



Libertad y Orden

# Tribunal Administrativo de Boyacá

## Secretaria

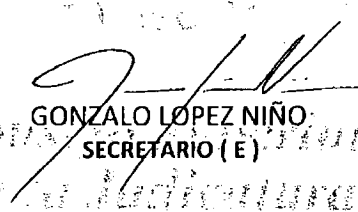
### EDICTO

S  
SUPERSOCIEDADES - BOGOTÁ  
Radicación: 2011-01-319364  
POR FAVOR RESPONDA A ESTE NUMERO  
NIT: 900091410 Exp: 59979  
Soc: O.M.G. GRUPO HOLDING S.A. EN L  
Recibe: 221-DEFENSA JUDICIAL  
Trm: 10003-ACCION DE GRUPO  
Folios: 24 Anexos: NO ENTRADA  
Fecha: 2011/10/27 Hora: 14:03:00

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ,  
POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN:

|                       |                                |
|-----------------------|--------------------------------|
| CLASE DE ACCIÓN:      | Acción de Grupo                |
| RADICADO:             | 15001313300220090011501        |
| DEMANDANTE:           | JOSE MOISES GONZÁLEZ GONZÁLEZ  |
| DEMANDADO:            | SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES |
| MAGISTADO PONENTE:    | JAVIER ORTIZ DEL VALLE         |
| FECHA DE LA DECISIÓN: | 12 de octubre de 2011          |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN  
LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY  
**25 de octubre de 2011** A LAS 8:00 A.M.

  
GONZALO LOPEZ NIÑO  
SECRETARIO (E)

CERTIFICO: Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de la Secretaría del  
TRIBUNAL, por el término en él indicado, y se desfija hoy **27 de octubre de 2011** a  
las 5:00 p.m.

RESERVA  
DOCUMENTAL

LAURA JOHANNA CABARCAS CASTILLO  
SECRETARIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SECRETARIA**

**CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN**

**REF. EXPEDIENTE No. 150013133002200900115-01  
ACCIÓN: GRUPO**

En Tunja a los VEINTIUN (21) días del mes de octubre de dos mil once (2011), la Secretaria del Tribunal Administrativo de Boyacá NOTIFICA PERSONALMENTE A: EDGAR LEONARDO OCHO MANCIPE, identificado con la cédula de ciudadanía No 7.175.691 expedida en Tunja y Tarjeta Profesional No 130.143 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de APODERADO JUDICIAL DE LA PARTE DEMANDANTE, del FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA, de fecha 12 de octubre de 2011, obrante a folios 2042 a 2062 del expediente, proferida dentro del proceso de la referencia, de la cual se hace entrega de copia del mismo.

El notificado:

C.C. No

7.175.691 Tunja T.P. No 130.143 C.S.J.

Escribiente quien realiza la diligencia de Notificación Personal:

La secretaria.

3 7042



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja, 12 OCT. 2011

Magistrado Ponente: JAVIER ORTIZ DEL VALLE

ACCION: GRUPO  
DEMANDANTE: JOSÉ MOISES GONZALEZ GONZALEZ Y OTROS  
DEMANDADO: NACION – SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES  
RADICACION No.: 150013133002200900115-01

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes en contra de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, el día dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), mediante la cual se negó la acción de grupo de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La demanda (fls. 676-893 cuaderno 2)

En ejercicio de la acción de grupo consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y en la Ley 472 de 1998, acuden ante la jurisdicción, por intermedio de apoderado constituido para el efecto, el señor José Moisés González González y demás poderdantes relacionados de folios 1 a 675 del cuadernos 1 y 2<sup>1</sup>, solicitando se declare "Que la Nación Colombiana Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo ordenado en el artículo 90 de la Constitución Política, es administrativa responsable de los perjuicios materiales y morales causados a ... por falla o falta del servicio de la Administración que condujo a la pérdida de sus dineros, pues fue omisiva en determinar a tiempo la supuesta ilicitud en que incurrió DMG durante los años de funcionamiento de la Comercializadora, bajo los argumentos expuestos en los Decretos de intervención y toma de posesión de DMG dictados a la luz de los Decretos de conmoción interior, pero además porque la actividad de DMG es la misma que se realizan en la actualidad firmas como Movistar, Tigo, Comcel, Olímpica, Carrefour, Éxito, Codensa, AV Villas y Avianca, entre otras amparadas por la legalidad." (fls. 693), como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada a la reparación del daño ocasionado a los demandantes, pagando indemnizaciones individuales "a todos y cada uno de ellos, o a quien represente legamente sus derechos, por los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivos, actuales y futuros, estimándose como mínimo la suma de OCHOCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS M. Cte. (\$800.000.000.000) o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, consistentes en el daño inicial, lucro cesante, daño emergente y perjuicios morales"; que la condena sea actualizada de

<sup>1</sup> Grupo al cual se presentaron escritos de adhesión admitidos mediante escritos del 1 de marzo de 2010 (fls.1527-1530);



conformidad a lo previsto en el artículo 178 del CCA, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia (fl. 693)

Como hechos que fundamentan las pretensiones (fls. 676 - 692), la demanda se refiere a la constitución de la sociedad anónima Comercializadora Grupo DMG S.A., hace una extensa explicación de la manera en que operaba, principalmente mediante contratos de publicidad y tarjetas prepago para adquirir bienes y servicios que ésta ofrecía, de la misma manera como lo hacen Comcel, Movistar, Tigo, SodexoPas, Carrefour, entre otras empresas. Alega que la comercializadora no era una pirámide ni una captadora de dinero sino una holding empresarial *"que utilizaba un esquema multinivel que impulsaba otras marcas a través de ellos"* (fls. 678), que ésta no había cesado el pago a ningún cliente hasta cuando fue intervenida por el gobierno; se refiere a las relaciones sociales y comerciales de los propietarios de DMG con representantes del gobierno, periodismo y política del país.

Que el Gobierno Nacional expide el 17 de noviembre de 2008 los Decretos: 4333, declarando el Estado de emergencia social, 4334 definiendo el proceso administrativo de intervención de las personas naturales y jurídicas que participan en la actividad financiera sin autorización estatal, 4335 concediendo a los alcaldes facultades de policía en el proceso de intervención; el 4336 redefine conductas sancionables penalmente. Mediante Decreto Legislativo 4704 del 2008 se prorrogó el estado de emergencia, profiriéndose el Decreto N°. 045 de enero de 2009.

Cuestiona las motivaciones de las anteriores medidas, en cuanto sostiene que estas no debieron aplicarse a DMG ya que no era una captadora masiva de dinero sino una comercializadora, que no generaba falsas expectativas pues siempre cumplió lo ofrecido, y en cuanto a los *"inexplicables beneficios"* no es un argumento de peso legal, pues obedece a una fórmula de marketing suficientemente explicada" (fl. 686)

#### **Contestación de la demanda**

Admitida la demanda mediante providencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil nueve (2009) (fls. 1413-1414 cuaderno 3), se corrió traslado para que la demandada procediera a su contestación, término en el cual la Superintendencia de Sociedades se pronunció en los siguientes términos (fls. 1 - 35 anexo 1):

Se opone a todas las pretensiones de la demanda, aceptando algunos hechos y afirmando que no le constan los restantes, ateniéndose a lo probado en el proceso. Como argumentos de la defensa afirma que los mecanismos jurídicos con que contaba el gobierno para controlar la captación no autorizada fueron burlados, razón que llevó a la declaratoria de emergencia social mediante Decreto 4333 de 2008, y conjurada mediante los restantes decretos, decretos legislativos que sólo tienen control de constitucionalidad automático por parte de la Corte Constitucional, control que se efectuó en sentencia C - 135 de 2005, declarando la exequibilidad de las medidas. Quedando así *"descartada cualquier acusación de falla en el servicio estatal por omisión en el ejercicio de facultades ordinarias de todas las entidades estatales, policivas, locales, administrativas, fiscales y judiciales que tuviesen alguna ingerencia (sic) en el control de la actividad de captación masiva de recursos del público sin autorización legal"*. (fl. 7 anexo 1)

Se refiere a la naturaleza de la Superintendencia de Sociedades como organismo técnico adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por el cual el Presidente de la República ejerce funciones administrativas de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles (Ley 222 de 1995 art. 82 subsiguientes, Decreto Ley 1080 de 1996 y Decreto 4350 de 2006). Afirma que antes de las facultades que le otorgó los citados decretos de emergencia, sus funciones eran exclusivamente de *"control subjetivo, dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, sin que le fuera posible con base en sus facultades de inspección, vigilancia y control regular la actividad misma de las empresas, es decir no tiene control objetivo, como sí existe en otros entes de supervisión"* así, que no tenía competencia para intervenir, investigar y sancionar, las actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público; atribuciones que le fueron conferidas a raíz de la declaratoria de emergencia, fecha a partir de la cual se adelantó la toma de posesión de la sociedad.

Se refiere a la investigación administrativa adelantada en contra de DMG Grupo Holding S.A., en el año 2008, que culminó con la Resolución 341-004255 del 16 de octubre de 2008, *"mediante la confirmación de los cargos formulados"*, identificándose por parte de DMG una conducta de recepción de recursos del público por la modalidad de tarjetas prepago y el hecho notorio de ofrecimiento de beneficios y rendimientos sin explicación financiera razonable. Frente a estos hallazgos la superintendencia sólo tenía la facultad de imponer multas sin poder intervenir eficazmente en la operación de captación masiva. Que la captación masiva por parte de la Sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. había iniciado en el mes de septiembre de 2007, ya que por fecha se había intervenido a GRUPO DMG S.A. ordenando la suspensión de las actividades, pero esta última de manera inmediata trasladó la operación a la primera. Finalmente, sostiene que los demandantes no presentaron prueba fehaciente de haber resultado perjudicados por la captación no autorizada, en cuanto aportaron simples copias de las tarjetas en las cuales no consta ni el nombre del perjudicado, ni la fecha ni el monto entregado; que es con el proceso de toma de posesión que aún no ha culminado que se conocerán, luego de un cotejo de la contabilidad, las personas afectadas con la operación y por ello en ese momento se constituirá el grupo de damnificados. Afirma que los demandantes no probaron pertenecer al mismo grupo, en cuanto se refieren a los dineros depositados en el 2008 en la sociedad Grupo DMG S.A., cuando para la fecha se había ordenado la suspensión de captación de dineros al público.

Alega que *"no puede pretenderse que a través de un proceso iniciado con ocasión de una acción de grupo mi mandante indemnice a los demandantes en tanto que mediante Decreto 4333 de 2008 el Gobierno Nacional estableció el procedimiento específico para el efecto"*.

Finalmente, extraña una referencia por parte de los demandantes del señalamiento concreto de la normatividad con la que la superintendencia pudo evitar la captación y no la acató.

**Audiencia de conciliación:**

El 18 de febrero de 2010 se llevó a cabo la audiencia de conciliación que prevé el artículo 61 de la ley 472 de 1998, la que se declaró fracasada teniendo en cuenta la inexistencia de ánimo conciliatorio entre las partes (fls. 1519-1520 cuaderno 3).

**Alegatos de conclusión:**

Dentro del término concedido para alegar de conclusión las partes se pronunciaron, así:

**Parte demandante:** En primer lugar, el apoderado de los accionantes, realiza extensas apreciaciones subjetivas respecto de la situación social, política y económica en la que se encontraba el país al momento de la ocurrencia de los hechos, sin precisar las posibles acciones u omisiones y sus fundamentos, en que pudo incurrir la entidad demandada dentro del caso que nos ocupa. (fls. 1711-1737 cuaderno 4)

Posteriormente reitera lo expuesto en la demanda, agregando los elementos que en su parecer configuran en el presente caso la responsabilidad del Estado "(...) el daño, el cual esta (sic) dado por la pérdida de los dineros cargados de tarjetas prepago DMG, en la proyección de los puntos como pago de los honorarios por publicidad voz a voz, y por los intereses monetarios causados por la pérdida de dichos dineros, desde la fecha de pago y hasta la fecha efectiva de pago de la obligación.

En segundo lugar, la imputabilidad de ese daño al Estado, la cual tiene dos alternativas; por omisión de sus funciones de control y vigilancia, frente a la comercialización de bienes y servicios o por acción al realizar la intervención y posterior liquidación de DMG, sin seguir la experiencia de la sana lógica.

En tercer lugar, el daño puede ser producido por un acto o hecho lícito o ilícito. En este caso se configuran las dos alternativas, la licitud de omitir sus funciones y los actos jurídicos de declaratoria de estado de emergencia y posterior intervención y liquidación de DMG (...)" (fl. 1734 cuaderno 4)

**Parte demandada:** La apoderada de la Superintendencia de Sociedades insiste en que quienes entregaron dineros al Grupo DMG S.A. después de la suspensión de captación de dineros ordenados en el año 2007, "lo hicieron a ciencia y conciencia de la existencia de la prohibición expresa de parte del Estado colombiano para que dicha empresa pudiera operar en tal sentido". Luego los perjuicios deben ser asumidos directamente por los demandantes. Remite a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Finalmente, considera que en la demanda no fueron mencionadas las normas supuestamente violadas por la entidad demandada, cuya aplicación hubiese evitado la captación masiva e ilegal de dinero; agrega que el hecho de la inscripción de las sociedades captadoras en las Cámaras de Comercio no otorga confianza legítima respecto de su legitimidad. (fls. 1697-1710 cuaderno 4)

**Sentencia apelada** (fls. 1757-1769)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circulo Judicial de Tunja, mediante providencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), negó las pretensiones de la demanda. Luego de verificar los requisitos de procedencia de la acción, abordó el problema jurídico delimitado en los siguientes términos "establecer si LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES es responsable de los perjuicios causados al grupo accionante, bien sea por haber ordenado la intervención y posterior liquidación de la sociedad

comercial D.M.G. o bien al no haberla intervenido oportunamente y con ello haber permitido su operación por varios años" (fl. 1761 vto); realizó un estudio de las funciones de la superintendencia en materia de inspección, control y vigilancia de las sociedades así como de sus actuaciones respecto de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. para concluir que la demandada "con anterioridad a la expedición del Decreto 4334 de 2008 la entidad no contaba con instrumentos o facultades que le permitieran la intervención de la sociedad comercial D.M.G. con el fin de impedir la captación de recursos del público a través de la venta de tarjetas prepago (...)" (fl. 1769). En cuanto a la responsabilidad de la superintendencia por la intervención de la sociedad, consideró el juez de instancia que la legalidad de la medida debe discutirse mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

### Recurso de apelación (fls. 1771-1797)

Mediante escrito presentado oportunamente el apoderado de los accionantes presentó recurso de apelación en contra de la sentencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), solicitando su revocatoria, reiterando lo expuesto en la demanda y en el escrito de alegatos de conclusión.

Concluye afirmando "el juzgado no puede manifestar que se debe solicitar la nulidad de dichos actos administrativos, cuando el objeto del proceso es el reconocimiento de los perjuicios causados, por la omisión en la vigilancia y por la intervención misma, partiendo del principio de la confianza legítima, dado que el decreto de conmoción le otorgó dichas facultades y la superintendencia debió tener el supuesto de hecho para realizarla, y no como por arte de magia, por la expedición de los decretos de conmoción (...)" (fl. 1796)

En escrito de alegatos de conclusión presentado por el recurrente en el trámite de segunda instancia, remite a los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación (fls. 1845-1846).

Por su parte, la entidad demandada presentó memorial de alegatos de conclusión, señalando que el recurrente no ataca de fondo las consideraciones de la sentencia apelada; insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y de los alegatos de conclusión de primera instancia. Considera improcedente la acción de grupo para la reclamación, manifestando que para ser efectiva la misma, por parte de quienes entregaron dineros a los entes captadores no autorizados, fue determinado por el decreto 4334 de 2008 y el decreto 1910 de 2009, que remiten al proceso de liquidación oficial de dichos entes de conformidad al proceso establecido en la ley 1116 de 2006; luego dicha situación no corresponde ser ventilada a través de una acción de grupo, sino que corresponde dilucidarse, ya sea a través de la intervención o de la liquidación oficial del ente captador no autorizado (fls. 2018-2036)

## II. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el Recurso de Apelación, la Sala considera necesario realizar algunas apreciaciones respecto del mismo, teniendo en cuenta que el apelante en el escrito visible a folios 1771-1797 del expediente, éste **tan solo reiteró** los planteamientos expuestos en la demanda y en los alegatos de primera instancia, tanto es así que en el escrito referido solicitó la revocatoria de la Sentencia

supuestamente apelada; sin embargo, no manifestó los argumentos de inconformidad respecto de la misma.

### DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El artículo 37 de la Ley 472 de 1998, establece:

*"El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente. (...)"*

Por su parte el artículo 350 del C. de P. C., respecto de los fines e interés para interponerla la Apelación, prescribe:

*"El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme.  
Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia; (...)"*

De la misma manera, en cuanto la procedencia del Recurso de Apelación y su oportunidad y requisitos, los artículos 351 y 352 ibidem, a la letra prevén:

*"Art. 351.- (...) Son apelables las sentencias de primera instancia, excepto (...)."*

*"Art. 352.- (...) El recurso de apelación deberá interponerse ante el juez que dictó la providencia, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres días siguientes. (...)"*

*Parágrafo 1.- El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolver, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia. (...)"* (negrilla fuera de texto)

La apelación, se constituye en el más importante y utilizado de los recursos ordinarios, puede definirse, siguiendo a Lino E. Palacio (*Derecho Procesal Civil. T. V, Pág. 81*), como *"el remedio procesal encaminado a lograr que un órgano judicial jerárquicamente superior con respecto al que dictó una resolución que se estima injusta, la revoque y reforme, total o parcialmente."* Esto tiene importancia con respecto a la cuestión de dilucidar qué es lo que se ataca en la apelación, si sólo el fallo o también los considerandos.

Como ya lo hemos puntualizado, se trata del remedio impugnativo por excelencia, mediante el cual se procura revocar y sustituir una decisión judicial, labor que es llevada a cabo por un superior jerárquico y a solicitud de parte. En esta vía recursiva, como en cualquier otra, la pretensión que constituye su objeto se dirige a privar de eficacia jurídica a una decisión judicial, o sea, a desarticular el resultado procesal obtenido anteriormente y a reemplazarlo por otro.

### DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.

Respecto de la sustentación del Recurso, ésta debe entenderse como la oportunidad del interesado para restringir los perfiles de su impugnación, a partir de la situación creada con el fallo de primer grado cuando el recurrente cuenta con

una información más precisa acerca de los lindes de la controversia, y esa facultad del apelante para restringir la polémica viene de que **es al afectado a quien corresponde dar fisonomía a su reclamo y no puede ser sustituido en esa tarea por el juez**, pues el acto de impugnación constituye una conducta procesal que traza al juzgador los perfiles de la decisión y señala a la contraparte los márgenes definidos sobre los cuales discurrirá el debate en la segunda instancia, lo que implica que el impugnante tiene la insustituible labor de moldear los límites de la controversia en apelación, pues el juez de segunda instancia no puede suplantar a la parte interesada en la labor de determinar el alcance de la protesta o para fijar a su antojo qué es "lo desfavorable" al recurrente. De lo anterior, puede inferirse que la exigencia legal de sustentar el recurso de apelación, reserva al recurrente la tarea de denunciar explícitamente los aspectos de la decisión de primera instancia que le resultan desfavorables e implica que el impugnante tiene la opción de descartar algunas aristas de la decisión, siempre y cuando tales restricciones se deriven nitidamente del contenido de la sustentación. En el fondo, de lo que se trata, es de poner dique al poder del juez de segundo grado para que éste no pueda irrumpir con su particular criterio para edificar una impugnación que el recurrente no hizo.

Puestas las cosas en esta perspectiva, ha de admitirse que el recurso de apelación tiene un objeto genérico tratado en el artículo 350 del C. de P. C. y un objeto específico y concreto definido, ya no por el legislador sino por el propio recurrente.

Y en ese propósito de dar contornos al objeto del recurso, presta su concurso definitivo el artículo 352 ibidem, que según la reforma que introdujo la Ley 794 de 2003, establece la necesidad de sustentar la inconformidad, pues de ese modo se confía y se ordena a la parte fijar el objeto del recurso de apelación. Pero además del deber general de sustentación, reeditado en la reforma de 2003, la regla comentada establece que para dicha sustentación es suficiente expresar "*las razones de su inconformidad con la providencia*", y de ese modo, el recurso de apelación tiene un objeto delimitado, de modo que la inclusión de las razones de inconformidad, deja zonas del litigio fuera de la impugnación, a las cuales el juez no puede acceder mediante una actividad inquisitiva que le permita sustituir al recurrente en la delimitación del objeto del recurso. Entonces, la trascendencia de la sustentación del recurso se soporta en que el propio recurrente es insustituible en la labor de medir el malestar frente a la sentencia recurrida, porque aquél es quien sabe, como el que más, la dimensión y extensión de su inconformidad.

Así las cosas, se concluye en que el recurso de apelación -lo ha reiterado la Sala- **se respalda en el cuestionamiento de los motivos** que indujeron al juez a dictar la providencia cuestionada; su finalidad es la de corregir eventuales errores judiciales, constituyendo un verdadero desarrollo del principio procesal de la doble instancia, pero el conocimiento, estudio y decisión de la impugnación está sujeta a que la providencia recurrida (sentencia o auto) **sea sustentada**, para de esta forma confrontar la providencia impugnada con la sustentación del recurso, por cuanto ésta última fija el objeto de inconformidad por parte del apelante.

En virtud a lo anterior, no le queda duda a la Sala que el Recurso de Apelación debe ser sustentado por el apelante en debida forma, pero es claro, que este requerimiento no fue cumplido por aquel; sin embargo, por tratarse de una Acción

de Grupo, Acción Constitucional, y en aras de garantizar el Acceso a la Administración de Justicia, se procederá a resolver de fondo el asunto, pese a que el recurso no fue sustentado en debida forma, no sin antes precisar que el pronunciamiento definitivo se realizará respecto del material probatorio recaudado, con el objeto de determinar si se debían o no negar las pretensiones de la demanda.

### PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es responsable la Superintendencia de Sociedades por acción u omisión, con ocasión de la presunta falta o falla en el servicio, respecto del cumplimiento de sus funciones frente a la vigilancia y control sobre las actuaciones ejecutadas por el GRUPO DMG S.A.?

### DEL MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO.

La Sala destaca las pruebas que a continuación se relacionan:

1. Copia simple de los Decretos No. 4333 del 17 de noviembre de 2008 (fl. 894-896 cuaderno 2); 4334 del 17 de noviembre de 2008 (fl. 897-905 cuaderno 2); 4449 del 25 de noviembre de 2008 (fl. 906-907 cuaderno 2); 4450 del 25 de noviembre de 2008 (fl. 908-909 cuaderno 2); 4591 del 04 de diciembre de 2008 (fl. 910-913 cuaderno 2); 044 del 14 de enero de 2009 (fl. 914-916 cuaderno 2).
2. Copia simple del oficio No. 114000 suscrito por el Director Legal para Intermediarios Financieros de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través del cual se envía a la Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Marta y Montería, copia auténtica de la resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007, mediante la cual, esa Superintendencia adoptó unas medidas cautelares respecto de la Sociedad GRUPO DMG S.A., con el objeto de hacer la respectiva inscripción en el registro mercantil.

En el mismo oficio se aclara que la medida de *"SUSPENSIÓN INMEDIATA solo cubre las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público en forma masiva y habitual mediante el mecanismo de venta de las Tarjetas Prepago DMG", pero no se extiende a las demás actividades comerciales que realiza la citada sociedad Grupo DMG S.A. en desarrollo de su objeto social. (...)* (fl. 1025-1026 cuaderno 2)

3. Copia simple de las quejas presentadas ante la Procuraduría General de la Nación por el abogado GERMÁN GUEVARA OCHOA, contra la Superintendencia Financiera por permitir el funcionamiento de la Sociedad DMG que al parecer realiza lavado de activos en Colombia (fl. 1033-1037 cuaderno 2)
4. Copia simple de la Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007, por medio de la cual la Superintendencia Financiera de Colombia adopta medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG S.A., resolviendo: *"ARTICULO PRIMERO. ORDENAR a la sociedad GRUPO DMG S.A., (...), la SUSPENSIÓN INMEDIATA de las operaciones consistentes en la recepción de dineros*

del público mediante el mecanismo de venta de Tarjetas Prepago DMG., en razón a que por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta Resolución, dicha actividad constituye una forma de captación masiva y habitual de dineros del público, sin contar con la debida autorización. **ARTICULO SEGUNDO. ORDENAR** a la sociedad GRUPO DMG S.A., (...), la **DEVOLUCIÓN** de la totalidad de los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de las Tarjetas Prepago DMG, cualquiera sea su modalidad, conforme al plan y plazo que se convenga con esta Superintendencia. **ARTICULO TERCERO. ORDENAR** a la sociedad GRUPO DMG S.A. la presentación ante esta Superintendencia, (...), de un plan de desmonte y devolución de los dineros captados ilegalmente. (...), **ARTICULO QUINTO. ORDENAR** la publicación de por lo menos un aviso en un diario de circulación nacional y/o en uno regional según lo requieran las circunstancias, en el cual se prevenga al público en general de que la sociedad GRUPO DMG S.A. no se encuentra autorizada para captar dineros del público en forma masiva y habitual, (...)" (fl. 1073-1093 cuaderno 2)

5. Copia simple del certificado de existencia y representación GRUPO DMG S.A. (fl. 1191 – 1193 cuaderno 2)
6. Copia simple del certificado de cancelación de matrícula del establecimiento de comercio denominado "producto naturales DMG Megaeventos" (fl. 1194 cuaderno 2)
7. Oficio SGO-1010237 del 30 de marzo de 2010 suscrito por el Secretario de Gobierno del municipio de Duitama, por medio del cual se da respuesta al oficio No. 02019 del 24 de marzo de 2010 emitido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Tunja, remitiendo copia auténtica de las diligencias adelantadas por ese Despacho en relación con el funcionamiento de la empresa DMG GRUPO HOLDING (fl. 1558-1594 cuaderno 4).
8. Oficio No. J4E-0600-10 del 7 de abril del 2010, proveniente del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, por medio del cual remite copia auténtica del fallo del 16 de diciembre de 2009, en contra de David Eduardo Helmut Murcia Guzmán, comunicando que la citada providencia fue objeto de apelación cuyo recurso se esta surtiendo en la sala penal del Honorable tribunal de Bogotá (fl. 1599 cuaderno 4 y anexo 10)
9. Informe rendido por escrito y bajo la gravedad de juramento por el Superintendente de Sociedades sobre la supervisión especial que desde el 30 de enero de 2008 ejerció al grupo DM HOLDING S.A. (fl. 1563-1569 cuaderno 4)
10. Oficio 220-023020 del 16 de abril de 2010, suscrito por el Superintendente de Sociedades, por medio del cual se da respuesta al oficio No. 02020 del 24 de marzo de 2010 emitido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Tunja, remitiendo copia de la actuación administrativa adelantadas por ese Despacho respecto a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. con anterioridad a la expedición de las normas que ordenaron su intervención (fl. 1571-1574 cuaderno 4 y anexo 11).
11. Oficio 110010 del 16 de abril de 2010, suscrito por la Coordinadora Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la Actividad Financiera de la

Superintendencia Financiera de Colombia, por medio del cual se da respuesta al oficio No. 02015 del 24 de marzo de 2010 emitido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Tunja, remitiendo copia de la actuación administrativa adelantadas por ese Despacho en ocasión a las actividades realizadas por la sociedad DMG S.A. (fls. 1577-1579 cuaderno 4 y anexo 12).

12. Oficio LJ-LIQ-060 del 21 de abril de 2010, suscrito por la liquidadora del Grupo DMG GRUPO HOLDING S.A. en liquidación judicial, por medio del cual se da respuesta al oficio No. 02021 del 25 de marzo de 2010 emitido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Tunja, remitiendo en medio magnético el listado de 224.892 reclamaciones por concepto de devolución de dinero que trata el decreto legislativo 4334 de 2008. Se aclara que dentro del expediente no se encuentra el medio magnético anteriormente referido. Respecto de la solicitud de las copias auténticas de las copias de los contratos de prestación de servicios suscrito por los tarjetahabientes de DMG, la liquidadora informa que tan solo se encontraron unas pocas proformas del denominado "contrato de prestación de servicios para la distribución de la publicidad persona a persona" en la oficina denominada MEGAEVENTOS, remitiendo copia en tres folios (fls. 1580-1585 cuaderno 4).
13. Oficio LJ-LIQ-062 del 21 de abril de 2010, suscrito por la liquidadora del Grupo DMG GRUPO HOLDING S.A. en liquidación judicial, por medio del cual se da respuesta al oficio No. 02017 del 25 de marzo de 2010 emitido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Tunja, remitiendo informe de las actividades adelantadas con ocasión de la intervención, el cual se extrae de la rendición de cuentas presentado por aquella. (fls. 1586-1588 cuaderno 4).
14. Oficio 420-024994 del 28 de abril de 2010, suscrito por el Coordinador Grupo de Intervenidas de la Superintendencia de Sociedades, por medio del cual se da respuesta al oficio No. 02015 del 21 de abril de 2010 emitido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Tunja, remitiendo auto de apertura del proceso de intervención, auto No. 400014079 y auto No. 420-024569, por medio del cual se ha dado por terminado el proceso de intervención judicial y se ha ordenado la apertura del proceso de liquidación oficial (fls. 1589-1614 cuaderno 4).
15. Oficio LJ-LIQ-085 sin fecha, suscrito por la liquidadora del Grupo DMG GRUPO HOLDING S.A. en liquidación judicial, por medio del cual se da respuesta al oficio No. 02008 del 24 de marzo de 2010 emitido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Tunja, informando *"la competencia para resolver las quejas que se hubieran podido instaurar en contra de la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. EN INTERVENCIÓN, hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, desde el 17 de noviembre de 2008 fecha de inicio del proceso de Intervención en desarrollo del Decreto Legislativo 4334 de 2008 y de mi posesión como Agente Interventora hasta la fecha de la presente, en la que se desarrolla el proceso de liquidación judicial de que trata la Ley 1116 de 2006 y del cual soy Liquidadora, corresponde a la Oficina de Control Interno de la Superintendencia de Sociedades, Superintendencia que me designó inicialmente como*

*Agente Interventora (Auto 400-14079 del 17-nov-2008) y posteriormente como Liquidadora (Auto 420-024569 del 15-dic-2009 confirmado por Auto 400-1119 del 03-feb-2010).*

*Por lo anterior, informo a su Despacho que desde el 17 de noviembre de 2008 y hasta la fecha del presente oficio, la suscrita no ha sido notificada de ninguna queja en contra de esta entidad hoy en liquidación judicial, tramitada por la mencionada Superintendencia de Sociedades, (...).*

*La Sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. fue constituida mediante escritura pública 1238 del 07 de abril de 2006, Notaría 63 de Bogotá, aclarada mediante escritura pública 2162 de la Notaría 63 del 16º de junio de 2006, las cuales fueron inscritas en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 1609898 del 22 de junio de 2006, presunta fecha desde la cual inició su funcionamiento. Los estatutos sociales fueron reformados por escrituras públicas 5139 del 26 de octubre de 2007 y 5274 del 02 de noviembre de 2007, ambas de la Notaría 63 de Bogotá, las cuales fueron inscritas en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá bajo los números 1206736 del 17 de abril de 2008 y 1170425 del 14 de noviembre de 2007, respectivamente.*

*Mediante Oficio 341-092499 del 18 de septiembre de 2008, el cual fue inscrito el 25 de septiembre de 2008 en la Cámara de Comercio de Bogotá, la Superintendencia de Sociedades, informó que la citada sociedad se encontraba sometida al control por esa Superintendencia, según Resolución 351-002359 del 25 de julio de 2008.*

*El 17 de noviembre de 2008, la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-10479 proferido por en desarrollo de los Decretos Legislativos 4333 del 17 de noviembre de 2008 que declaró la emergencia social por la captación no autorizada de dineros del público, 4334 del 17 de noviembre de 2008 y en su momento el 4705 del 15 de diciembre de 2008, establecieron el procedimiento de intervención para conjurar este fenómeno, ordenó la intervención de DMG GRUPO HOLDING S.A.*

*La Superintendencia de Sociedades mediante Auto 420-024569 del 15 de diciembre de 2009 y confirmado por Auto 400-001119 del 03 de febrero de 2009, decreto el inicio de la LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE DMG GRUPO HOLDING S.A., de que trata la ley 1116 de 2006, como consecuencia de la citada Intervención. (...).*

*Informo a su Despacho que, una vez efectuada la evaluación a la documentación obtenida en las inspecciones archivísticas, no ha sido posible obtener información ni física, ni electrónica, de orden contable ni tributario que permita corroborar los soportes mediante los cuales fue presentada la declaración de renta correspondiente al año 2207 o anteriores, y por sustracción de materia no es posible atender lo solicitado en su oficio, sobre el pago de impuestos." (fl. 1615-1617-cuaderno 4).*

## MARCO JURÍDICO

En desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política el Congreso de la República expidió la ley 472 de 1998, cuyo artículo 1º establece que las acciones populares y de grupo están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos. A su turno, los artículos 3º, 46, 47 y 48 de la disposición establecieron lo siguiente:

**"ARTICULO 30. ACCIONES DE GRUPO.** Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.

*La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios"*

**"ARTICULO 46. PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES DE GRUPO.** *Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.*

*La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios. El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas.<sup>2</sup>"*

**"ARTICULO 47. CADUCIDAD.** *Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de los perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo."*

**"ARTICULO 48. TITULARES DE LAS ACCIONES.** *Podrán Presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47. (...) "*~~(subrayado fuera de texto)~~

Ahora bien, en la forma y términos de la reglamentación anteriormente transcrita, los elementos necesarios para la procedencia de la acción de grupo, son los siguientes:

- a) Que el grupo de afectados esté conformado, al menos, por veinte (20) personas.
- b) Que cada una de esas personas, sea natural o jurídica, pertenezca a un grupo y haya sufrido un perjuicio individual.
- c) Que esas personas reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó los perjuicios. Frente a este elemento, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-569 de 2004, al declarar la inexequibilidad de la expresión "*Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*" contenida en el inciso primero de los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, manifestó frente a las condiciones del grupo que:

*de la Judicatura*

*"La acción de grupo fue prevista para aquellos eventos en donde un número plural de personas sufre un menoscabo en sus intereses, sin importar que las personas estuvieran o no previamente agrupadas, pues el hecho mismo de la afectación de sus intereses por una causa común puede llevar a convertirlos en un grupo que reclama sus derechos.*

*"Las acciones de grupo son indemnizatorias para la reparación de daños causados a un número plural de personas, según el artículo 88 de la Constitución; que su objeto, es la protección de un interés de grupo con*

<sup>2</sup> Los apartes subrayados fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-569-04 del 8 de junio de 2004, Magistrado Ponente Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES.

*objeto divisible, frente al cual, el principio de organización, que consultaría la necesidad de la preexistencia de grupo, es irrelevante; y finalmente, que permite incluir la protección de grupos abiertos, compuestos por una multitud de sujetos de difícil determinación e identificación, pero que por el hecho del daño, se constituyen en un grupo de especial entidad social, y adquieren la titularidad para la defensa de un interés. (...)*

d) Que la acción se ejerza únicamente con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios.

e) Que la acción se presente dentro del término legal.

f) Que la acción sea ejercida por intermedio de abogado.

g) Que en la demanda se identifiquen al demandado y a todos los individuos perjudicados. Si la identificación de todos los afectados no es posible, se deben expresar los criterios objetivos para identificarlos y así definir el grupo.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que no es posible definir la naturaleza de las acciones de grupo sin referir su **finalidad**, la cual es **obtener el resarcimiento de perjuicios ocasionados a un número plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas**. En este sentido, la jurisprudencia constitucional en relación con la naturaleza y finalidad de la acción, ha precisado lo siguiente:

*"Para la Corte, el inciso acusado (inciso segundo del artículo 3° de la Ley 472 de 1998) no hace más que desarrollar el contenido del inciso segundo del artículo 88 de la Carta Fundamental, según el cual la ley "regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas", que es lo que la doctrina ha definido como las acciones de grupo, cuyo objeto no es otro que el especificado en el precepto demandado: obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios por los daños producidos a un derecho o interés colectivo.*

*"Adicionalmente, y como se expuso en las consideraciones generales, la diferencia sustancial entre la acción popular y la de grupo es que la primera pretende la protección de los derechos e intereses colectivos, mientras que la segunda persigue la reparación de un perjuicio por un daño común ocasionado a un número plural de personas"<sup>3</sup>. (se adicionan negrillas y la nota entre paréntesis).*

En igual sentido ha señalado:

*"Las acciones de grupo están orientadas a resarcir un perjuicio proveniente del daño ya consumado o que se está produciendo, respecto de un número plural de personas. El propósito es el de obtener la reparación por un daño subjetivo, individualmente considerado, causado por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares. Se insiste en este punto sobre la naturaleza indemnizatoria que evidencian las mismas, la cual configura una*

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

*de sus características esenciales, así como en el contenido subjetivo o individual de carácter económico que las sustenta.*<sup>3</sup> (negrilla fuera de texto)

Por otra parte, la acción de grupo no está prevista exclusivamente para reclamar daños que tengan origen en la amenaza o vulneración de derechos colectivos, ni el artículo 88 constitucional, como tampoco la Ley 472 de 1998 restringen su procedencia para la protección de derechos subjetivos. Es así como, a través de esta acción, puede alegarse la violación de derechos subjetivos de origen constitucional o legal, siempre que se demuestre la existencia de un perjuicio. La jurisprudencia constitucional así lo ha interpretado:

*"En cuanto se refiere a las acciones de clase o de grupo, hay que señalar que éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre -a diferencia de las acciones populares- la existencia y demostración de una lesión o perjuicio, cuya reparación se reclama ante el juez."* (negrilla fuera de texto)

En conclusión, la acción de grupo, por su naturaleza indemnizatoria, tiene como finalidad exclusiva el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios originados tanto por la vulneración de derechos colectivos, como de derechos subjetivos de origen constitucional o legal.

De acuerdo con esta normatividad, las acciones de grupo tienen carácter constitucional y están instituidas para obtener la indemnización de perjuicios causados a un número plural de personas, cuando la causa de los perjuicios sean unos mismos hechos. Sobre las principales características de esta clase de acciones, la Corte Constitucional ha señalado:

*"De otra parte, se consagraron en el ordenamiento superior, las acciones de grupo o de clase (art. 88, inciso segundo, C. P.), las cuales se originan en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue. En este caso, se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de class action."*

(...)

*En cuanto se refiere a las acciones de clase o de grupo, hay que señalar que éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre -a diferencia de las acciones populares- la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante el juez. En este caso, lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que*

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1062 de 2000.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

*el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva.<sup>6</sup>*

Respecto a los requisitos del grupo, el Honorable Consejo de Estado, ha señalado:

*"Uno de los requisitos esenciales para que proceda la acción de grupo es que el conjunto de personas que se presentan como actores esté conformado por un mínimo de 20 personas, que cada uno de ellos haya sufrido un perjuicio individual y, que esas personas reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó los perjuicios, así como también en relación con todos los elementos que configuran la responsabilidad.*

*A partir de lo preceptuado en los artículos 3º y 46 de la Ley 472 de 1998, esta Sala ha deducido que el grupo debe existir con anterioridad al daño causado, por cuanto, una y otra de esas disposiciones establecen que los integrantes del respectivo grupo deberán reunir condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó los perjuicios y de los elementos que configuran la responsabilidad.<sup>6</sup> (negrilla fuera de texto)*

La finalidad de la Acción Constitucional de Grupo, se refiere a atender un interés social, que rebasa el meramente individual o la acumulación de intereses individuales. Con fundamento en el principio constitucional de la solidaridad, esta acción colectiva involucra a un grupo de personas que ha sufrido daño proveniente de una causa común, para acudir a la justicia en condiciones favorables y con sujeción a trámites que permitan resolver la petición indemnizatoria con mayor celeridad. Aquí los intereses subjetivos al ser homogéneos, legitiman la actividad grupal en procura de obtener el debido resarcimiento como consecuencia de la lesión causada a un bien jurídico protegido y afectado por un daño consumado o que se está produciendo.

De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha identificado como características de la acción de grupo, las siguientes:

- i) *No involucran derechos colectivos. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica una actuación judicial conjunta de los afectados;*
- ii) *En principio, por tratarse de intereses individuales privados o particulares, los criterios de regulación deben ser los ordinarios;*
- iii) *Los mecanismos de formación del grupo y la manera de hacer efectiva la reparación a cada uno de sus miembros deben ser regulados de manera especial, con fundamento en la norma constitucional, atendiendo a las razones de economía procesal que inspiran su consagración en ese nivel.<sup>7</sup>*

<sup>5</sup> Sentencia C- 215 de 1999 M. P. Dra. MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

<sup>6</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M. P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 29 de enero de 2004. Radicación AG200190003.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999, M.P. Dra. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

Aun cuando no lo expresa la Ley, los daños deben tener el carácter de antijurídicos, de acuerdo con lo previsto por la carta política en su artículo 90, que a la letra establece:

*"ARTICULO 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."*

Admitido que en Colombia las Acciones de Grupo, lamentablemente, solo permiten obtener la indemnización de perjuicios individuales causados a un grupo de 20 personas o más, es preciso delimitar el alcance del concepto **indemnización**. En efecto, es fácil entender como indemnización lo que se cobra por daños a las cosas o a las personas, o a las actividades económicas o empresariales.

Los elementos que configuran la responsabilidad a que hacen alusión las normas transcritas deben ser demostrados por los demandantes y son: la acción u omisión generadora del daño; el daño; y el nexo causal entre éste y aquéllas, en relación con el daño es de anotar que si el objeto de la acción es obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados al grupo, **el daño debe aparecer plenamente demostrado en el proceso, porque de lo contrario el sentenciador no podrá ordenar su reparación.**

Para la Sala no existe duda respecto de las condiciones uniformes de los demandantes, puesto que en su calidad de participantes mantuvieron un vínculo con el GRUPO DMG S.A. y en esa misma calidad intentaron la presente acción de grupo, alegando que resultaron perjudicados con la expedición del Decreto 4333 de 2008, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Social y el Decreto 4334 de 2008 por medio del cual el Gobierno Nacional por conducto de la Superintendencia de Sociedades declara la intervención, 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.

Inicialmente la Sala observa que en la apelación el demandante-recurrente sostiene que los hechos dañinos imputados a los entes demandados son, además de la intervención, la falla del servicio en la vigilancia, control e inspección por parte de la Superintendencia de Sociedades, que generó un detrimento patrimonial a los accionantes.

Para el caso es importante verificar si el daño se deriva de la intervención al GRUPO DMG S.A., pues debe tomarse en cuenta que mediante el respectivo acto administrativo, el Gobierno Nacional ordenó aplicar el procedimiento previsto en el Decreto 4334 de 2008 y así entonces, dada la necesaria conexidad que existe entre la toma de posesión y el objeto de la misma, es obvio que hasta tanto no

culmine el respectivo proceso no podrá determinarse si con la toma de posesión los participantes sufrieron daños y el quantum de los mismos.

La Resolución 1634 de 2007 constituye una prueba determinante de cuyo contenido llama la atención lo que allí se consigna respecto de las actividades de seguimiento realizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tales como: las visitas de inspección por parte de ese ente y medidas de prevención al público, examen de la información contable obtenida en la tercera visita de inspección a la sede administrativa, resultados de las visitas a algunas oficinas de venta de tarjetas prepago, resultados de las declaraciones recibidas al presidente y representante legal y funcionarios del GRUPO DMG S.A., otras fuentes de información sobre la captación mediante ventas de tarjetas prepago DMG, supuestos normativos de la captación masiva y habitual, configuración y demostración de la captación masiva y habitual en el caso que nos ocupa, etc.; actividades que en principio permiten constatar que la compañía vigilada tuvo varias oportunidades para mejorar su situación de deterioro que culminó con la medida de intervención, cuyo objeto primordial, mientras no se demuestre lo contrario, fue proteger la estabilidad del sistema financiero y la confianza pública y además los derechos de los participantes en ella, de acuerdo a la normatividad prevista para tal fin.

La Sala considera, que hasta tanto no culmine el proceso de intervención y liquidación no será posible determinar el presunto daño a reconocer y de ser así, si se les será reconocido y cancelado total o parcialmente; solo hasta ese momento podrá determinarse si en realidad se configura algún daño y en consecuencia si su reparación es procedente; pues nadie puede asegurar que una vez culminado el referido proceso los acreedores resulten sin saldo a su favor y que además se les reconozca y pague desvalorización monetaria, teniendo en cuenta que en el trámite de la intervención liquidatoria figuran entre otras, las siguientes etapas de carácter preclusivo: emplazamiento de quienes tengan reclamaciones, plazo para presentarlas, traslado y decisión de las mismas; cancelación del seguro de depósito; restitución de sumas y bienes excluidos de la masa de la liquidación; pago de los créditos a cargo de la masa de liquidación; reconocimiento de desvalorización monetaria etc.

Al resolver un asunto similar al sub-lite el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, manifestó:

*"La Sala confirmará la providencia objeto del recurso de apelación, teniendo en cuenta que la misma se fundamenta en los criterios y razonamientos jurídicos expresados por la Corporación en las diferentes ocasiones, en las que ha tenido oportunidad de examinar situaciones similares a la que ahora se estudia. Cabe recordar entre estas, las sentencias de 16 de marzo de 1989, Expediente 5393; de 25 de mayo de 1990, Expediente 5739; 4 de marzo de 1994, Expediente 6698; 17 de febrero de 1994, Expediente 6783; 27 de octubre de 1994, Expediente 9763 y, más recientemente, del 7 mayo de 1998, Expediente 10397, en la cual se dijo:*

*'En efecto, la Sala considera pertinente reiterar la pauta jurisprudencial fijada en sentencia proferida el 27 de octubre*

de 1994, expediente 9763, actor: Osvaldo Pomar y Otra, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta, la cual expresó:

'A) El fallo impugnado será revocado, y, en su lugar, se proferirá decisión INHIBITORIA, reiterando así la pauta jurisprudencial que se recoge en varios fallos, entre ellos, el calendado el día 31 de octubre de 1991, Expediente No. 6332, Actor, SOC. MASTER INTERNATIONAL CUSTOMS LTDA, en el cual se lee:

'B) Para la Sala las circunstancias legales y particulares del caso no son nuevas, pues sobre su alcance jurídico ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones, **llegando a la conclusión de que mientras no se demuestre EL DAÑO, la demanda no tiene vocación de prosperidad.** Así, en sentencia de 16 de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), Expediente Nro. 5393, Actor: José Dolores Bautista y otros, Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo, se discurrió dentro del siguiente temperamento:

'Siguiendo las orientaciones jurisprudenciales contenidas en las sentencias proferidas en los procesos- números 4266 y 3117 por los señores Consejeros Jorge Valencia Arango y Julio Cesar Uribe Acosta, respectivamente, éste despacho en el proceso No. 4330 (Actor: Andrés Gamarra), caso similar al planteado en el sub-lite, **desestimó las peticiones de la demanda con la tesis de que el perjuicio era hipotético e incierto y que además no habían sido aportados los títulos valores en su original, única forma de hacerles producir los efectos jurídicos propios de su ejecutabilidad.**

'Ahora bien: La Sala estima que este fallo será inhibitorio y no de fondo. Por este motivo no entra a reestudiar si esos depósitos a término constituyen títulos valores y si se pueden aportar en copias al proceso. En cambio, la tesis de la petición antes de tiempo si se reitera en esta oportunidad.

'La actuación cumplida por la Superintendencia Bancaria con anterioridad a la demanda inicial de este proceso y de que dan cuenta los hechos, no significa aún la culminación del proceso de liquidación de la persona demandante, ni impide su continuación.

de la Judicatura

En otras palabras, son actuaciones o trámites no definitivos, no impugnables todavía ante la jurisdicción administrativa, por impedirlo así el art. 84, inciso 4º. del C.C.A. y por no tratarse de los casos de excepción allí indicados.

'No es atendible la argumentación dada por la parte demandante en el sentido de que como la acción es de reparación directa por hechos u omisión de la administración, no es aplicable la tesis relacionada con los actos administrativos y su correspondiente acción de restablecimiento, porque es evidente que la ocurrencia o no de los perjuicios está íntimamente vinculado con el proceso de liquidación del ente comercial demandante, hasta el punto de que sólo una vez liquidado se sabrá si los dueños de los títulos valores sufren un daño cierto y real y en qué cuantía.

21

20

*'Se hace el cambio de jurisprudencia porque la decisión de fondo produciría cosa juzgada material sobre la responsabilidad estatal y podría entorpecer en esta forma, la eventual acción que podría intentarse luego de la culminación del mencionado proceso de liquidación. En otros términos, sólo cuando termine la liquidación de la persona intervenida se sabrá a ciencia cierta que perjuicio se produjo y su magnitud. Mientras tanto ese daño posee una indiscutible nota de incertidumbre que impide su reconocimiento'. (fls. 12 a 13 sentencia citada)'*

*'B) La Sala destaca los esfuerzos del apoderado de la parte actora orientados a que por la Sala se cambie la jurisprudencia que ha sentado sobre la materia. Ocurre, sin embargo, que en el caso subexámine el PERJUICIO NO ES CIERTO, sino meramente hipotético o eventual, realidad que determina al sentenciador a proferir decisión INHIBITORIA, con lo cual queda abierta la puerta para que los demandantes, de concretarse en el futuro el PERJUICIO, hagan valer sus derechos subjetivos. En la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio.*

*'Dentro de esta perspectiva, el Profesor Jorge Peirano Facio, enseña:*

*'En repetidas oportunidades nuestra jurisprudencia ha sentado el principio de la certidumbre de los perjuicios... que el perjuicio debe ser CIERTO en el sentido de que se funde en un hecho real y preciso, y no en meras hipótesis...'* (Responsabilidad Extracontractual. Editorial Temis, 1981, pág. 365).

*'C) La Sala valora y aprecia los reparos que el aquo le hace a la jurisprudencia de la Corporación, pues es un aporte interesante al estudio de la materia. La magistratura debe proceder así cuando considere que las perspectivas jurídicas que tiene el ad-quem no encuadran dentro de sus esquemas o formación jurídica. El mundo del derecho es esencialmente complejo, habida consideración de que no es el de SER, sino el del DEBER SER. Esta verdad filosófica permite manejar las discrepancias dentro de un universo de seriedad, tolerancia y respeto. Sólo así será posible reivindicar la tarea del juez, que no tiene por qué ser una FOTOCOPIA de las decisiones del superior'.*

*'De acuerdo con lo anterior, y dado que no se encuentra demostración en el proceso de que el trámite de liquidación definitiva de la Cooperativa Central de Distribución - Cocentral Ltda., haya culminado en su totalidad, es imposible conocer con certeza la situación en que se encuentra el crédito perteneciente a la empresa demandante, de donde resulta que el*

*pretendido daño no podría ser indemnizado, en razón a que el mismo se haya en el campo de lo hipotético o eventual".<sup>8</sup>*

El caso decidido mediante la providencia parcialmente transcrita es similar al que se analiza en el presente, pues en uno y otro los demandantes aspiran a que se declare la responsabilidad de la entidad accionada (Superintendencia de Sociedades) y que se ordene el resarcimiento de los presuntos perjuicios causados con la expedición de los correspondiente actos administrativos, mediante los cuales se ordenó la intervención, toma de posesión para liquidación de los bienes, haberes y negocios de las entidades sobre el GRUPO DMG S.A. y como en el caso que nos ocupa el respectivo proceso de intervención y liquidación se encuentra en curso, no es posible determinar los presuntos daños causados a los demandantes, si será posible que se les cancele total o parcialmente su acreencia y hasta que ello no ocurra tampoco podrá determinarse el perjuicio y la cuantía del mismo.

En esas condiciones esta Sala prohíja el criterio sentado en la providencia transcrita y con base en él y en las razones fácticas y jurídicas expuestas, procederá a confirmar la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Tunja.

En conclusión, para el caso, no probada ninguna de las conductas imputadas y no probado el daño, el fallo apelado, que fue negativo a las pretensiones de la demanda, se confirmará pero bajo las consideraciones expuestas en la presente Sentencia.

En mérito a lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N°. 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMASE** la Sentencia apelada del dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Sentencia.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, por Secretaria comuníquese a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C. C. A., modificado por el artículo 62 de la Ley 1395 de 2010 y de ello déjese constancia.

<sup>8</sup> Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Actor: Empresa de Energía del Quindío contra el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Radicación número: 11811.

23 201

**ACCIÓN:** Grupo  
**DEMANDANTE:** José Moisés González González  
**DEMANDADO:** Nación - Superintendencia de Sociedades  
**RADICACIÓN No.:** 150013133002200900115-01

**TERCERO:** Efectuado lo anterior devuélvase el expediente a la oficina de origen y de ello déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

**COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.**

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

1

RAMA JUDICIAL

JAVIER ORTIZ DEL VALLE

LUISA MARIANA SANDOVAL MESA

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Consejo Superior  
de la Judicatura

24 2063



Tribunal Administrativo de Boyacá  
Secretaria

**NOTIFICACIÓN AL SEÑOR PROCURADOR 46 EN LO JUDICIAL  
ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Hoy 20 OCT 2011, el suscrito Secretario  
del Tribunal Administrativo de Boyacá, notifica personalmente el fallo  
anterior al señor Procurador judicial 46, quien impuso su firma.

EL NOTIFICADO,

RAMA JUDICIAL  
DR. LUIS HERNANDO DUARTE MONTAÑA  
PROCURADOR JUDICIAL 46  
REPUBLICA DE COLOMBIA

LA SECRETARIA,

LAURA JOHANNA CABARCAS CASTILLO  
SECRETARIA  
de la Secretaria

RAD. 2009-0115-01.