAMENTE A LOS PERJUICIOS, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**



Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.26 EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA DEMANDADA, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.27 HECHO DE UN TERCERO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.28 AÚN SI SE HUBIEREN PRESENTADO DAÑOS ANTIJURÍDICOS, LOS MISMOS SON SERÍAN IMPUTABLES A ESTE DEMANDADO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.29 INEXISTENCIA DE OMISIÓN O FALTA POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS POR CUANTO LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE LA ACCIÓN CONSTITUYEN UNA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA SOBREVINIENTE FRENTE A LA CUAL FUE NECESARIO DECRETAR LA EMERGENCIA SOCIAL, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.30 LA PARTE DEMANDANTE NO ACTUÓ CON BUENA FE EXENTA DE CULPA Y CREADORA DE DERECHOS, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.31 EL ESTADO ACTUÓ PARTIENDO DE LOS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS CON LOS QUE CONTABA PARA EL MOMENTO EN QUE SE DETECTÓ LA EXISTENCIA DE LA PRIMERAS PIRÁMIDES, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.32 PETICIÓN ANTES DE TIEMPO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción se relaciona con la de competencia que deriva del trámite judicial de liquidación de la captadora adelantado por la Superintendencia de Sociedades.

8.1.33 LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL ESTADO COLOMBIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, FRENTE A LA LABOR DE VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL Y DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA, IMPIDE QUE SE LE SEÑALE COMO RESPONSABLE DEL FENÓMENO OCASIONADO CON LA DESBORDADA CAPTACIÓN ILEGAL DE DINEROS DEL PÚBLICO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Se trata de un argumento de defensa directamente relacionado con el fondo del asunto.



8.1.34 EXCEPCIÓN DE RIESGO TOMADO. EXISTENCIA DE RIESGO INHERENTE A LOS NEGOCIOS FINANCIEROS. CORRELACIÓN DEL RIESGO FRENTE A LA TASA DE RETORNO PROMETIDA Y CARÁCTER ALEATORIO DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.35 EL ESTADO DISPUSO DE LOS MECANISMOS PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS POR PARTE DE QUIENES TENÍAN DICHA OBLIGACIÓN, ES DECIR, LOS INTERVENIDOS. EL ESTADO NO ESTÁ OBLIGADO A LA DEVOLUCIÓN PORQUE ÉL NO FUE CAUSANTE DE ALGÚN DAÑO, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.36 ABSOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, PROPUESTA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

Esta excepción corresponde a un argumento de defensa relacionado con el fondo del asunto.

8.1.37 FRAUDE A LA LEY Y ABUSO DEL DERECHO, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.38 INEXISTENCIA DE TODOS LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.39 CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.40 HECHO DE UN TERCERO, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.41 INEXISTENCIA DE CONDICIONES QUE PERMITAN CONFIGURAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.42 EL ESTADO ACTUÓ PARTIENDO DE LOS INSTRUMENTOS CON LOS QUE CONTABA PARA EL MOMENTO EN QUE SE DETECTÓ LA EXISTENCIA DE LAS PRIMERAS PIRÁMIDES, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.



#### 8.1.43 IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN JUDICIAL POR SUBSISTIR UN CAMINO JUDICIAL PRIVATIVO, EXPEDITO Y EXCEPCIONAL PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Esta excepción no está llamada a prosperar bajo el entendido de que lo que se discute en el presente caso no corresponde a la devolución de los dineros, sino la indemnización de perjuicios causados por la actuación de las autoridades en el desarrollo del vínculo contractual entre la demandante y DMG.

Lo que se discute en el presente caso es la existencia de responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual, no la devolución del dinero, pues para ello efectivamente existe, tal como lo alega la Superintendencia de Sociedades, un procedimiento judicial especial.

En tanto la acción judicial especial tiene por objeto la devolución del dinero en virtud de los activos que se liquidaran de la captadora, en este proceso se debate la falla en el servicio de las demandadas como fuente de la obligación, por lo que no puede entenderse que exista comunidad objeto entre las dos acciones de manera que una de ellas resulte improcedente.

#### 8.1.44 INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.45 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Esta excepción entendida como previa no está llamada a prosperar en tanto lo que en el presente caso se discute es la falla en el servicio de la Superintendencia Financiera de Colombia que haya podido dar lugar a la configuración de un daño antijurídico en los hechos que terminaron en la intervención de la sociedad captadora DMG GRUPO HOLDING S.A., y que considera la accionante derivaron en el incumplimiento del contrato que tenía con esta.

En consecuencia, se hace necesario analizar la actuación de esta autoridad a efecto de establecer si se produjo de su parte una falla en el servicio que pueda dar lugar a la configuración de un daño antijurídico que le sea atribuible, lo cual está directamente relacionado con el fondo del asunto.

#### 8.1.46 COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL Y QUE SIRVIERON DE REFERENTE PARA ADOPTAR MEDIDAS ADMINISTRATIVAS RESPECTO DE LA SOCIEDAD DMG GRUPO HOLDING S.A. PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.47 INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO. SOMETIMIENTO AL TRÁMITE CONCURSAL QUE POR FUERO DE ATRACCIÓN Y UNIVERSALIDAD ES EL ESCENARIO IDÓNEO PARA LAS RECLAMACIONES DE ÍNDOLE ECONÓMICA COMO LA PRESENTE. INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

#### 8.1.48 CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.



Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.49 IMPUTACIÓN ERRÓNEA DEL DAÑO. RESPONSABILIDAD DE UN TERCERO, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.50 GENÉRICA, PROPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

No se encontró como probada alguna excepción que pueda ser declarada de oficio.

8.1.51 COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL, PROPUESTA POR LA U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.52 FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, PROPUESTA POR LA U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

Esta excepción no puede tenerse como probada como previa, pues la parte actora indica que en virtud de una falla en el servicio de la autoridad tributaria, la captadora pudo iniciar sus actividades, llegando a ser incluso retenedor de tributos. En esta medida, la legitimación por pasiva de este demandado es de orden material, lo cual está directamente relacionado con el fondo del asunto.

8.1.53 CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, PROPUESTA POR LA U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.54 EN CUANTO AL HECHO GENERADOR DEL DAÑO, PROPUESTA POR LA U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.55 CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA ENTIDAD, PROPUESTA POR LA U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

Esta excepción está directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.56 INEXISTENCIA DE PRUEBA QUE PUEDA DERIVAR RESPONSABILIDAD DEL LAS DEMANDADAS, PROPUESTA POR LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

Esta excepción esta directamente relacionada con el fondo del asunto.

8.1.57 COSA JUZGADA, YA QUE LA RECLAMACIÓN SE DECIDIÓ EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE INTERVENCIÓN, PROPUESTA POR EL AGENTE INTERVENTOR DE DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN.

8.1.58 FALTA DE COMPETENCIA, PROPUESTA POR EL AGENTE INTERVENTOR DEL GRUPO DMG HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN

8.1.59 FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, PROPUESTA POR EL AGENTE INTERVENTOR DEL GRUPO DMG HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN



Estas excepciones se resuelven de forma conjunta, dada la relación que tienen entre sí.

Debe tenerse en cuenta que las pretensiones que han sido formuladas de forma solidaria, exige tener en cuenta para su resolución que el demandado SOCIEDAD DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN es un particular, que solamente puede ser juzgado ante esta Jurisdicción en virtud del fuero de atracción, el cual surge cuando el particular junto con las autoridades interviene la prestación de un servicio público.

En el presente caso se tiene que la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. es de naturaleza comercial y no se encarga de la prestación de algún servicio público, al tiempo que la obligación que tiene con la demandante es de naturaleza contractual particular, por lo que los conflictos que respecto de este acuerdo de voluntades se susciten no pueden ser resueltos mediante la acción de reparación directa, cuyo objeto es resolver acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado.

No puede tenerse por demostrado que en el presente caso se configure la solidaridad del particular respecto de las autoridades públicas demandadas en virtud del desarrollo de sus funciones, de manera que las pretensiones en este sentido se tendrían como indebidamente acumuladas, pues se pretende la condena del particular (pretensión 1.1) por la responsabilidad civil extracontractual, a pesar de que con este el vínculo era de naturaleza contractual.

Si bien la demanda se dirige contra la "agente interventora", debe tenerse en cuenta que si se entiende este como la persona natural designada para llevar a cabo la liquidación, es igualmente un particular<sup>14</sup>, que como tal no ha sido vinculado al proceso.

En ese sentido, esta excepción está entonces llamada a prosperar en tanto el trámite judicial de liquidación es el procedimiento previsto para la devolución de los dineros entregados por la accionante, además bajo el entendido de que las actuaciones del agente liquidador no se efectúan a título personal, sino de la sociedad que se liquida respecto de la situación con sus acreedores.

Las medidas de intervención que podían ser adoptadas por la Superintendencia de Sociedades eran las siguientes en los términos del Decreto 4334 de 2008:

***"Artículo 7º. Medidas de intervención. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas:***

- a) La toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas;*
- b) La revocatoria y reconocimiento de ineficacia de actos y negocios jurídicos, celebrados con antelación a la toma de posesión;*
- c) La devolución de bienes de terceros, no vinculados a la actividad no autorizada,*
- d) En caso de que a juicio de la Superintendencia se presente una actividad con la cual se incurra en alguno de los supuestos descritos en el presente decreto, por parte de una persona natural o jurídica y ésta manifieste su intención de devolver voluntariamente los recursos recibidos de terceros, esta Entidad podrá autorizar el correspondiente plan de desmonte. En el evento que dicho plan se incumpla se dispondrá la adopción de cualquiera de las medidas previstas en este decreto, sin perjuicio de las actuaciones administrativas y penales a que hubiere lugar;*

<sup>14</sup> Artículo 11. El Agente Interventor. El Agente Interventor deberá tomar posesión ante el Superintendente de Sociedades y podrá ser una persona natural o jurídica e incluso ser un servidor público.



- e) *La suspensión inmediata de las actividades en cuestión, bajo apremio de multas sucesivas, hasta de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta medida se publicará en un diario de amplia circulación nacional indicando que se trata de una actividad no autorizada;*
- f) *La disolución y liquidación judicial de la persona jurídica o de cualquier contrato u otra forma de asociación que no genere personificación jurídica, ante la Superintendencia de Sociedades, independientemente a que esté incurso en una situación de cesación de pagos.*
- g) *La liquidación judicial de la actividad no autorizada de la persona natural sin consideración a su calidad de comerciante;*
- h) *Cualquier otra que se estime conveniente para los fines de la intervención.*

*Parágrafo 1º. La providencia que ordena las medidas anteriores surte efectos desde su expedición y se ordenará su inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del domicilio principal del sujeto de intervención, de sus sucursales y agencias, y contra la misma no procederá recurso alguno.*

*Parágrafo 2º. Se entenderán excluidos de la masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos.*

*Parágrafo 3º. Para la ejecución de las medidas de que trata este artículo, la Superintendencia de Sociedades o la Superintendencia Financiera de Colombia, cuando a ésta le corresponda, cuando las circunstancias lo ameriten, podrá ordenar a los comandantes de policía de los lugares en donde se realicen las actividades no autorizadas, aplicar las medidas de policía necesarias para cerrar los establecimientos o lugares donde se realicen las actividades no autorizadas, la colocación de sellos, los cambios de guarda, y demás medidas precautelativas para proteger los derechos de terceros y para preservar la confianza del público en general.*

*Parágrafo 4º. La Superintendencia de Sociedades o el agente interventor podrán celebrar los convenios que consideren necesarios para el ejercicio de las funciones señaladas en este decreto.”(Subrayado del Despacho)*

La naturaleza de este procedimiento obedece a la siguiente disposición:

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

Se tiene entonces que la decisión de fijar el monto de la acreencia tiene una naturaleza judicial y por ende debe ser controvertida bajo el régimen propio del error jurisdiccional o el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, lo cual impide en este caso entender la forma en que se configura la solidaridad predicada en la demanda respecto de autoridades administrativas en ejercicio de funciones de esta naturaleza y de autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales.

La conclusión a la que se llega consiste en tener por configurada la falta de competencia en tanto para la controversia respecto de la devolución de los recursos que habrían sido entregados por la demandante, la legislación prevé un procedimiento especial, el cual ya se ha venido agotando y que respecto de la sociedad demandada no podría resolverse





mediante este medio de control en tanto se trata de un particular que no puede traerse al proceso en virtud del fuero de atracción, pues se reitera, su objeto era el desarrollo de una actividad mercantil, no la prestación de un servicio público.

Resueltas las excepciones, pasa el Despacho a pronunciarse acerca de las pretensiones de la demanda.

## 8.2 TESIS DE LAS PARTES

La demandante sostiene que las autoridades accionadas incurrieron en falla en el servicio en tanto respectivamente habrían adoptado una medida extraordinaria como es la adopción de un estado de excepción sin que se produjeran las condiciones para ello, habrían permitido la entrada en funcionamiento de la sociedad captadora dando lugar a una situación de confianza legítima del público, habrían intervenido de manera tardía e ineficaz, al tiempo que la Fiscalía General de la Nación al interior del proceso penal habría impedido al accionista DAVID MURCIA GUZMÁN hacer la devolución de los dineros captados.

La NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA sostiene que se produjeron condiciones objetivas y verificables que llevaron a la necesidad de adoptar un estado de excepción con el fin de contrarrestar la actuación de las captadoras ilegales mediante la generación de un régimen normativo adecuado para contrarrestar la amenaza.

La NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO alega que en desarrollo de sus competencias no tuvo injerencia en los hechos que motivan la demanda en tanto no tiene funciones de ente de control ni respecto de la autorización de la actividad de la captadora ni respecto del desarrollo de los contratos particulares.

La NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, indica que no ha incurrido en falla en el servicio en tanto entre sus competencias no está la de autorizar el funcionamiento de las sociedades comerciales así como tampoco adelantar funciones de vigilancia y control respecto de tales particulares.

La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, indica que ha ejercido sus funciones de la forma prevista en la ley, sin incurrir en alguna falla en el servicio que pueda ser causa del daño antijurídico que la accionante agrega.

La SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, sostiene que no ha incurrido en falla en el servicio en cuanto al trámite de la intervención de la sociedad captadora, al tiempo que hizo las advertencias en los medios masivos de comunicación, con el fin de minimizar el impacto de estas organizaciones respecto del público en general.

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, indica que no está entre sus funciones autorizar el funcionamiento de sociedades particulares, al tiempo que la declaración y pago de tributos no legaliza una determinada actividad, de manera que entre sus competencias no existe alguna relacionada con los hechos que motivan la demanda.

Todos los demandados coinciden en señalar que el daño que la accionante pudo haber sufrido, obedece a su culpa exclusiva y al hecho de un tercero.

## 8.3 PROBLEMA JURÍDICO



El problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si se configuran los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de las medidas adoptadas por las autoridades para contrarrestar la proliferación de captadoras masivas no autorizadas, así como la determinación acerca de si se configura alguna excepción de aquellas propuestas los demandados como de fondo.

#### 8.4 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

El Artículo 90 de la Constitución Política como cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado prevé lo siguiente:

*"ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

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

La jurisprudencia y la doctrina han interpretado esta disposición reconociendo la existencia de tres elementos que necesariamente deben concurrir para que se estructure la responsabilidad patrimonial del Estado:

- a. La ocurrencia de un hecho dañoso
- b. La consecuente ocurrencia de un daño antijurídico
- c. La ocurrencia de una falla en el servicio que pueda ser atribuida a una autoridad pública y que sirva como nexo causal entre los dos elementos anteriores

La concurrencia de estos elementos para el caso concreto se analiza a continuación:

##### 8.4.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO

El hecho dañoso atribuido a las autoridades consiste respectivamente en la declaratoria de un estado de excepción sin que se dieran las condiciones necesarias para ello, dado que no existían denuncias o demandas o quejas respecto del incumplimiento de sus obligaciones por parte de la captadora DMG GRUPO HOLDING S.A.

Sobre el particular, pudo observarse que la decisión del Gobierno de decretar el estado de excepción no obedeció solamente al caso de DMG GRUPO HOLDING S.A., sino a la existencia de varias organizaciones dedicadas a la captación masiva e ilegal de dineros del público a lo largo del territorio nacional, al tiempo que se evidenció la insuficiencia del régimen legal entonces vigente para que las autoridades pudieran actuar de manera eficaz para contrarrestar esta situación.

La parte actora no demostró de alguna manera que el acto mediante el cual se declara el estado de emergencia social estuviera falsamente motivado o que las consideraciones fácticas que se tuvieron en cuenta para el efecto no se presentaran en la realidad.

Además, debe destacarse que el acto mediante el cual se declara el estado de excepción superó el examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, sin que esté demostrado lo indicado en la demanda respecto de que el mismo había sido declarado inexecutable.

En efecto, en la parte resolutive de la Sentencia C-135 de 2009 se dispuso lo siguiente:



*"Primero. Declarar exequible el Decreto 4333 de 2008 "por medio del cual se declara el estado de emergencia social".*

Respecto del Decreto 4334 de 2009, la Sentencia C-145 de 2009 se pronuncia de la siguiente forma:

*"Primero. Declarar INEXEQUIBLE el literal h) del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008.*

*Segundo. Declarar EXEQUIBLE la expresión "o indirectamente", contenida en el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales.*

*Tercero. Declarar EXEQUIBLE la expresión "a juicio de la Superintendencia de Sociedades", contenida en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la determinación de intervenir debe ser sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso, según lo especificado en el numeral 5 de la parte motiva de esta providencia.*

*Cuarto. Declarar EXEQUIBLES las expresiones "tales como" e "y otras operaciones semejantes", contenidas en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, en cuanto tengan relación directa y específica con actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.*

*Quinto. Declarar EXEQUIBLE la expresión "ordenar", contenida en el párrafo 3º del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que las actuaciones allí indicadas las realizarán las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, por conducto del correspondiente alcalde municipal o distrital.*

*Sexto. Declarar EXEQUIBLE el numeral 15 del artículo 9º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la presunción que allí se consagra es de índole legal.*

*Séptimo. Declarar EXEQUIBLES todas las demás disposiciones del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.*

*Octavo. EXHORTAR al Congreso de la República a atender lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política, en el ámbito de sus funciones."*

La norma declarada inexecutable disponía lo siguiente:

*"ARTÍCULO 7º. MEDIDAS DE INTERVENCIÓN. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas:*

*(...)*

*h) Cualquier otra que se estime conveniente para los fines de la intervención.*

*(...)"*



Este literal no guarda relación con los hechos de la demanda, por lo que el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el particular no afecta de alguna manera lo que aquí se controvierte.

Se concluye entonces que la declaratoria del estado de emergencia social como hecho dañoso no puede tenerse por demostrada.

En cuanto a la actuación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no se enuncia en la demanda cuál fue la conducta activa u omisiva que pueda ser considerada como causa del daño, de manera que no puede tenerse alguna por demostrada.

Respecto de la actuación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, no hay lugar a tener por demostrada la configuración de alguna conducta que pueda ser considerada como dañosa, pues no aparece entre sus funciones la de autorizar el funcionamiento de las sociedades mercantiles, así como tampoco la de actuar como ente de control, a diferencia de lo enunciado en la demanda.

En lo que tiene que ver con la Superintendencia de Industria y Comercio, no se enuncian en la demanda hechos concretos que puedan ser considerados como una conducta que por acción u omisión resulte dañosa.

Si bien esta autoridad adelantó actuaciones tendientes al control de la actividad de las captadoras ilegales, no se evidenció que en desarrollo de tales se produjera alguna conducta concreta que pueda ser considerada como hecho dañoso, pues en este sentido la demanda carece de precisión de en cuanto a la formulación de los hechos, de manera que alguno de estos pueda ser demostrado.

En lo tocante a la Superintendencia Financiera de Colombia, se evidenció que como autoridad puso en conocimiento de otras autoridades la situación concreta de lo ocurrido con la captadora, al tiempo que está acreditada la publicación en diversos medios masivos de comunicación de avisos dirigidos al público en general, informando acerca del riesgo que suponía la colocación de recursos en manos de personas y organizaciones no autorizadas.

Respecto de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no se enuncia en la demanda alguna conducta que en ejercicio de sus funciones legales haya sido causa del daño cuya reclamación se pretende.

En este sentido, la demanda está estructurada como una serie de quejas sin que se enuncie con precisión el soporte fáctico y normativo respecto de las acusaciones que se plantean respecto de cada uno de los demandados.

Se basa en la suposición de que las autoridades demandadas debían autorizar o impedir la entrada en funcionamiento de la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., o interrumpir sus actividades, sin precisar cuál era el soporte normativo que autorizara tales conductas.

Si bien la ley no requiere de prueba, sí es necesario que la parte demandante enuncie en la demanda cuál es la conducta que estando normativamente establecida, fue omitida por la autoridad contra la cual dirige sus pretensiones. Este requisito no se cumple en el presente caso, quedando la parte actora en imposibilidad de demostrar la ocurrencia del hecho dañoso, pues los enunciados en la demanda corresponden a conjeturas y apreciaciones subjetivas.

Por último, es necesario destacar que la demanda tiene su origen en una obligación de naturaleza contractual que resultó incumplida por un particular. Esta es la fuente primaria



de la obligación, planteándose a las autoridades como garantes de la obligación de este particular, lo cual no tiene soporte normativo ni contractual.

Habría sido necesario demostrar que el particular estaba en condiciones de cumplir con lo acordado así como la capacidad para hacerlo, situación que en el presente caso no se produce.

#### 8.4.2 ACERCA DEL DAÑO

Con la demanda el único medio de prueba aportado tendiente a demostrar la existencia del contrato corresponde a la prueba enunciada como "6.1.7 Copia de las tarjetas entregadas al gobierno."

La accionante no aporta ni el texto del contrato que supuestamente habría suscrito con el particular de forma que pueda tenerse certeza acerca de las obligaciones adquiridas, así como tampoco aporta prueba documental mediante los respectivos soportes contables, que la sociedad DMG GRUPO HOLDING estuviera en capacidad de cumplir con lo acordado, quedando en imposibilidad de hacerlo en virtud de la actuación de las autoridades.

Tampoco se aporta la contabilidad de la accionante de forma que pueda tenerse algún soporte respecto de la existencia de sus actividades mercantiles lucrativas en el mercado financiero, entendida su transacción supuesta con la captadora como una negociación de este tipo, pues el producto consistía en el pago de alguna forma de interés por el depósito de dinero, tal como se explicó en la demanda.

En la medida en que no está acreditada cuantía de los dineros entregados y de los términos del contrato, no se puede tenerse certeza acerca del daño emergente y del lucro cesante que se reclama, a pesar de que tales obligaciones hayan sido contraídas con un particular, se reitera es necesario acreditar su existencia.

No puede tenerse entonces por demostrada la configuración del daño como elemento que estructura la responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto la entrega del dinero se hizo a un particular y bajo una modalidad contractual cuyos términos resultan ocultos.

#### 8.4.3 ACERCA DE LA FALLA EN EL SERVICIO

La lectura de la demanda y de la argumentación planteada por los demandados permite concluir que no se estructura una falla en el servicio atribuible a alguna de las autoridades accionadas por las razones que a continuación se exponen:

##### 8.4.3.1 ACERCA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Está acreditado que las autoridades habían hecho diversas advertencias a través de los medios masivos de comunicación, poniendo en conocimiento de la comunidad en general el riesgo al que se exponían al colocar sus recursos en manos de particulares no autorizados para captarlos, y en este caso concreto sin que se acreditara la existencia de un acuerdo de voluntades cuyos términos fueran conocidos, pues no se prueba la existencia del contrato en virtud del cual se obligara la captadora a devolver la suma depositada con un rendimiento al cabo de cierto tiempo.

Además, la entrega de los dineros se hizo con posterioridad a las publicaciones en medios masivos de comunicación, conducta que solamente puede ser atribuida a la demandante, quien voluntariamente asume el riesgo de hacer entrega de dineros a un particular sin que



existiera ni garantía ni certeza acerca de la posibilidad de recuperar su inversión. Ni siquiera prueba la naturaleza de las obligaciones contraídas ni los términos de estas.

Es decir, que el daño emergente que pudo haberse producido, obedeció a la voluntad de la accionante de entregar sus recursos a un particular sin alguna clase de prudencia o precaución, situación que no puede ser atribuida a los demandados, al tiempo que tampoco se demuestra que la sociedad captadora estuviera en la capacidad jurídica, financiera, o administrativa que le permitiera cumplir con lo supuestamente acordado, de forma que el incumplimiento del particular obedeciera exclusivamente a la intervención de las autoridades, dando lugar a una forma de nexo causal.

Es decir, la obligación en principio es contractual, de manera que las consecuencias del desarrollo del contrato son de interés de los contratantes entre sí, siendo las autoridades terceros respecto del acuerdo de voluntades.

En esa medida, la falla en el servicio solamente puede configurarse cuando el incumplimiento del contrato resulta ser consecuencia de la falla en el servicio de las autoridades accionadas, y en el presente caso, no se demostró que la incapacidad de cumplir con lo acordado o por lo menos devolver los dineros, obedeciera a causa distinta a la situación financiera, contable y administrativa del particular captador.

La conclusión a la que se llega entonces es que se configura la culpa exclusiva de la víctima como nexo causal del daño que afirma haber sufrido, pues voluntaria e imprudentemente se expuso al daño que fuera además causado por un particular.

#### 8.4.3.2 HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO

Se configura esta excepción en tanto la relación de la accionante con quien produce el daño deriva de un acuerdo de voluntades, es decir, que el daño que la demandante pueda haber sufrido es de naturaleza contractual en virtud del incumplimiento, no de naturaleza extracontractual respecto de la conducta de las autoridades, que como se dijo antes, son terceros.

En el presente caso la parte actora pretende derivar un mismo daño de dos fuentes distintas de responsabilidad, contractual del particular y extracontractual de las autoridades, situación que no resulta posible en tanto no acredita ni que las autoridades sean garantes de las obligaciones incumplidas, ni prueba la solidaridad con el particular captador, así como tampoco que el incumplimiento haya sido consecuencia de la actuación del Estado.

No se demostró que el particular captador tuviera la intención y la capacidad de cumplir con el supuesto acuerdo, cuyos términos tampoco fueron demostrados procesalmente.

En consecuencia, la controversia respecto del incumplimiento debe ser desarrollada ante las instancias previstas para el efecto e incluso ante la jurisdicción ordinaria en lo penal, pues no se acredita la forma en que las autoridades hayan producido el daño en virtud de su actuación u omisión.

El hecho del tercero y la culpa de la víctima concurren en el presente caso en la estructuración del perjuicio, pues la accionante de manera imprudente hizo entrega del dinero a un particular cuya intención y capacidad para cumplir lo pactado no fueron demostradas.

No puede hablarse de confianza legítima cuando existían manifestaciones públicas de las autoridades advirtiendo acerca de la existencia de las captadoras y de la falta de autorización



para desarrollar estas actividades, por lo que la inversión a sabiendas del riesgo, no puede ser atribuida a la actividad de las entidades accionadas.

#### 8.5 EL CASO CONCRETO

Se resuelve el problema jurídico en el presente sentido en el sentido de no tener por demostrada la configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el hecho dañoso atribuible a alguno de los demandados no se acredita como causa eficiente del daño, así como tampoco se evidencia que las conductas que la accionante considera como hechos dañosos lo sean.

El daño que haya podido sufrir la accionante si bien puede resultar antijurídico, es atribuible a su propia conducta y a la del particular al cual hizo entrega de sus dineros bajo una simulada modalidad contractual cuyos términos no acredita, así como tampoco demuestra que el captador tuviera la intención y capacidad de cumplir con el supuesto acuerdo, siendo tal cumplimiento frustrado por el actuar de los demandados.

Es decir, el incumplimiento del contrato se habría producido con o sin intervención de las autoridades, dada la situación del captador, pues objetivamente no se acredita tal posibilidad, al menos legalmente.

Al no demostrarse la concurrencia de los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado en el presente caso, resulta entonces procedente denegar las pretensiones de la demanda.

#### 8.7 CONDENA EN COSTAS

No resulta procedente en el presente caso la condena en costas de la parte demandante, pues si bien la demanda resulta carente de fundamentos fácticos y jurídicos, no puede considerarse como temeraria y arbitraria en el ejercicio del derecho de defensa por parte de la interesada.

#### 8.6 ARCHIVO

Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

#### 9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta Administrativo del Circuito de Bogotá, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO:** Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

**SEGUNDO:** Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.



TERCERO: Declarar no probada la excepción de inepta demanda propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

CUARTO: Declarar no probada la excepción de falta de competencia por agotamiento de jurisdicción propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

QUINTO: Declarar no probada la excepción de improcedencia de la acción judicial por subsistir un camino judicial privativo, expedito y excepcional para la devolución de los dineros, propuesta por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

SEXTO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

SÉPTIMO: Declarar probada la excepción de falta de competencia propuesta por la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.

OCTAVO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.

NOVENO: Denegar las pretensiones de la demanda.

DÉCIMO: Sin condena en costas.

DÉCIMO PRIMERO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEJANDRO BONILLA ALDANA  
Juez