



Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015).

Radicación: 250002325000 2000-9014 05
Actor: International Coal Financial Fondo Individual de Capital Extranjero S.A.
Demandados: Superintendencia Bancaria, Banco de la República y Fogafin
Referencia: Acción de grupo

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de mayo de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección A, que declaró probada la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, se inhibió para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

Debido a las dificultades financieras presentadas por la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda –Granahorrar-, el 2 de octubre de 1998 la Superintendencia Bancaria profirió una orden de capitalización que debía cumplirse antes de las 15 horas del 3 de octubre de 1998. Dado el incumplimiento de dicha orden, ese 3 de octubre el Fondo de Garantías de

Instituciones Financieras –Fogafin- ordenó al representante legal de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda-Granahorrar reducir nominalmente el capital social y, por ende, el valor nominal de las acciones. El grupo constituido por los accionistas de la compañía pretende ser indemnizado por la pérdida del valor de sus acciones. El mismo grupo de accionistas interpuso otra acción de grupo para solicitar una indemnización semejante, sin embargo, dicha acción fue interpuesta única y exclusivamente en contra de la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. La Sociedad International Coal Financial–Fondo Individual de Inversiones de Capital Extranjero, en nombre de todas las personas naturales y jurídicas que ostentaban la calidad de accionistas de Granahorrar el 3 de octubre de 1998 y en ejercicio de la acción de grupo consagrada en el artículo 88 de la Constitución, desarrollado por la Ley 472 de 1998, interpuso **demanda** el 25 de septiembre de 2000 en contra de la Superintendencia Bancaria, el Fondo de Garantía de Instituciones Financieras y el Banco de la República (f. 1–95, c.1), con el fin de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1. PRETENSIONES PRINCIPALES.

1.1 Que se declare que el BANCO DE LA REPÚBLICA, LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS-FOGAFIN son responsables por el daño causado a los integrantes del grupo demandante por el conjunto de actos, hechos, decisiones, operaciones administrativas, omisiones, actos de trámite y de ejecución, que culminaron con la orden de capitalización emitida por la Superintendencia Bancaria dirigida a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, de fecha 2 de octubre de 1998, y la orden de reducción del valor nominal de la acción, y ejecución de la misma, emitida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y dirigida a la misma Corporación, de fecha 3 de octubre de 1998, los cuales causaron perjuicio a los accionistas de la Corporación de Ahorro y

Vivienda Granahorrar hoy Banco Granahorrar que conforman el grupo demandante, daño que es injustificado e ilegal por una o varias de las razones que se presentan con la demanda.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a los demandados, solidariamente o en la forma en que la sentencia establezca con base en las pruebas del proceso y la contribución de cada uno al daño realizado, a pagar la indemnización de perjuicios por ellos causados, la cual se pide y cuantifica, de manera genérica y uniforme para cada accionista miembro del grupo demandante, en el valor que registraba la cotización de la acción en la Bolsa de Bogotá S.A., más cercana al 3 de octubre de 1998, multiplicado por el número de acciones que poseía cada miembro del grupo demandante.

2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

En subsidio de las anteriores pretensiones presento las siguientes:

2.1. Que en la medida en que para la procedencia de la reparación del daño causado a los integrantes del grupo demandante sea necesario declarar la nulidad de la orden de capitalización o de la orden de reducción del valor nominal de la acción, o de ambas, mencionadas en la pretensión principal 1.1, entonces se declare la nulidad de tales decisiones administrativas, o la nulidad de la ejecución de las mismas, o ambas nulidades, por incurrir en uno o varios de los vicios de nulidad que se presentan con esta demanda.

La orden de capitalización consta en carta de la Señora Superintendente Bancario al representante legal de la Corporación, de fecha 2 de octubre de 1998, número de radicación 19980507141; la orden de reducción del valor nominal de la acción consta en Resolución número 002 de 1998, de 3 de octubre de 1998, dirigida por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras al representante legal de la Corporación.

2.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al pago de la indemnización de perjuicios, en la forma pedida en el numeral 1.2 de esta demanda.

3. ACTUALIZACIONES DE LAS SUMAS DE CONDENA E INTERESES.
Tanto en el caso de las pretensiones principales como en el de las subsidiarias, sobre las sumas de condena pido actualización del valor del perjuicio, según índices de inflación legalmente vigentes (Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE) para mantener el valor real de la moneda entre la fecha del perjuicio y la de la condena, y que se ordene liquidar y pagar junto con el pago de la suma ordenada en la sentencia, los intereses comerciales y de mora establecidos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y normas concordantes.

4. PIDO ADEMÁS, EN TODO CASO DE PROSPERIDAD DE LA DEMANDA, CONDENA EN COSTAS.

1.1. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante indicó: i) la crisis financiera que afectó al país durante el año 1998, ocasionó la

oficialización e intervención para liquidación de varias entidades en el sector financiero; ii) la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, una de tales entidades, de acuerdo con las disposiciones legales, acudió al Banco de la República y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras–Fogafin, para solicitar su apoyo en materia de liquidez; iii) el Banco y Fogafin autorizaron apoyos económicos para que Granahorrar cumpliera sus obligaciones con otras entidades financieras por créditos interbancarios; a cambio, Granahorrar les entregó como garantía su cartera y pagarés; iv) la situación patrimonial de Granahorrar a 23 de septiembre de 1998, de acuerdo con el acta n.º 223 de la Junta Directiva de Fogafin, presentaba un índice de solvencia de 10.67%, frente al requerido del 9% y se proyectaba en los tres meses siguientes en 12%; v) el viernes 2 de octubre de 1998 hubo un retiro de depósitos que se tradujo en una posición negativa de tesorería de Granahorrar por valor de \$31.000 millones y la devolución de unos cheques por parte del Banco del Estado por \$800 millones; vi) en la misma fecha la Superintendencia Bancaria informó a Fogafin y al Banco de la República la devolución de los cheques por parte del Banco del Estado y la posición negativa de la Tesorería, lo cual implicaba que Granahorrar había incurrido en cesación de pagos y que el Estado podía intervenirla institucionalmente; vii) en comunicaciones que se dieron dentro de las cuatro horas siguientes, el Subdirector Financiero de Fogafin le informó a la Superintendencia que, debido a la cesación de pagos, iba a disponer de la garantía que se había constituido a su favor; viii) durante el mismo día, la Superintendencia informó al Banco de la República la decisión de Fogafin, por lo que Granahorrar debía registrar una pérdida que la dejaba en situación de insolvencia; ix) debido a esta situación y a la imposibilidad de cancelar los intereses adeudados, el Banco de la República informó a Granahorrar, mediante comunicación radicada en la Superintendencia, que declaraba vencido el plazo del apoyo transitorio de liquidez y que iba a enajenar los títulos descontados o iba a cobrarlos si eran exigibles; x) luego de ello, la Superintendencia informó al representante legal de Granahorrar que como consecuencia de que las garantías se habían hecho efectivas, la entidad financiera había incurrido en

pérdidas por \$228.726 millones y que su solvencia era del 0%, por lo cual ordenaba su capitalización por \$157.000 millones dentro de un plazo perentorio de 14 horas; xi) el sábado 3 de octubre de 1998, se reunió la Junta Directiva del Fogafin, en desarrollo de la cual el viceministro de hacienda y el superintendente bancario recomendaron reducir el valor nominal de las acciones en circulación a un centavo y se expidió la resolución n.º 002 de octubre 3 de 1998, en donde se tomó tal decisión; xii) el lunes 5 de octubre de 1998, que fue el primer día hábil después de los sucesos anteriores, los accionistas de Granahorrar habían perdido el valor de sus acciones, sin haber sido notificados sobre las medidas que se tomaron; únicamente tuvo noticia de ello el representante legal de la entidad financiera, quien no contó con el tiempo suficiente para convocar a la asamblea de accionistas y, de esta forma, hacer que tal decisión fuera conocida por todos con el fin de interponer los recursos correspondientes, si los había.

1.2. Bajo el acápite de *“fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de la violación”*, el demandante atribuyó responsabilidad a las entidades en los siguientes términos:

1.2.1. Respecto de la Superintendencia Bancaria, expresó que: i) las facultades para ordenar la capitalización de las entidades sometidas a su control y vigilancia, deben ser ejercidas con respeto al debido proceso, al derecho comercial societario y al procedimiento especial respectivo; ii) el artículo 84 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que la Superintendencia, debe otorgar un término prudencial para la capitalización de una entidad financiera; iii) en el caso concreto, la orden de capitalización de Granahorrar se expidió a las 11:50 p.m. del viernes 2 de octubre de 1998 –comunicación con Radicación 1998050714-1–, y fue radicada en Granahorrar a las 12:00 a.m. del 3 de octubre siguiente, con la obligación de que se cumpliera dentro de las 14 horas siguientes –antes de las 3:00 p.m. de ese día–, lo cual pone en evidencia que no se cumplió la norma mencionada; iv) el Código de Comercio indica que la capitalización de

acciones en una sociedad está sujeta a una serie de etapas y términos que garantizan la participación de los accionistas, lo cual es contrario a la actuación acelerada de la Superintendencia Bancaria que impidió su participación; v) la Superintendencia no notificó a los accionistas de su decisión en los términos del artículo 46 de Código Contencioso Administrativo, el cual señala que cuando un acto administrativo pueda perjudicar a terceros que no hayan intervenido en la actuación, este deberá ser publicado en el Diario Oficial o por un medio de amplia circulación, de lo contrario, el acto no surte efectos; vi) a pesar de ello, la Superintendencia consideró incumplida la orden de capitalización y, con tal fundamento, la Junta Directiva de Fogafin expidió la resolución n.º 02 del 3 de octubre de 1998 que redujo el valor nominal de la acción.

1.2.2. En relación con Fogafin, manifestó que: i) condicionó el apoyo de liquidez, de manera ilegal y sin que los accionistas tuvieran posibilidad de discutir, a vender más del 70% de las acciones; ii) dio información privilegiada, por fuera de las reglas normales del mercado de valores, a una entidad financiera internacional respecto de la colocación de acciones; iii) presionó con plazos excesivamente cortos el pago de los apoyos otorgados y obligó a los accionistas a entregar sus participaciones en dación en pago; iv) propició la cesación de pagos al incumplir la entrega de la extensión del último apoyo solicitado, acordado en el otrosí n.º 13 del 1 de octubre de 1998; y v) se apropió de la cartera dada en garantía por Granahorrar, sin advertir que se había fijado el costo total del apoyo de liquidez en una tasa superior a la permitida, con el ánimo de que se produjera el resquebrajamiento patrimonial necesario para que la Superintendencia Bancaria pudiera expedir la orden de capitalización.

1.2.3. Acerca del Banco de la República, afirmó que: i) violó la resolución n.º 25 de 1995, puesto que esta norma –aplicable para los apoyos de liquidez– no le daba competencia para apropiarse, como lo hizo, de una cartera dada en garantía; y ii) aumentó el costo de los auxilios de liquidez que era del DTF más 7 puntos.

1.3. Bajo el acápite de “*faltas o fallas del servicio*”, además de argumentos ya expuestos en el precedente, indicó que: i) la Superintendencia Bancaria no ejerció adecuadamente su función de control y vigilancia sobre los actos realizados por Fogafin y el Banco de la República con miras a apropiarse de la cartera de Granahorrar; y ii) Fogafin perjudicó a Granahorrar pues, en lugar de preservar la confianza en los depositantes, generó suspicacias en el mercado al someter sus apoyos a la liquidez a condicionamientos reprochables, como fue aquel de la venta de un paquete de acciones.

1.4. En el sub acápite titulado “*nulidad: normas violadas y concepto de la violación*” se indica que los cargos señalados se aplican a “*los dos actos administrativos cuya nulidad se solicita en las pretensiones subsidiarias*” (f.57 c.1) y consisten en: i) falsa motivación pues: a) no es cierto que Granahorrar hubiere perdido el 100% de su patrimonio –dicha pérdida sólo resultó del hecho de que Fogafin y el Banco de la República hicieron efectivas, de manera ilegal, unas garantías y, además, por ese hecho cobraron intereses muy superiores a los permitidos- y si en gracia de discusión se admitiera que así fue, la orden de capitalización proferida para subsanar el defecto era de imposible cumplimiento, b) la falta de liquidez no es sinónimo de insolvencia y en este caso, con ocasión de la primera, Fogafin y el Banco de la República realizaron actuaciones que sí llevaron a una insolvencia que, antes de ellas, no existía, c) la Superintendencia Bancaria no podía calcular las supuestas pérdidas de Granahorrar a la luz de lo informado por Fogafin y el Banco de la República por cuanto, en realidad, ninguna de ellas podía hacer efectiva la totalidad de la garantía porque ella excedía, por mucho, los valores reales de la deuda, y d) de acuerdo con el considerando noveno de la resolución mediante la cual se redujo el valor nominal de la acción, la decisión se adoptó con base en el informe rendido por la Superintendencia Bancaria a propósito de la pérdida del capital del 100%; sin embargo, dicho informe no proviene de la Superintendencia “*sino de la certificación de la subdirectora financiera de Fogafin, que ya hemos mencionado, y que la Superintendencia Bancaria*

omitió examinar”, en el que se aplicaban tasas de usura causantes del detrimento patrimonial; ii) violación del derecho de audiencia porque ninguno de los dos actos fue debidamente notificado a los accionistas de Granahorrar; iii) desviación de las atribuciones propias de la Superintendencia Bancaria y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras porque: a) aunque los actos administrativos no lo dicen expresamente lo cierto es que *“los apoyos de liquidez fueron vinculados a compromisos de venta de las acciones por parte de unos accionistas de la Corporación y que cuando resultó que un cierto intento de venta no se materializó, inmediatamente se suspendieron los apoyos y se produjeron los actos administrativos demandados”* y la ley no autoriza a esas entidades a otorgar facilidades de liquidez condicionadas, b) la supuesta cesación de pagos en que incurrió Granahorrar no es más que el resultado de la terminación unilateral de los apoyos de liquidez ocasionada por la frustración de la venta en la que Fogafin tenía interés; iv) violación de normas superiores relativas a las tasas de interés aplicables, a la imposibilidad de apropiarse de la prenda por medios distintos a los previstos en la ley, al término prudencial que debía fijarse para la orden de capitalización y al debido proceso.

II. Trámite procesal

2. Mediante providencia de 10 de octubre de 2000, la Sección Primera-Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca **inadmitió la demanda** por estimar que la acción de grupo sólo resulta procedente cuando la causa del daño cuya indemnización se reclama es un hecho o una omisión y no, como ocurre en el *sub examine*, un acto administrativo, como lo son aquellos a través de los cuales se ordenó la capitalización de Granahorrar y la reducción del valor nominal de las acciones que allí se poseían los cuales aparecen como la fuente del daño invocado en el libelo introductorio (f. 128–134, c.1). Recurrida en apelación, esta providencia fue revocada el 25 de enero de 2001 por la Sección Segunda, Subsección A del

Consejo de Estado que consideró que, en la medida en que la acción incoada cumplía con los requisitos formales, debía ser admitida y tramitada, siendo materia del fallo el determinar precisamente “*la fuente real generadora de los perjuicios*” (f. 165–181 c.1). En consecuencia, la demanda fue admitida mediante providencia del 3 de mayo de 2001 (f. 185-187 c.1).

3. Las entidades estatales dieron **contestación a la demanda** en los siguientes términos:

3.1. La Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, manifestó que: i) proponía las excepciones previas de a) “ineptitud formal de la demanda por indebida acumulación de pretensiones”, porque se acumularon pretensiones que corresponden a la acción de grupo con pretensiones típicas de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, b) “pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto” e “improcedencia de la acción por la inexistencia del grupo exigido por la Ley” puesto que ante el mismo Tribunal cursaba una acción de grupo por los mismos hechos y pretensiones, interpuesta por algunos accionistas de Granahorrar, de la cual no se había excluido el aquí demandante; c) “caducidad de la acción”, con base en que la presente demanda solicitó la nulidad de unos actos administrativos de contenido particular, por tanto, debe contarse el término de caducidad del tipo de acción procedente para demandar este tipo de actos, que es de 4 meses, lo cuales ya habían transcurrido al momento de interponer la demanda; ii) los accionistas mayoritarios tuvieron pleno conocimiento de la decisión de capitalizar a Granahorrar, pues fue notificada a su representante legal; además, de acuerdo a las comunicaciones que sostuvo la entidad con el representante legal, éste sí informó a los accionistas por teléfono o mediante cartas enviadas a la última dirección registrada de cada uno; iii) jamás “filtró” información a la opinión pública sobre asuntos internos relacionados con la negociación que adelantaba Granahorrar con sus acreedores; iv) no es cierto que Granahorrar haya mantenido una situación financiera estable

hasta los hechos del 2 de octubre de 1998, cuando se ordenó su capitalización, debido a que desde principios de ese año la Corporación afrontó varios problemas de liquidez; v) en relación con lo ocurrido el 2 de octubre, el vicepresidente de Banca de Granahorrar, a través de comunicación escrita dirigida a la Superintendencia, manifestó: “...*la información reportada por la Comisión de Inspección de esa Superintendencia, está de acuerdo al movimiento de tesorería del día 2 de octubre de 1998, en donde la Corporación Gran Colombiana de Ahorro y Vivienda GRANAHORRAR, cerró con una posición de TREINTA Y UN MIL MILLONES DE PESOS MCTE en rojo (\$31.000.000.000.00), siendo las 6:00 p.m. del día referido...*”; también dijo que la posición iba a agravarse en la suma de \$22.529'041.096 por operaciones a realizar el día 5 de octubre siguiente; vi) las entidades estatales actuaron de acuerdo con las competencias que la ley le otorga cuando una entidad sujeta a su control se encuentra en el estado financiero en que estaba Granahorrar después de su cesación de pagos y que tuvieron lugar para evitar la suspensión de los servicios bancarios por la grave falta de liquidez en la que se encontraba la Corporación, ya que prevalecen los intereses de los ahorradores y depositantes sobre los de los accionistas; vii) no es cierto que los accionistas se encontraran en la imposibilidad de cumplir con los requisitos del Código de Comercio para llevar a cabo una capitalización, ya que la misma Superintendencia le manifestó al presidente de la Corporación que la orden se emitía independientemente de las formalidades que debieran cumplirse y que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé mecanismos para el efecto; viii) las medidas de reducción del valor nominal de las acciones y de capitalización fueron tomadas de acuerdo con la normatividad nacional, Decreto 32 de 1986 artículos 2 y 3 y Estatuto Financiero artículo 320 (f. 192–217 c.1).

3.2. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Banco de la República (anexo 2 y 6), manifestaron que: i) proponían a título de excepciones, entre otras: a) “inepta demanda”, en tanto que la acumulación de pretensiones realizada por el demandante es excluyente, debido a que,

de una parte, solicitó la anulación de actos administrativos, y de otra, el restablecimiento del derecho y las indemnizaciones correspondientes; además, se planteó en los hechos de la demanda el incumplimiento de convenios celebrados por Granahorrar y las entidades demandadas, pretensiones todas que tienen una vía judicial especial para ser reclamadas, esto es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual; b) “trámite diferencial al que corresponde”, y “caducidad de la acción”, por lo que argumentó que debió dársele a la presente demanda el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento, y que en razón de tal, se debió declarar la caducidad porque los actos administrativos acusados fueron expedidos mucho antes de la presentación de la demanda; adicionalmente, se argumentó que la acción de reparación directa al igual que la contractual por estos hechos, también ya habían caducado al momento de la presentación de la demanda; c) “pleito pendiente”, pues los actos administrativos que son objeto de impugnación en la presente acción, ya fueron objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en el proceso con número de radicación 2000-0521, cuyos demandantes son los mismos que acuden hoy en acción de grupo, por lo cual, para evitar la duplicidad de litigios respecto de los mismos hechos, no puede seguirse con este proceso; y d) “falta de jurisdicción” porque de conformidad con la Ley 31 de 1992, el Banco de la República está sujeto al derecho privado en lo relativo a actos y contratos que no sean de naturaleza administrativa; ii) la disminución del valor de las acciones de Granahorrar obedeció a su situación de insolvencia, la cual se dio como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, no obstante las prórrogas sucesivas que se le concedieron, y de la iliquidez irreversible en la que se encontraba para el segundo semestre de 1998; iii) el 2 de octubre de 1998 el Banco del Estado le devolvió a Granahorrar unos cheques girados por la causal de fondos insuficientes, lo que condujo a que Granahorrar cerrara con una posición negativa de \$31.000'000.000, que empeoraría el día 5 de octubre siguiente, por unas operaciones financieras que se debían realizar, es decir, pese a las ayudas brindadas por el Banco de la República y Fogafin, Granahorrar no se pudo recuperar; iv) el Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero otorgó a los organismos de control, de acuerdo con sus competencias como policía administrativa y en cumplimiento del deber de prevenir y evitar la ocurrencia de crisis que amenazaran el sistema financiero, la facultad de establecer las ocurrencias que dan lugar a las órdenes de capitalización, la cual fue ejercida en este caso porque la situación de Granahorrar era crítica y, por tanto, ameritaba soluciones rápidas; además, al momento de ordenar la capitalización se dejó constancia que esta no implicaba la satisfacción inmediata de todas las formalidades legales; v) no es cierto que el Banco de la República se hubiera apropiado de la diferencia entre el valor de la deuda y el valor de lo que el demandante denomina la garantía, debido a que el contrato celebrado era de “descuento”; por ello, Granahorrar endosó en propiedad varios títulos a cambio del pago de contado del apoyo de liquidez; vi) habida cuenta del incumplimiento del deudor, el Banco no devolvió los títulos sino que los cobró, de acuerdo con la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 del Código Civil, el artículo 1407 del Código de Comercio y el artículo 30 de la Resolución Externa 25 de 1995; vii) los auxilios otorgados tanto por el Banco de la República como por Fogafin, no se concedieron a título de mutuo, sino del contrato de reporto, por lo que no puede afirmarse que el mayor valor nominal de los títulos respecto de los créditos otorgados, se hubiera constituido en tasa de interés, ni mucho menos en usura.

4. Descorrido el traslado otorgado a la demandante para que se manifestara sobre las **excepciones previas** (f. 224-238 c.1), la Sección Primera-Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las declaró no probadas en providencia de 3 de julio de 2001. Sobre cada una de ellas concluyó: i) no se configuró el fenómeno de caducidad de la acción porque los actos cuestionados en la demanda fueron expedidos los días 2 y 3 de octubre de 1998 y esta última fue interpuesta el 25 de septiembre de 2000, esto es, antes de que transcurriera el término de 2 años consagrado por el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 para promover la acción de grupo; ii) no es cierto que la demanda acumule pretensiones excluyentes toda vez que las relacionadas con la nulidad de actos administrativos se plantearon como

subsidiarias de la indemnización de perjuicios “y en este momento procesal no hay lugar a determinar si es posible o no incluir pretensiones propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de una demanda instaurada en ejercicio de la acción de grupo”; iii) dado que la demanda se instauró en ejercicio de la acción de grupo y que se ha adelantado como tal, no puede afirmarse que se le haya dado un trámite distinto al que le correspondía; iv) para la prosperidad de la excepción de pleito pendiente se requiere, además de la identidad entre las partes y las pretensiones de la demanda, que el fallo a proferir dependa de la decisión que se adopte dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado y, como lo estimó el Consejo de Estado al revocar el auto inadmisorio de la demanda, esto sólo podrá determinarse al momento de dictar la sentencia; además no se aportaron las pruebas de la existencia de otra acción de grupo por los mismos hechos; v) la jurisdicción de lo contencioso administrativo sí es competente para conocer de las actuaciones realizadas por el Banco de la República en relación con el manejo de la banda cambiaria, pues estas son adelantadas en su calidad de máxima autoridad monetaria y cambiaria, esto es, en ejercicio de funciones típicamente administrativas (f. 245-258 c.1). Recurrída en reposición y apelación, la anterior providencia fue confirmada mediante providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 8 de agosto de 2001 (f. 273-280 c.1) y de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado de 25 de octubre de 2001 que, en síntesis, reiteró lo afirmado en el auto de 25 de enero de 2001 cuando resolvió el recurso de apelación contra el auto inadmisorio de la demanda y, a propósito de la excepción de pleito pendiente, consideró que, aunque no existía prueba sobre el particular, a partir de lo afirmado por las partes era posible establecer que no se cumplían las condiciones relativas a la identidad de partes y de objeto (f. 288-300 c.1 de copias).

5. El Tribunal *a quo* aceptó el **llamamiento en garantía** formulado por el Banco de la República a las compañías Sudamericana de Seguros S.A. y Aseguradora de Seguros S.A (f. 295–299 c.1). Posteriormente, mediante

auto del 15 de mayo de 2003, el Tribunal resolvió las excepciones previas propuestas por las llamadas en garantía y declaró probada la de “*cláusula compromisoria*”, como consecuencia de lo cual ordenó la desvinculación del proceso de tales entidades (f. 396–404 c.2). El Consejo de Estado, por auto de 31 de julio de 2003, confirmó la decisión frente al recurso de apelación presentado por el Banco de la República (f. 436–446 c.2).

6. Antes de que el proceso entrara para fallo, la parte demandante propuso su **suspensión** hasta que se resolviera la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones mediante las cuales se ordenó la capitalización y posterior disminución del valor de las acciones de Granahorrar (f. 3–6 c.3). Esta solicitud fue denegada por el Tribunal *a quo* por auto del 27 de octubre de 2004, en el que concluyó que ambas acciones tienen naturaleza y fundamentos diferentes y que la decisión de uno no depende de la decisión del otro (f. 81–85 c.3).

7. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante **sentencia** de 4 de mayo de 2006 (f. 164–181 c.ppl.), declaró probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, se inhibió para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda. Fundó su decisión en las siguientes consideraciones:

7.1. Teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, la identidad de partes debe entenderse en términos de “*identidad jurídica material*” y no “*meramente personal o formal*”, es posible concluir que los accionistas de Granahorrar ya habían propuesto otra acción de grupo con base en la misma causa y en contra de las mismas partes, proceso que le correspondió a la Subsección B de la Sección Primera de ese mismo Tribunal, y en donde se dictó sentencia

¹ El *a quo* las decretó mediante providencia de 11 de diciembre de 2003 (f. 483-487 c.2), modificada en apelación por la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto de 20 de mayo de 2004 (f. 516-527 c.2).

del 21 de abril de 2004, debidamente ejecutoriada.

7.2. Dado que el juez de la acción de grupo tiene la facultad para integrar al proceso a las personas que puedan ser responsables del daño cuya reparación se pretende, pero no así excluir a quienes fueron expresamente demandados, lo esencial para determinar la identidad de dos procesos judiciales es el objeto perseguido y los hechos invocados como fuente del daño. Así pues, tanto la acción de grupo fallada el 21 de abril de 2004 como la presente son idénticas porque, al margen de que en esta última se haya vinculado como demandadas a Fogafin y al Banco de la República, *“realmente fue la Superintendencia Bancaria la entidad que profirió la orden de capitalización de Granahorrar, que es la decisión principal en torno a la cual giraron todas las demás decisiones, hechos y consecuencias”* y, en todo caso, ambas se dirigen contra el mismo demandado: *“el Estado, encarnado en la Superintendencia Bancaria (ahora Superintendencia Financiera) principalmente”*.

7.3. Las dos acciones de grupo buscaban que se condenara al Estado a pagarles a todos los accionistas los perjuicios causados por la capitalización y reducción del valor de las acciones de Granahorrar, decisiones adoptadas por *“agentes estatales”*, y los hechos, omisiones y operaciones invocados como fundamentos de la acción son los mismos.

7.4. El fenómeno de cosa juzgada opera aun respecto de los seis accionistas que, en la acción de grupo antes fallada, manifestaron expresamente excluirse del grupo, pues dicha manifestación resulta vinculante respecto de todas las actuaciones futuras del grupo. No podría admitirse que los integrantes de este último lo integraran y se excluyeran del mismo al vaivén de los acontecimientos. En resumen, señaló el Tribunal:

Ya hubo una decisión definitiva en la que se analizó detenidamente la actuación adelantada por la Superintendencia Bancaria y se llegó a la conclusión de que el grupo demandante no había logrado demostrar la existencia de un daño antijurídico que deba ser resarcido por el Estado al amparo de lo dispuesto por el artículo 90

de la Constitución Política y que la actuación de la Superintendencia Bancaria se había ajustado al ordenamiento jurídico. También dijo el fallo que el perjuicio que sufrieron los accionistas de Granahorrar fue consecuencia del equivocado manejo de la entidad financiera y no de las actuaciones de la Superintendencia Bancaria. En consecuencia, mal haría esta Sala en emitir otra decisión sobre el mismo asunto. (...) Entonces, es evidente que el asunto litigioso planteado por el grupo demandante (accionistas de Granahorrar) contra el Estado colombiano, representado principalmente por la Superintendencia Bancaria, ya fue resuelto por el juez en la sentencia cuyos apartes más significativos se acaban de transcribir y, por ende, esa decisión tiene fuerza de cosa juzgada material, lo que constituye, sin lugar a dudas, un hecho que impide hacer un nuevo pronunciamiento de fondo sobre el mismo thema decidendum.

8. Contra la decisión anterior, la parte demandante interpuso (f. 183 c.ppl.) y sustentó (f. 249–273 c.ppl.) en tiempo **recurso de apelación**. Las razones de su inconformidad son las siguientes:

8.1. No debió declararse probada la excepción de cosa juzgada, debido a que no existe identidad de partes entre los dos procesos, ya que en esta acción de grupo se demandó también al Banco de la República y al Fogafin, los cuales no fueron vinculados al proceso anterior.

8.2. El Tribunal confundió la noción de Estado, en un sentido político, con la noción de parte procesal, y erró al considerar que existía identidad de causa pues, en el proceso invocado como cosa juzgada, se pretendía una indemnización de perjuicios por los actos y omisiones que llevaron a la oficialización de Granahorrar, mientras que en la presente acción la indemnización se solicita por las órdenes de capitalización y de reducción del valor de la acción, todo ello, realizado por la Superintendencia Bancaria, el Fogafin y el Banco de la República. Lo anterior sin mencionar que, en este proceso, se solicitó de manera subsidiaria la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se adoptaron las decisiones dañinas, mientras que en la otra acción de grupo no se hizo ninguna petición en ese sentido, razón por la cual allí se negaron las pretensiones de la demanda.

8.3. Se le vulneró su derecho de defensa debido a que se declaró probada

la excepción de cosa juzgada con fundamento en la copia simple de una sentencia que uno de los demandados allegó al expediente, sin que dentro de este último reposara su copia auténtica ni, menos aun, la demanda formulada en ese proceso. Así, el *a quo* se abstuvo de valorar las pruebas válida y oportunamente aportadas para fallar con fundamento en una respecto de la cual las demás partes no tuvieron la oportunidad de pronunciarse.

8.4. Sobre el fondo del asunto, insistió en que los actos administrativos fuente del daño estaban viciados de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, además que produjeron un enriquecimiento excesivo a favor de las entidades públicas demandadas, con el correspondiente detrimento del patrimonio de los accionistas de Granahorrar.

9. Mediante providencias de 23 de marzo y 16 de agosto de 2007, el entonces magistrado sustanciador del proceso decretó y tuvo como **pruebas** las copias auténticas de la demanda tramitada bajo el número 2000-00015, la providencia de 26 de junio de 2003 proferida en ese proceso mediante la cual se negó la acumulación con la presente acción y la sentencia de 21 de abril de 2004 allí dictada (f. 373-375 y 492 c.ppl.).

10. En memorial presentado el 14 de diciembre de 2007, el apoderado de la sociedad actora informó que en la decisión proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el proceso con radicado n.º 2000-00521, se ordenaron reparaciones a favor de seis accionistas de Granahorrar. Señaló que si bien ya estaba precluido el término para solicitar la exclusión del grupo de los beneficiarios de dichas reparaciones, era indispensable evitar una doble indemnización (f. 505-507 c. ppl.).

11. Dentro del término para **alegar de conclusión** en segunda instancia, las partes se manifestaron así:

11.1. Fogafin y el Banco de la República dieron por reproducidas las

razones expuestas en la contestación de la demanda. Insistieron en que la demanda instaurada es inepta por indebida acumulación de pretensiones; carece de fundamento fáctico y jurídico y, como lo estimó el *a quo*, no cabe duda de que operó el fenómeno de la cosa juzgada porque el grupo en nombre de quien actuó la sociedad demandante resulta vinculado por la sentencia de 21 de abril de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por este mismo hecho la sociedad demandante carecía de legitimación para iniciar la presente acción de grupo. Sobre el fondo del asunto indicaron detalladamente que, de conformidad con los medios de convicción obrantes en el plenario, la actora no logró demostrar la veracidad de cada uno de los hechos invocados en la demanda, ni la existencia de los vicios por los cuales solicitó, de manera subsidiaria, la nulidad de actos administrativos –pretensión respecto de la cual, en todo caso, operó el fenómeno de caducidad-. En sus palabras:

En fin, amén de que la ocurrencia de la caducidad de la acción subsidiariamente propuesta es un hecho evidente según se desprende de lo que aparece probado en autos en relación con la fecha de ejecución de las medidas acusadas y la de la presentación de la demanda ante esta jurisdicción, aun si se decidiera examinar el fondo de la litis, ninguna de las causales de nulidad propuestas fue demostrada, pues los hechos relevantes de la demanda fueron desvirtuados por prueba documental y testimonial digna de credibilidad, de modo que las pretensiones deprecadas por los demandantes carecen de vocación de prosperidad y condenadas como están al insuceso por tales motivos, pido que, en defecto de la declaratoria de caducidad de la acción y de las excepciones propuestas y de la carencia de legitimación en el proceso y en la causa por parte de las actoras, se denieguen las súplicas de la demanda (f. 511-575 c.ppl.).

11.2. La Superintendencia Financiera también solicitó la confirmación del fallo de primera instancia por estimar que, sin lugar a dudas, la sentencia de 21 de abril de 2004 tiene efectos vinculantes para el grupo de accionistas de Granahorrar. Indicó que la institución de cosa juzgada tiene un cariz especial en el marco de las acciones de grupo en donde, por disposición legal, la decisión vincula a todas las personas que, perteneciendo al grupo interesado, no manifiestan oportuna y expresamente su decisión de excluirse del mismo y de las resultas del proceso, de modo que dicho

instituto no puede analizarse con el mismo rigor que presenta en materia civil. En el mismo sentido señaló que si bien las pretensiones elevadas en una y otra acción de grupo están redactadas en términos distintos, en realidad son idénticas en su “*contenido y título fundante*”, así se hayan elevado contra demandados diferentes. En relación con los seis accionistas que manifestaron expresamente ser excluidos del grupo demandante, indemnizados en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fallada el 1º de noviembre de 2007, adujo que, en todo caso, no podrían ser objeto de pronunciamiento en este proceso. Finalmente insistió en las excepciones propuestas con la contestación de la demanda, a saber, la manifiesta improcedencia de la acción de grupo, la caducidad y la ausencia de perjuicio. En relación con la primera insistió en que: i) contrario a lo sugerido por el actor, el grupo a favor de quien se interpuso la acción no estaba constituido por más de veinte personas comoquiera que los accionistas de Granahorrar interpusieron otra acción de grupo con pretensiones sustancialmente idénticas, de la cual sólo se excluyeron seis miembros del grupo; ii) la acción que debió interponerse fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo hicieron esos seis miembros del grupo; iii) la improcedencia de la presente acción de grupo se demuestra por el hecho de que aun no ha sido resuelta cuando ya lo fue la de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta, lo que pone en evidencia que aquella fue instaurada para pretermir el procedimiento de esta última. A propósito de la caducidad insistió en que la acción fue interpuesta después de los cuatro meses que el ordenamiento confiere para atacar la legalidad de actos administrativos y, por último, mencionó que, como lo señaló la magistrada disidente en la decisión de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los accionistas no sufrieron ningún daño porque, para el momento de las actuaciones supuestamente dañosas, las acciones en su poder no tenían valor real alguno por la difícil situación económica de la entidad financiera (f. 653-667 c.1).

11.3. El actor señaló que, sin perjuicio de la operancia del fenómeno de cosa juzgada respecto de la nulidad de los actos administrativos

cuestionados, declarada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, lo cierto es que: i) el grupo está conformado por la totalidad de quienes eran accionistas de Granahorrar al momento de los hechos; ii) en el marco de la acción de grupo es procedente declarar la nulidad de actos administrativos, no obstante, el tema ya fue resuelto por lo que *“los hechos aquí debatidos se tornan intangibles en cuanto a lo que tenga relación con el Fogafin y la Superintendencia Financiera”* y, además, en la presente acción también se alega que, con su conducta, el Banco de la República propició y obtuvo beneficios de la oficialización de Granahorrar *“pues se apropió de la garantía de los créditos que le otorgó, provocando y causando su insolvencia, pretexto artificialmente causado para poder justificar una orden de capitalización”*, conducta que ya ha sido reprochada por la Sección Primera del Consejo de Estado; iii) al declararse la cosa juzgada en la primera instancia, se le vulneró el derecho de defensa y al debido proceso, pues se hizo sin solicitar el expediente del otro proceso, en el que aparece que el asunto de la cosa juzgada ya había sido discutido y definido, sin mencionar que en este mismo proceso se decidió que no había identidad de partes y, por ello, se negó la excepción de pleito pendiente; iv) no se dan los supuestos de la cosa juzgada en relación con la otra acción de grupo mencionada en la sentencia; v) no operó la caducidad porque la demanda fue interpuesta dentro de los dos años siguientes a los hechos dañosos; vi) los actos administrativos cuestionados nunca fueron notificados en debida forma a los accionistas de Granahorrar; vii) evidentemente se causaron perjuicios a estos últimos pues, como lo ha reconocido el gobierno en múltiples oportunidades, la operación de Granahorrar generó a Fogafin y al Banco de la República millonarias utilidades; y viii) la valoración de las acciones que se negocian en bolsa no requieren dictamen pericial, por lo que debe reconocerse como tal el certificado por la Bolsa de Medellín, coincidente con lo valorado por la sociedad Lehman & Brothers, según prueba aportada por las demandadas (f. 678-705 c.ppl.).

12. En el trámite de la segunda instancia, el 11 de agosto de 2008 se llevó a cabo una **audiencia pública** con asistencia de los apoderados de la parte

demandante, de la Superintendencia Financiera y del Banco de la República y Fogafin (f. 796-798 c.ppal.1).

CONSIDERACIONES

I. Jurisdicción y competencia

13. De acuerdo con el artículo 50 de la Ley 472 de 1998², 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006³ y 1º del Acuerdo n.º 55 de 5 de agosto de 2003⁴ expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2006 por la Sección Primera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de

² Según esta norma, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de los procesos "...que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas". Cabe destacar que, dados los términos empleados, el criterio dispuesto por la Ley 472 para determinar la competencia en materia de acciones populares y de grupo fue, sin lugar a dudas, orgánico; contrario al material, que en la misma época determinaba la cláusula general de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa según la cual esta última conocía de las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas. Con el cambio operado por la Ley 1107 de 2006 de un criterio material a uno orgánico, la cláusula general de competencia de la jurisdicción contenciosa se asemejó al fijado por la Ley 472 para las acciones populares.

³ Norma según la cual el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa es el siguiente: "*La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley*".

⁴ Conforme a lo dispuesto en esta norma, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer de "*12. Las acciones de grupo de competencia del Consejo de Estado*". Vale la pena destacar que, antes de la entrada en vigencia de este Acuerdo, el n.º 68 de 1999 preveía que las acciones de grupo debían ser repartidas, por la Secretaría General, a todos los magistrados que conformaban la Sala de lo Contencioso Administrativo y debían ser decididas en la Sala a la que perteneciera aquél a quien le hubiere correspondido el reparto. Esta es la razón por la cual fue la Sección Segunda de esta Corporación la que conoció los recursos de apelación formulados contra diferentes providencias proferidas durante el trámite del proceso.

Cundinamarca, mediante la cual se decidió la acción de grupo instaurada contra la Superintendencia Bancaria, el Banco de la República y Fogafin.

13.1. Ahora bien, comoquiera que fue un aspecto que se planteó en el trámite de la primera instancia, es necesario poner de presente que, con la Ley 1107 de 2006 –norma que entró a regir después de la interposición de la demanda pero que, según se ha sostenido, se aplica de manera inmediata, incluso a los procesos pendientes⁵-, las discusiones que hubieran podido plantearse en torno a la competencia de esta jurisdicción para estudiar las actuaciones del Banco de la República, perdieron todo sustento, pues queda claro que el legislador adoptó un criterio orgánico para la definición de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa⁶ y, de conformidad con el artículo 371 de la Constitución Política, el Banco de la República es una persona jurídica de derecho público.

13.2. Lo anterior sin mencionar que, en todo caso, en los términos de la Ley

⁵ Sobre el particular, ver la sentencia de 3 de marzo de 2010, proferida por la Sección Tercera, exp. 37594, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez en la cual se sostuvo: “De acuerdo con lo expuesto, como la regla general –consagrada en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887- indica que la ley procesal en el tiempo se aplica de manera inmediata y rige para el futuro, incluso sobre los procesos pendientes y, como quiera que el Legislador en la Ley 1107 de 2006 no dispuso mediante normas transitorias expresamente lo contrario, debe concluirse que bajo la nueva ley caen la reglas de jurisdicción y de competencia y, como consecuencia, los procesos en curso se ven afectados por la misma, lo cual deriva en que si al entrar en vigencia la norma existía alguna duda sobre la competencia de esta Jurisdicción para conocer de un asunto que se venía tramitando antes de la misma y que se refería a un conflicto surgido de la actividad de una autoridad pública, tal duda quedó totalmente despejada con las disposiciones de la citada Ley 1107 de 2006 porque el hecho de que al proceso esté vinculada una entidad de esta naturaleza, resulta suficiente para reconocer la competencia de esta jurisdicción”.

⁶ En ese sentido se ha sostenido: “(...) la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al ‘juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado’, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga. (...) Con fundamento en las consideraciones precedentes se tiene que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del C.C.A. y adoptarse sin asomo de duda un criterio orgánico, las normas restantes del Código Contencioso atributivas de competencias, deberán ser interpretadas a la luz de esta modificación. Lo contrario, tornaría nugatoria la importante enmienda introducida...”, Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, exp. 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

472 de 1998, el criterio para definir la jurisdicción competente para conocer de las acciones populares y de grupo siempre ha sido el orgánico, de modo que, aun antes de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, los reparos planteados sobre el particular por Fogafin y el Banco de la República –supra párr. 3.2 y 4- carecían de fundamento, más aun si se tiene en cuenta que, en virtud del fuero de atracción, la competencia de esta jurisdicción para conocer del *sub examine* era indiscutible.

II. Hechos probados

14. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

14.1. A las 11:50 p.m. del 2 de octubre de 1998, en consideración a la situación de solvencia de la corporación “*la que se sitúa a la fecha en el cero por ciento (0%)*” y a las pérdidas registradas en los últimos días que configuran “*el quebranto patrimonial de que trata la letra g) del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*”, la superintendente bancaria, en comunicación dirigida al representante legal de Granahorrar, ordenó “*la capitalización inmediata de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda la cual debe ascender en principio como mínimo a la suma de ciento cincuenta y siete mil millones de pesos (\$157.000.000.000) o el monto que sea necesario para restablecer las relaciones patrimoniales, la cual deberá verificarse a más tardar el día 3 de octubre a las quince horas (15:00)*”. Orden que, según sello de Granahorrar, fue recibida en la presidencia de esa Corporación el 3 de octubre de 1998⁷ (copia auténtica de

⁷ El texto completo de la orden es el siguiente: “*Como consecuencia de los problemas de liquidez presentados en el segundo trimestre del año en curso, la Entidad solicitó el acceso al apoyo transitorio de liquidez –cupo ordinario- que otorga el Banco de la República, el cual fue aprobado el 2 de junio por cuantía de \$ 144.674 millones a un plazo de 30 días calendario. Posteriormente la Corporación solicitó una ampliación hasta por \$270.000 millones, la cual fue aprobada el 1 de julio del año en curso a través del procedimiento especial a un plazo de 180 días calendario, pagaderos en 5 abonos*”

mensuales de \$54.000 millones cada uno a partir del 2 de agosto de 1998. De igual manera, el 2 de julio la Entidad solicitó y obtuvo autorización el mismo día para aumentar en \$45.161 millones el monto de los recursos, a un plazo de 180 días calendario con cuotas mensuales de \$9.032 millones de pesos, con lo cual se alcanzó un total de \$ 315.000 millones. // Debido a las dificultades presentadas, la Corporación solicitó al Banco de la República el día 24 de agosto próximo pasado, la modificación del plan de amortización del procedimiento especial, el cual fue aprobado por el Banco emisor el 1 septiembre de 1998 concediendo un plan de pagos en abonos por \$45.000 millones el 2 de octubre, \$45.000 millones el 2 de noviembre y \$210.000 millones el 2 de diciembre de 1998. // Así mismo, la Corporación recurrió a un cupo de aval rotatorio otorgado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el cual fue autorizado el día 6 de julio hasta por un valor de \$300.000 millones, para ser utilizado como garantía de créditos interbancarios y para cubrir sobregiros en cuenta corriente. A este respecto es pertinente evidenciar que, debido al progresivo deterioro de la situación de liquidez de la corporación, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con el propósito de evitar la cesación de pagos de la corporación, y la consecuente insolvencia, así como para facilitar las negociaciones sobre enajenación de la corporación que se estaban adelantando, habilitó el mencionado cupo de aval para ser utilizado en operaciones de compra de cartera con pacto de reventa; incluso incrementó su monto hasta la cantidad de \$ 400.000 millones, de los cuales a la fecha la Entidad ha utilizado alrededor de \$390.000 millones. Así mismo, prorrogó sucesivamente el plazo a la corporación para cumplir las obligaciones para con el fondo. Igualmente, el Banco de la República ha concedido prórrogas a la Corporación para que esta honre sus compromisos con el mismo. // Mediante comunicación del 2 de octubre de 1998, radicado bajo el número 1998050078-0, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras informa que como consecuencia de la cesación de pagos evidenciada en Granahorrar el día de hoy, el Fondo ha hecho uso de la cláusula vigésimotercera del convenio según la cual "En el evento en que se configure cesación de pagos por parte de Granahorrar, se entenderá extinguida la obligación de recompra de cartera transferida por Granahorrar al Fondo, de forma tal que la operación de venta quedará en firme y el Fondo podrá disponer plena y totalmente de los pagarés que integren dicha cartera junto con sus respectivas garantías". // De igual manera, el Banco de la República a través de oficio radicado el 2 de octubre ha señalado con fundamento en la resolución 25 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República y por cuanto las condiciones de liquidez de la Corporación no permiten asegurar el pago de las obligaciones para con el Banco, ha decidido hacer exigible la inmediata devolución de los recursos del Banco entregados a la Corporación. // Como consecuencia de las anteriores circunstancias, este Despacho evidencia que la Entidad incurre en pérdidas aproximadas de \$ 228.726 millones, las cuales afectan gravemente la relación de solvencia de la corporación, la que se sitúa a la fecha en el cero por ciento (0%). Igualmente, con motivo de las mencionadas pérdidas, se presenta el quebranto patrimonial de que trata la letra g) del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. // Por lo anterior, con objeto de salvaguardar la confianza en el sistema financiero y proteger el ahorro público en general y de conformidad con lo establecido en los artículos 325, numeral 1, letra a) y 326, numeral 5, letra c) inciso 5º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y para los efectos del artículo 113 numeral 2 ibidem, este Despacho ordena la capitalización inmediata de la Corporación Granacolombiana de ahorro y Vivienda la cual debe ascender en principio como mínimo a la suma de ciento cincuenta y siete mil millones de pesos (\$157.000.000.000) o el monto que sea necesario para restablecer las relaciones patrimoniales, la cual deberá verificarse a más tardar el día 3 de octubre a las quince horas (15:00). // Dicha capitalización deberá acreditarse mediante certificación suscrita por el Representante legal y el revisor fiscal de la Corporación, en la cual conste que esta dispone de tales recursos o por medio de una certificación de la entidad o entidades financieras legalmente establecidas en el país, donde se indique que los recursos se encuentran disponibles y a favor de Granahorrar. Tales documentos deberán presentarse en la Secretaría General de esta Superintendencia dentro del plazo señalado en el párrafo anterior // Sobre el particular, es pertinente resaltar que lo perentorio del plazo atiende a la situación precaria de liquidez de

la comunicación, f. 114-117 c.1).

14.2. El mismo 3 de octubre de 1998, el representante legal de Granahorrar dirigió a la Superintendencia Bancaria dos comunicaciones que fueron recibidas en dicha entidad ese mismo día, vía fax, la primera a las 14:14 y la segunda a las 15:21 p.m. En dichas comunicaciones se indicó, respectivamente:

Atentamente informo a usted que en el transcurso de la mañana del día de hoy, hemos remitido a los señores accionistas de la Corporación a las direcciones que tienen registrados los mismos en la Secretaria de Granahorrar, una comunicación mediante la cual se precisa la instrucción de capitalización impartida por esa Superintendencia, mediante oficio número (...) de fecha del 2 de octubre de 1998, copia del que igualmente se le remitió a cada uno de ellos. Así mismo, hemos hablado telefónicamente y vía fax adicionalmente hemos informado a quienes nos ha sido posible.

Atentamente informo a usted que al cierre de las 3:00 pm del día de hoy, 3 de octubre de 1998, no hemos recibido de los señores accionistas de Granahorrar manifestación o pago alguno, respecto de la capitalización exigida por esa Superintendencia, mediante oficio número (...) de fecha del 2 de octubre de 1998 (copias auténticas de las comunicaciones recibidas vía fax, f. 428-429 c. de pruebas 4).

14.3. Mediante resolución n.º 002 de 3 de octubre de 1998, el Fondo de

la corporación y que en tales circunstancias el interés de los ahorradores y depositantes prevalece sobre los intereses de los accionistas. Si la capacidad de la corporación para devolver los depósitos no se ha restablecido el próximo lunes, los retiros masivos en la corporación incrementarán su situación de insolvencia lo cual inevitablemente la conducirá al colapso, propiciando, sin lugar a dudas, una crisis sistemática y un eventual pánico económico. // Las instituciones financieras deben garantizar en todo momento que están en condición de devolver los recursos que le han sido depositados. Por ello, aunque no aparezca contenido expresamente en una norma, sus accionistas deben estar en capacidad de proporcionar los recursos suficientes que permitan atender los mencionados retiros y mantener la solvencia de la Entidad. En el presente caso es evidente que ello no ha ocurrido pues en vez del aporte de recursos frescos por parte de los dueños, la entidad ha recurrido a recursos estatales –del Fogafin y del Banco de la República- y a prórrogas para atender sus obligaciones para con dichas entidades, y en ningún caso los accionistas han creado un clima de confianza mediante el compromiso de proveer recursos propios para capitalizar la entidad, ni han propiciado el ingreso de capital aportado por terceros no accionistas. // Aclaro que teniendo en cuenta la realidad económica y financiera de las compañías, la orden de capitalización se imparte independientemente de las formalidades legales que se deben surtir para estos fines. En consecuencia, la capitalización que se efectuará de conformidad con la orden, deberá contabilizarse en el código 2750 del Plan Único de Cuentas del sistema financiero. Se sugiere, en caso de ser procedente, ceder el derecho de preferencia a favor de terceros a efectos de facilitar la capitalización”.

Garantías de Instituciones Financieras ordenó al representante legal de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda-Granahorrar “*reducir nominalmente el capital social a la suma de trescientos sesenta y cuatro millones doscientos setenta y un mil doscientos dieciséis pesos con ochenta y un centavos m/cte (\$ 364 271 216,81), representativo de treinta y seis mil cuatrocientos veintisiete millones ciento veintinueve mil seiscientos ochenta y una (36.427.121.681) acciones de un valor nominal de un centavo (\$ 0.01)*”⁸. Esta resolución fue notificada personalmente al representante legal

⁸ Los considerandos de esta resolución fueron los siguientes: “*Primero: Que el 6 de julio de 1998 se suscribió entre el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, un convenio cuyo objeto fue el otorgamiento por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras a favor de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar de un cupo rotatorio cuyo monto inicial fue de Trescientos mil millones de pesos m/cte (\$300.000.000.000) como herramienta para enfrentar dificultades de liquidez que esta entidad presentaba y cuya permanencia amenazaba la confianza de ahorradores y depositantes, de forma tal que ponía en grave riesgo la estabilidad de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar y potencialmente del sistema financiero. // Segundo. Que los accionistas mayoritarios de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar manifestaron su voluntad inequívoca de enajenar su participación en dicha entidad circunstancia que consta en la comunicación dirigida al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras por el Presidente de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar el 22 de julio de 1998 en nombre de los señores Julio Carrizosa Mutis y Eduardo Robayo, decisión que posteriormente fue materializada mediante la suscripción del contrato de encargo fiduciario irrevocable para la enajenación de las acciones, entre los accionistas mencionados y las sociedad fiduciaria Fiducrédito.// Tercero. Que según información provista por los accionistas indicados en el considerando antecedente, sobre una parte sustancial de las acciones objeto del contrato de fiducia mencionado recaía un gravamen prendario a favor de varias entidades financieras, circunstancia por la cual el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras consideró necesario que los accionistas obtuvieran de los acreedores titulares del derecho de prenda, la manifestación de conformidad con la operación de enajenación de dichas acciones y expresara su disposición a facilitarla, manifestación que no fue acreditada ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. // Cuarto. Que el nivel de crítico y la persistencia de las citadas dificultades de liquidez de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, en adición a la circunstancia indicada en el considerando precedente, hizo imperioso prorrogar de forma sucesiva el término de duración del convenio e incrementar el cupo otorgado hasta la cantidad de cuatrocientos mil millones de pesos (\$400.000.000.000). // Quinto. Que no obstante las gestiones realizadas por los accionistas, el proceso de enajenación de sus acciones en la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar no ha logrado culminar exitosamente, razón por la cual el accionista mayoritario habilitó, a favor de los acreedores financieros garantizados con acciones de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, una opción de adquisición de las mismas, a título de dación en pago como abono de sus acreencias. // Sexto. Que la opción de adquisición de acciones a título de dación en pago indicada en el considerando antecedente tampoco culminó exitosamente. // Séptimo. Que mediante comunicación número 3518 de 3 de octubre de 1998, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras solicitó a la Superintendencia Bancaria el informe al cual hace referencia el artículo 2º del Decreto 32 de 1986, con el propósito de establecer las pérdidas de capital y la situación financiera de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar.// Octavo. Que el mismo 3 de octubre*

de Granahorrar el mismo 3 de octubre de 1998, fecha en la que también se ejecutó según certificación expedida por el secretario general de Granahorrar. Al remitir a Fogafin la certificación de la ejecución de la orden, el representante legal de Granahorrar manifestó:

Para todos los efectos me permito manifestarle que renuncio al término de ejecutoria de dicha resolución a fin de que pueda continuar el trámite correspondiente a cargo de su entidad (copias auténticas de la resolución, de la constancia de la notificación personal, de la certificación y de la comunicación mediante la cual se remitió la certificación, f. 119-124 c.1 y 181 c. de pruebas 4).

14.4. En acta n.º 226 de 3 de octubre de 1998 de la Junta Directiva de Fogafin, se dejó consignado:

...la Junta decidió que una vez notificada la resolución expedida al representante legal de la Corporación y certificada por ésta la disminución del valor nominal de cada acción a un centavo (\$ 0.01), el Fondo proceda a cumplir con la orden de capitalización impartida por

de 1998 la Superintendencia Bancaria mediante comunicación número 1998050881-1 remitió el informe indicado en el antecedente considerando con destino a la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. // Noveno. Que de acuerdo con el informe presentado por la Superintendencia Bancaria mediante comunicación de 3 de octubre de 1998 sobre la situación patrimonial de real de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, dicha entidad ha perdido más del cien por ciento (100%) de su capital. // Décimo. Que el artículo 3º del Decreto 32 de 1986 dispone que si del informe de la Superintendencia Bancaria resulta que la institución financiera respectiva ha perdido el cien por ciento o más de su capital, la reducción del valor nominal del mismo se hará de manera que tenga como valor nominal cada acción la suma de un centavo. // Décimo Primero. Que en virtud de lo dispuesto por el numeral cuarto del artículo 320 del Decreto 663 de 1993 y por los artículos 1,2 y 3 del Decreto 32 de 1986, la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras puede ordenar la reducción simplemente nominal del capital social de una institución inscrita, previo informe de la Superintendencia Bancaria. // Décimo Segundo. Que se han presentado los presupuestos previstos en el numeral cuarto del artículo 320 del Decreto 663 de 1993 y en consecuencia, es procedente impartir la correspondiente orden de reducción nominal del capital social al Representante Legal de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar. // Décimo Tercero. Que por lo anterior, el capital de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar deberá reducirse a la suma que resulte de multiplicar el número total de acciones (36.427.121.681) por \$0.01, es decir que el capital deberá reducirse a la suma de \$364.271.216,81. // Décimo Cuarto. Que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tiene como objeto la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios de instituciones financieras. // Décimo Quinto. Que la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar se encuentra debidamente inscrita en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.”

la Superintendencia Bancaria por la cantidad de \$ 157.000 millones.

Las anteriores acciones conducirán a que Granahorrar adquiera el carácter de entidad oficial, dada la participación que el Fondo tendrá en el capital de la Corporación (copia auténtica del acta, f. 466 vuelto c. de pruebas 4).

14.5. El 28 de junio de 2000, Compto S.A. en liquidación, Asesorías e Inversiones C.G. Ltda., Inversiones Lieja Ltda., Exultar S.A., Fultiplex S.A. e I.C. Interventoría y Construcciones Ltda. interpusieron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que ordenaron la capitalización y reducción nominal del capital social de Granahorrar expedidos por la Superintendencia Bancaria y Fogafin, respectivamente (información extraída de la copia auténtica de la sentencia de 1º de noviembre de 2007 a que se hace en el párrafo 14.11, f. 636 c.ppl.).

14.6. El 29 de septiembre de 2000, en nombre y representación de más de 20 accionistas de Granahorrar, el abogado Jesús María Sanguino Sánchez interpuso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca una acción de grupo contra la Superintendencia Bancaria de Colombia, tramitada bajo el número 2000-0015, con el fin de que se la condenara “*a pagar los perjuicios morales y materiales, causados a mis poderdantes y a los demás integrantes del grupo de accionistas por las actuaciones administrativas que determinaron la oficialización de dicha entidad financiera*”. De acuerdo con los hechos relatados en la demanda, esas actuaciones consistieron en: i) no haber decretado la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de Granahorrar, con fines de administración o de liquidación, cuando dicha entidad entró en cesación de pagos el 2 de octubre de 1998 y, en su lugar, informar “*arbitraria e ilegalmente*” de dicha situación al Banco de la República y a Fogafin, razón por la cual la primera declaró vencido el plazo de la obligación a cargo de Granahorrar e hizo efectiva la totalidad de la cartera entregada en garantía de aquella, la cual representaba un valor superior al de la deuda en un porcentaje del 33% y, con ello, una pérdida patrimonial significativa para la entidad financiera; y ii) haber ordenado una capitalización de \$ 157 000 000 000 que debía llevarse a cabo en un plazo

de quince horas, cuyo cumplimiento era imposible de conformidad con las normas del Código de Comercio que regulan la situación; circunstancias que llevaron a que el 3 de octubre de 1998 Fogafin diera la orden de reducir nominalmente el capital social y el valor de las acciones y a que esta misma entidad decidiera capitalizar a Granahorrar con la suma de \$ 157 000 000 000, con lo que *“el Estado colombiano se volvió el dueño absoluto de la Corporación y así se produce la oficialización o nacionalización o estatización o comoquiera llamársele, de lo que antes era una entidad privada, denominada Granahorrar”*. En el acápite relativo a la estimación de perjuicios se solicitaron perjuicios morales y los siguientes perjuicios materiales:

Daño emergente: Para el grupo que represento, teniendo en cuenta la desvalorización de la acción, el daño emergente es de aproximadamente \$ 17 194 266 400,16 y para la totalidad del grupo de accionistas, calculo un daño emergente de \$ 387 828 134 992,93.

En cuadro que se transcribe a continuación se establece el valor de la correspondiente indemnización por daño emergente.

(...)

Lucro cesante: Para considerar este daño, se toma la rentabilidad que en condiciones normales del mercado financiero, les hubiera producido el valor de las acciones, al precio de bolsa estableciendo una tasa de interés bancario corriente, desde la fecha de su oficialización hasta la presentación de esta demanda (copia auténtica de la demanda y, a propósito de la fecha de su presentación, copia auténtica de la sentencia de 21 de abril de 2004, f. 382-423 y 443 c.ppl.).

14.7. En el trámite de esa acción de grupo, la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 26 de junio de 2003, resolvió no acceder a la acumulación de procesos solicitada por la parte actora con fundamento en que: i) tal como lo ha considerado el Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, en las acciones de grupo la acumulación de procesos presenta particularidades que implican que, contrario a lo que supone la regulación contenida en el Código de Procedimiento Civil, los procesos no se suspenden hasta que todos lleguen a la misma etapa, sino que el acumulado se da por terminado

porque los allí demandantes pasan a integrar el grupo de la primera acción y asumen el proceso en el estado en el que se encuentre; ii) la acumulación no es procedente porque no hay identidad de partes, como lo exige el artículo 157.2 del C.P.C.; iii) en la acción de grupo tramitada bajo el número 2000-09014 también son demandadas Fogafin y el Banco de la República; sin embargo, de decretarse la acumulación solicitada, perderían dicha calidad porque esta acción debe terminarse y, de no hacerlo, en todo caso perderían la oportunidad procesal de contestar la demanda y de solicitar pruebas “*ya que la contestación presentada no se tendría en cuenta toda vez que el proceso en que se hizo se daría por terminado*”, es decir, se les violaría el derecho de defensa (copia auténtica de la providencia, f. 424-426 c.ppl.).

14.8. El 21 de abril de 2004, la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló la acción de grupo tramitada bajo el número 2000-0015 en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada, negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas al grupo demandante. Lo anterior con fundamento en que: i) de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, “*la acción de grupo también procede cuando la causa generadora del daño es un acto administrativo*”; ii) el término de caducidad de la acción de grupo es de dos años y no puede aplicársele el de la nulidad y restablecimiento del derecho; iii) si bien los accionistas sufrieron un daño patrimonial derivado de la reducción del valor nominal de sus acciones, lo cierto es que no fue antijurídico por cuanto la actuación de la Superintendencia Bancaria se ajustó a las disposiciones que la regulaban; de hecho, analizadas las determinaciones adoptadas, se advierte que “*las autoridades competentes en el área financiera tomaron la decisión más favorable para proteger el interés general y, sobre todo, para garantizar a los ahorradores de la Corporación la conservación de su patrimonio*”; iv) el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero facultaba a Fogafin para realizar capitalizaciones a las entidades del sector financiero; y v) la situación de Granahorrar, previa a su oficialización, era de tal gravedad “*que los valores en que supuestamente se*

situaban las acciones de los socios de la entidad no reflejaban su verdadera realidad financiera”, además que la insolvencia e iliquidez de la entidad fue producto del manejo interno de sus negocios y de la situación económica reinante, circunstancias ajenas a la demandada. Adicionalmente:

...la Sala considera necesario puntualizar lo referente a la presunción de legalidad de los actos administrativos, en especial, de la resolución 002 de octubre 3 de 1998 de la junta directiva de Fogafin.

Como bien lo señaló el apoderado de la demandada, de un acto administrativo que conserve la presunción de legalidad no puede inferirse un daño antijurídico.

Para el caso concreto, se advierte que el daño sufrido por los accionistas de la Corporación Granahorrar fue producto de la decisión tomada por la junta directiva del Fogafin en la resolución número 002 de 1998, por medio de la cual se ordenó reducir nominalmente el capital social de esa entidad financiera.

Así las cosas, para la Sala es claro que mientras dicho acto administrativo no sea anulado por la jurisdicción contenciosa, este mantiene en pie su presunción de legalidad.

Es por eso que los efectos propios de aquella decisión de la administración se presumen legales hasta que no se compruebe lo contrario.

Entonces, es una consecuencia propia de la citada presunción de legalidad que los efectos de los actos administrativos se estimen ajustados a las normas legales, por lo que se advierte que en este aspecto tampoco le asiste razón al grupo demandante (copia auténtica de la providencia f. 429-461 c.ppl.).

14.9. En el acápite de actuación procesal contemplado en esta sentencia, se afirmó que dicha demanda se admitió el 6 de marzo de 2001 y que, mediante providencia de 31 de mayo de 2001, “*se aceptó la exclusión del grupo de varias sociedades que así lo habían solicitado*” (f. 438 c.ppl.).

14.10. Habiéndose declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la anterior providencia, el magistrado sustanciador del expediente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó su archivo en providencia de 27 agosto de 2004 (copia simple de las providencias, f. 239-240 c.ppl.)

14.11. Las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por algunos de los accionistas de Granahorrar el 28 de junio de 2000 fueron denegadas por la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 27 de julio de 2005. En sede de apelación, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 1º de noviembre de 2007, declaró la nulidad de la orden de capitalización de 2 de octubre de 1998 expedida por la Superintendencia Bancaria y de la Resolución n.º 002 de 3 de octubre de 1998 por medio de la cual Fogafin ordenó la reducción nominal del capital social de Granahorrar al valor nominal individual de cada acción, de un centavo y, en consecuencia, condenó a dichas entidades a indemnizar a las demandantes. La magistrada Ligia López Díaz se apartó del sentido del fallo (copia auténtica de la providencia y del salvamento, f. 576-652 c. ppl.)⁹.

14.12. Por estimar que ese fallo violaba sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, las demandadas y condenadas en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpusieron sendas acciones de tutela que fueron denegadas en segunda instancia. No obstante, al revisar esas decisiones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia SU-447 de 26 de mayo de 2011, resolvió: i) revocar esas providencias: ii) tutelar los derechos invocados y:

Cuarto.- *Por lo anterior, **DEJAR SIN VALOR Y SIN EFECTOS JURÍDICOS**, la Sentencia del Consejo de Estado -Sección Cuarta- de 1º de noviembre de 2007, proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por las sociedades Compto S.A. en liquidación, Asesorías e Inversiones C.G. Ltda, Inversiones Lieja Ltda., Exultar S.A. en liquidación, Fultipler S.A. en liquidación, I.C. Interventorías y Construcciones Ltda en liquidación, que declaró nulas la orden de capitalización No 1998050714-1 de 2 de octubre de 1998 expedida por la Superintendencia Bancaria -hoy financiera- y la Resolución No 002 de 3 de*

⁹ Es de anotar que, en auto de 21 de abril de 2008, el magistrado entonces sustanciador del proceso, consideró que no había lugar a oficiar a la Secretaria de la Sección Cuarta de esta Corporación para obtener dicha providencia “*ya que se puede acudir a esta jurisprudencia para resolver el caso concreto y a cualquiera otras (sic) que se consideren pertinentes, en los términos del artículo 230 de la Constitución Política. // Adicionalmente, como bien lo advirtió el Banco de la República y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (...) (fls. 671 y 672 del c. ppl.), ya obra dentro del expediente copia auténtica de la sentencia varias veces referida*” (f. 675 vuelto c.ppl.).

octubre de 1998, expedida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN-.

Quinto.- DECLARAR que la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, respecto de los actos administrativos contentivos de la orden de capitalización No 1998050714-1 de 2 de octubre de 1998, expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy financiera, y la Resolución No 002 de 3 de octubre de 1998 expedida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN-, se encuentra **CADUCA** desde el **5 de febrero de 1999** (negrilla del original)¹⁰.

14.13. De acuerdo con el anexo de un informe rendido por la Superintendencia Bancaria a Fogafin el 3 de octubre de 1998, para el 30 de junio de 1998, Granahorrar contaba con más de veinte accionistas -además de los seis que presentaron acción de nulidad y restablecimiento del derecho-, dentro de los cuales se encontraba el Fondo Individual de Capital Extranjero-International Coal Financial S.A. –sociedad legalmente constituida- que detentaba 1.817.756.431 acciones, equivalentes al 4.9923% del capital accionario (copia auténtica del informe con el respectivo anexo y del certificado de existencia y representación de la sociedad, f. 337 c. de pruebas 2 y 97-101 c.1).

III. Problema jurídico

15. En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si le asistió razón al *quo* al declarar probada la excepción de cosa juzgada en virtud de la

¹⁰ Si bien en el expediente no aparece copia de la sentencia proferida por la Corte Constitucional, la Sala advierte que en el portal de la Rama Judicial del Estado, concretamente en la página web de la Corte Constitucional, bajo la dirección <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/SU447-11.htm>, se encuentra disponible la providencia mencionada. Por esta razón y teniendo en cuenta que el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 admite como medios de pruebas los mensajes de datos, entendidos como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos” –artículo 1º de esta misma Ley-, la Sala valorará esta información. El mismo criterio ha sido aplicado antes por las Subsecciones B y C y el pleno de la Sección Tercera, como una forma de propender por la utilización de las nuevas tecnologías en la dinámica de las relaciones intersubjetivas, y por supuesto en la actividad probatoria dentro de los procesos judiciales. Véanse la sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 26.690 y el auto de 6 de diciembre de 2012, exp. 45.679, ambos con ponencia de Jaime Orlando Santofimio y la de 27 de marzo de 2014, exp. 27364, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

sentencia proferida el 21 de abril de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual se exoneró de responsabilidad a la Superintendencia Bancaria –única demandada–, en el proceso iniciado en ejercicio de la acción de grupo.

15.1. En caso de concluirse que no hay cosa juzgada en relación con el litigio planteado en este caso, o que, de haberla, es solamente parcial, la Sala tendrá que estudiar, en relación con el objeto del proceso que no ha sido zanjado por el aparato jurisdiccional, los presupuestos procesales que han resultado problemáticos a lo largo del proceso: i) la legitimación en la causa por activa; ii) la procedencia de la acción de grupo para demandar perjuicios derivados de supuestos incumplimientos contractuales y de actos administrativos cuya legalidad se cuestiona, aspectos a los que hacen alusión las excepciones formuladas como “*inepta demanda*” y “*trámite diferencial al que corresponde*” y iii) estrechamente relacionada con el punto anterior, la caducidad de la acción. No obstante, antes de abordar estos dos últimos puntos, será necesario precisar la fuente del daño cuya indemnización se reclama.

15.2. Precisado el objeto del litigio respecto del cual se cumplen los presupuestos procesales, la Sala deberá adelantar el juicio de responsabilidad correspondiente, para lo cual deberá verificar la configuración de cada uno de los elementos que lo estructuran, empezando por el daño de carácter cierto.

IV. Análisis de la Sala

IV.1. La excepción de cosa juzgada

16. En la sentencia de primera instancia, el *a quo* se inhibió para fallar de fondo la presente acción de grupo por haber declarado probada de oficio la excepción de cosa juzgada, al considerar que el litigio por ella planteado

había sido resuelto en la providencia de 21 de abril de 2004, proferida por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, debidamente ejecutoriada.

16.1. Antes de entrar a determinar si le asistió o no razón al adoptar dicha decisión, la Sala considera necesario recordar que, como lo señaló la Superintendencia Bancaria en sus alegatos de conclusión de segunda instancia –supra párr. 11.2-, y como se desprende de las consideraciones realizadas por ese Tribunal al pronunciarse sobre la solicitud de acumulación de estos dos procesos –supra párr. 14.7-, las acciones de grupo presentan particularidades que, sin lugar a dudas, tienen efectos sobre la manera como opera respecto de ellas el fenómeno de la cosa juzgada, de modo que este último no puede estudiarse al margen de aquéllas.

16.2. En efecto, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, cualquier miembro de un grupo de no menos de veinte personas “*que reúne condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales*” puede presentar una acción de grupo con el fin de “*obtener el reconocimiento y pago de la indemnización*” de los mismos (artículo 46). En esa acción, quien actúa como demandante “*representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder*” (parágrafo del artículo 48)¹¹, lo que no excluye el que, con el fin de obtener la indemnización de su daño individual, estos últimos puedan hacerse parte del proceso -antes de la apertura a pruebas- o, de no concurrir al mismo, acogerse a lo allí decidido -dentro del término de veinte días siguientes a la publicación de la sentencia- (artículo 55), disposición sobre la cual Corte Constitucional sostuvo que¹²:

¹¹ Sobre este punto ver Corte Constitucional, sentencia C-116 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Sentencia C-215 de 1999, M.P. (E) Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

Y es que la finalidad perseguida por la norma demandada es de una parte, permitir a aquellas personas que sufrieron un mismo daño o perjuicio a un derecho o interés de la colectividad, y que por motivo de desinformación, desconocimiento u otro, no conocieron de la existencia del proceso puedan, previo el lleno de unos requisitos fijados en la norma, acogerse a los beneficios de la sentencia. Ello no sólo favorece al particular, sino también a la administración de justicia, pues evita que ésta se desgaste con un nuevo proceso por los mismos hechos y contra la misma persona. Además, es pertinente señalar, que dada la naturaleza reparadora de esta acción, es válido para quien no se hizo parte en el proceso antes del fallo, que lo haga con posterioridad, dentro de las condiciones fijadas en la norma. Ello no desconoce en ningún caso, el debido proceso, pues quien se acoge al fallo, lo hace a sabiendas del contenido del mismo y del respeto y garantía que al trámite del proceso le dio el juez, siempre avalado con la intervención del Ministerio Público.

16.2.1. Ahora bien, las resultas del acuerdo conciliatorio celebrado con el grupo demandante, o de la sentencia proferida en dicha acción, vinculan a todos los miembros del grupo, salvo aquellos que: i) no hayan solicitado expresamente su exclusión en la oportunidad pertinente –dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del traslado de la demanda-; ii) no habiendo participado en el proceso, demuestren, en el término establecido, “*que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación*” (artículo 56); o iii) como ha señalado la jurisprudencia, hubieren ejercido acciones individuales antes de la admisión de la acción de grupo¹³. En otros términos y como lo señala expresamente el artículo 66 de la Ley referida, la sentencia proferida en acción de grupo “*tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado, no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso*”.

16.2.2. Al respecto es importante destacar que, antes de sancionar la Ley 472 de 1998, el entonces presidente de la República objetó por

¹³ Al respecto puede consultarse, Sección Tercera, sentencia de 15 de marzo de 2006, exp. 76001-23-31-000-2001-04011-01(AG)A, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

inconstitucional este dispositivo por considerar que el hecho de que *“los ausentes interesados en la acción de grupo queden sujetos a las determinaciones adoptadas por el actor o quien actúe como demandante, a quienes se atribuye el poder de representar a las demás personas (...) puede comprometer la suerte de las acciones particulares que en un momento dado decidan intentar los primeros”*, lo que, a su juicio, vulneraría lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución Política, a cuyo tenor la acción de grupo puede ejercerse *“sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”*. Sin embargo, esta objeción fue declarada infundada por la Corte Constitucional al considerar que¹⁴:

La consagración del derecho de exclusión, permite que el interesado pueda iniciar una acción independiente del resto de las personas cobijadas por la misma causa que originó un daño plural. Por lo tanto, la legitimación que se confiere a cualquier miembro del grupo para asumir la representación de los demás, no es óbice para que se entablen acciones individuales, por fuera de las acciones de grupo. El esquema legal estimula el efectivo acceso a la justicia del conjunto de damnificados, pero no impide que se instauren procesos singulares por parte de quienes decidan obrar de manera individual.

16.2.3. Así pues y aun cuando, como también lo ha sostenido la Corte, la acción de grupo *“supone, para cada una de las personas afectadas por el hecho dañoso, el ofrecimiento de una vía procesal alternativa, especialmente clara y expedita, a través de la cual pueden buscar el reconocimiento y efectividad de la responsabilidad que la ley establece en cabeza del autor de dicho hecho jurídico generador del daño, en circunstancias presumiblemente más ventajosas que aquellas que rodearían el ejercicio de la acción individual”*¹⁵, lo cierto es que, de acuerdo con la regulación legal, declarada conforme con la Constitución, cuando los integrantes del grupo no optan por entablar las acciones individuales, esto es, no ejercen el derecho de exclusión del grupo, resultan vinculadas por lo decidido en una acción instaurada en su nombre, tanto si se han hecho parte en el proceso como si no.

¹⁴ Sentencia C-036 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ Sentencia C-241 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

16.3. Ahora bien, en punto a determinar el contenido de lo que, en la acción de grupo, resulta vinculante para este último, la Sala advierte que, teniendo en cuenta que, en los términos del artículo 46 de la Ley 472 de 1998, dicha acción se ejerce *“para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios”*, lo que la asemeja a la acción de reparación directa, resulta apenas lógico considerar que, lo que hace tránsito a cosa juzgada en una acción de grupo es lo mismo que, en la de reparación directa, produce efectos de cosa juzgada frente a otro proceso, esto es, el objeto, la causa y las partes en litigio, bajo el entendido de que, por la particularidad de la acción de grupo, la parte actora no es quien interpuso la demanda sino el grupo a favor del cual se presentó. Y es que si bien es cierto que las acciones de grupo *“obedecen a una nueva concepción de las instituciones jurídicas, que se concreta en la aparición de nuevos intereses objeto de protección y de nuevas categorías en relación con su titularidad”*, distintos a los individuales; también lo es que ello *“no altera las características del interés protegido, que sigue siendo un daño individual”*¹⁶, como en la acción de reparación directa.

16.3.1. En ese sentido es de anotar que aunque la cosa juzgada es un

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C569 de 2004, M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes. Sobre este mismo punto esta providencia sostiene que: *“...ciertos sectores de la doctrina caracterizan a las acciones de grupo como aquellas que protegen intereses “accidentalmente colectivos”, puesto que son daños individuales, pero que por su trascendencia y sus rasgos comunes son tramitados por un instrumento procesal colectivo. En cambio, según estos doctrinantes, los intereses “esencialmente colectivos” son los derechos o intereses colectivos o difusos, que corresponden a intereses supraindividuales e indivisibles, como el medio ambiente, que son protegidos en nuestro país por las acciones populares. // 53- Las anteriores características de la acción de grupo explican las dos denominaciones más usuales que en el derecho comparado reciben los intereses amparados por este mecanismo judicial de protección. Así, como ya se vio, algunos doctrinantes denominan estos derechos como “derechos o intereses de grupo” pero “con objeto divisible”, precisamente para insistir en que si bien la acción de grupo es procesalmente colectiva y se indemniza al individuo en tanto que es un miembro de un grupo, sin embargo las reparaciones son individualizables y divisibles, por cuanto el daño es subjetivo. Por el contrario, otros ordenamientos y doctrinantes califican estos intereses como “intereses plurisubjetivos” o “intereses o derechos individuales homogéneos”, precisamente para insistir en que el interés protegido no es colectivo sino individual, pero que es homogéneo, en la medida en que tiene un origen común y una gran relevancia social, todo lo cual justifica su tratamiento procesal colectivo”*.

fenómeno de carácter transversal, esto es, se predica de las decisiones definitivas adoptadas en diferentes jurisdicciones¹⁷, opera de manera distinta en función del tipo de acción en el marco de la cual se profiere la providencia a propósito de la cual se invoca.

16.3.2. Así, por ejemplo, mientras el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil establece que: i) *“la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*; ii) *“la sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes*; iii) en los procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, la cosa juzgada se regulará por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias; y iv) *“en los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento”*¹⁸; el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo dispone que:

La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada. // La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor. // Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal,

¹⁷ Así, por ejemplo, el artículo 243 de la Constitución dispuso que *“los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. // Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”* y se hace referencia a ella tanto en los Códigos de Procedimiento Civil, Contencioso Administrativo, Procesal del Trabajo y de Procedimiento Penal. No obstante, el artículo 333 del Código de Procedimiento Civil consagra que algunas sentencias ejecutoriadas no hacen tránsito a cosa juzgada.

¹⁸ Disposición que se reproduce en términos similares en el artículo 303 del Código General del Proceso que está llamado a derogar integralmente el Código de Procedimiento Civil.

*en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios*¹⁹.

16.3.3. Disposiciones a partir de las cuales es fácil inferir que la concreción del fenómeno de cosa juzgada está ligada necesariamente al objeto del litigio resuelto por la decisión respecto de la cual se predica²⁰. Así, por ejemplo, en los asuntos en los cuales se debaten y definen intereses subjetivos, como es la regla general en el procedimiento civil, o como ocurre en los relativos a las acciones contractuales y de reparación directa en el contencioso administrativo, la cosa juzgada se materializa en el hecho de que, en sede judicial, no pueda debatirse nuevamente un proceso que, tramitado por las mismas partes, verse sobre igual objeto y se funde en la misma causa de otro que haya sido definido mediante sentencia ejecutoriada, lo que se explica porque, en estos casos, el litigio resuelto está constituido por la conjunción de estos tres aspectos²¹. Distinto a lo que ocurre en los procesos en los cuales lo que se debate y define es la

¹⁹ En su artículo 189, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula el tema en términos casi idénticos, aunque dispuestos de manera distinta: “*La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen. // Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios. // Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes. // La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes. // La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor. // Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley*”.

²⁰ Para ver una interesante crítica sobre esta forma de regular el fenómeno de la cosa juzgada puede consultarse: Jordi Nieva Fenoll, *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, 309 p.

²¹ En ese sentido, el tratadista Hernando Morales Molina indica que: “*La cosa juzgada está determinada esencialmente por la necesidad de poner término a un litigio; mas dicha necesidad se refiere sólo a las partes y no a terceros, por lo cual existe la máxima res inter alios judicata aliis non nocet, nec potest. Las sentencias civiles tiene fuerza de verdad, pero sólo relativamente a las partes (C.C. Art. 17); por lo cual, para que nazca la excepción de res iudicata, no basta la identidad de la cuestión, sino que es necesaria la de las personas y calidad con que proceden en ambos procesos*”, *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General*, 11ª Ed., Editorial ABC, Bogotá, 1991, p. 553.

legalidad de un acto, como los relativos a las acciones de nulidad, pues en ellos, en perfecta concordancia con el objeto de la acción, la cosa juzgada se concreta en el análisis de legalidad realizado por el juez, a partir de los cargos de la demanda, de modo que este análisis no puede ser discutido o retomado con posterioridad, bien porque, habiéndose decretado la nulidad del acto, este desaparece del ordenamiento jurídico -con lo que un nuevo juicio de legalidad carecería de objeto por sustracción de materia-, bien porque, habiéndose denegado las pretensiones de la demanda, el mismo no puede ser atacado sino por razones diferentes a las ya estudiadas por la jurisdicción²².

16.3.4. Decantado entonces que, en los términos de la Ley 472 de 1998, lo decidido en una acción de grupo tiene efectos de cosa juzgada para los miembros del grupo a favor del cual se interpuso –tanto si hicieron parte del proceso o no y salvo las excepciones antes señaladas-, lo que, en consideración a lo dispuesto en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo sobre las acciones de reparación directa, significa que a favor del mismo grupo no podrá adelantarse, contra el mismo demandado, otra acción con un objeto idéntico y con fundamento en la misma causa, corresponde a la Sala examinar si en la presente acción se plantea un asunto que constituya cosa juzgada, en virtud de la decisión adoptada el 21 de abril de 2004 por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el marco del proceso tramitado bajo el número de radicación 2000-0015.

16.4. En este orden de ideas sea lo primero advertir que, en ambos casos, la acción se instauró a favor del mismo grupo, esto es, el constituido por quienes ostentaban la calidad de accionistas de Granahorrar para el 3 de octubre de 1998 –supra párr. 1-, es decir, para el momento en que, de acuerdo con los hechos manifestados en la demanda tramitada bajo el

²² Lógica similar a la que se aplica en materia del juicio de constitucionalidad de las leyes operado por la Corte Constitucional. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-220 de 2011, C-332 de 2013, C-532 de 2013 y C-287 de 2014.

número de radicación 2000-0015, se produjo la oficialización de dicha corporación, a la cual, a juzgar por el *petitum* del libelo introductorio, se atribuye la causación de los perjuicios que allí se reclamaban –supra párr. 14.6-. Ahora bien, es oportuno recordar que, habiendo interpuesto una acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 28 de junio de 2000 –supra párr. 14.5-, esto es, con anterioridad a la presentación y admisión tanto de la acción de grupo n.º 2000-0015 –interpuesta el 29 de septiembre de 2000, supra párr. 14.6-, como de la presente –incoada el 25 de septiembre de 2000, supra párr. 1-, los seis accionistas que manifestaron expresamente excluirse del grupo a favor de quien se interpuso aquella y que, por ende, no se encuentran vinculados por lo allí decidido –supra párr. 14.9-, se entienden excluidos también de la presente, aun cuando no hayan formulado una solicitud expresa en ese sentido pues, como lo ha indicado la Sección Tercera de esta Corporación:

...de conformidad con lo establecido en los artículos 47 y 55 inciso final de la ley 472, debe entenderse como excluidos del grupo sometido al proceso iniciado en ejercicio de la acción grupo, a aquellos afectados que antes de la admisión de la demanda hayan ejercido su acción individual.

Tal derecho debe entenderse limitado en el tiempo por la formulación y admisión de la acción de grupo, dado que una vez admitida ésta, el proceso vincula a todos los afectados que no hubieran formulado acciones individuales, porque si ya las formularon, el proceso iniciado en ejercicio de la acción de grupo sólo los vinculará si expresamente el interesado pide su acumulación a la acción de grupo.

En otros términos, todos los afectados por una causa común quedan afectados con la sentencia que se profiera en una acción de grupo, a menos que antes de la admisión de la demanda formulada en ejercicio de la acción de grupo hayan ejercido la acción indemnizatoria individual, o que dentro de los términos establecidos en la ley, soliciten expresamente su exclusión; aceptada ésta podrán intentar, no otra acción de grupo, sino una acción individual por indemnización de perjuicios, en la medida en que los términos para accionar no hayan vencido²³.

16.5. Por otra parte, en relación con la identidad jurídica de la parte demandada, la Sala considera que, contrario a lo concluido por el *a quo*, se trata de una condición que no se verifica en el *sub examine* o, por lo menos,

²³ Sentencia de 15 de marzo de 2006, exp. 76001-23-31-000-2001-04011-01(AG) A, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

no completamente. En efecto, a la lectura de las consideraciones expuestas sobre el particular en la sentencia de primera instancia²⁴, la Sala observa que el *a quo* se concentró en la identidad de causa y objeto que advirtió entre los dos procesos y que en desarrollo de esa argumentación aproximó, de manera forzada, la identidad de partes, bajo el concepto de “Estado” y “agentes estatales”.

16.5.1. No obstante, es de anotar que estas nociones no constituyen persona jurídica alguna, ni parte procesal, de modo que no podría entenderse verificada la condición establecida en la ley para que se configure la cosa juzgada y que se refiere expresamente al carácter jurídico y no material de la identidad de las partes. En ese sentido es indispensable recordar que, mientras que la acción de grupo tramitada bajo el número

²⁴ Se dice en la sentencia: *A pesar de que la parte actora sostiene que las partes en ambos procesos son diferentes, encuentra la Sala que ello no es cierto. El concepto de identidad de partes debe entenderse, como bien lo señala el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, en su sentido de identidad jurídica material. Más que como identidad meramente personal o formal. En primer lugar, el juez en la acción de grupo tiene la facultad para integrar la composición de la parte demandada llamando a todas las autoridades que crea que pueden ser responsables del daño alegado en la demanda, así el actor no las haya demandado (art. 52 de la Ley 472 de 1998). Si en el proceso que cursó en el Despacho del H. Magistrado Carlos Moreno, no se ordenó la citación del Banco de la República ni de FOGAFIN, es porque el juez no encontró elementos de juicio que le indicaran que se trataba de posibles responsables. En el presente proceso, a pesar de que el juez hubiera podido llegar a idéntica conclusión desde el inicio del proceso, es decir, que hubiera considerado que la verdadera entidad estatal que debía comparecer a juicio y defender los intereses estatales era la Superintendencia Bancaria, no podía el juez ordenar la desvinculación del Banco de la República y de FOGAFIN, porque esa facultad no está consagrada expresamente en la Ley 472. En otras palabras, el juez puede llamar al proceso a posibles responsables que no hayan sido demandados pero no puede hacer lo contrario, esto es, desvincular ab initio a entidades que han sido demandadas desde el principio del proceso, a menos que halle una razón incontrovertible. Y es que realmente fue la Superintendencia Bancaria la entidad que profirió la orden de capitalización de Granahorrar, que es la decisión principal en torno a la cual giraron todas las demás decisiones, hechos y consecuencias. Lo que interesa es que, en realidad, a pesar de la inclusión en la demanda del Banco de la República y de FOGAFIN, ambos procesos son idénticos. Giran sobre el mismo asunto, buscan el mismo objeto, se fundamentan en las mismas argumentaciones, relatan los mismos hechos y se dirigen contra el mismo demandado: El Estado, encarnado en la Superintendencia Bancaria (ahora Superintendencia Financiera) principalmente. Las decisiones fueron tomadas por agentes estatales y los hechos, omisiones y operaciones administrativas en que se fundamentaron ambas demandas no son diferentes en una y otra. No hay razón de peso para llegar a la conclusión de que entre ambas demandas existe una diferencia sustancial que pudiere conducir a tomar una decisión diferente en ambas sentencias. Y si ya el juez se pronunció mediante sentencia que se encuentra en firme, no sería lógico emitir una nueva decisión de fondo”.*

2000-0015, la única demandada fue la Superintendencia Bancaria que, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 510 de 1999, tiene “*personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio*”²⁵, la acción de grupo que ahora se falla fue interpuesta no sólo contra esa entidad, sino también contra el Banco de la República que, como ya se indicó –supra párr. 13.1- “*es una persona jurídica de derecho público con autonomía administrativa, patrimonial y técnica*”, por disposición expresa del artículo 371 de la Constitución Política, y contra el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-Fogafin que, según el artículo 316 del Decreto 663 de 1993, “*es una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única, sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria*”. En tal virtud y a condición de que se verifiquen los demás elementos constitutivos de la cosa juzgada, solo sería posible declararla, con los efectos que se le reconocen –“*imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de las cuales las sentencias ejecutoriadas están dotadas*”²⁶–, respecto de la Superintendencia Bancaria.

16.6. Así pues, corresponde a la Sala establecer si, en relación con esta última entidad, el objeto y la causa de la presente acción de grupo coinciden con los de la fallada el 21 de abril de 2004, teniendo en cuenta que, como lo ha señalado la doctrina, citando la jurisprudencia: “*no siempre es fácil escindir lo que es materia de decisión en la sentencia, o sea su objeto en sí*

²⁵ Vale la pena recordar que el artículo 325 del Decreto 663 de 1993 establecía dicha superintendencia era “*un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público*” sin personería jurídica independiente de la Nación y, actualmente, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 4325 de 2005, constituye, por fusión con la Superintendencia de Valores, la Superintendencia Financiera, “*organismo técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio*”.

²⁶ Sección Primera, sentencia de 11 de octubre de 2006, rad. 50001-23-31-000-1998-90201-01, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianetta: “*El concepto de cosa juzgada que se predica de las sentencias judiciales hace referencia a las características de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de las cuales las sentencias ejecutoriadas están dotadas; es decir, cuando las decisiones de los funcionarios judiciales hacen tránsito a cosa juzgada, significa que luego de ciertos trámites, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente, y no pueden ser variadas. Se presenta cosa juzgada cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa e igual objeto al ya resuelto por los funcionarios judiciales.*”

mismo considerado, y la razón o motivo de la reclamación de tutela para un bien jurídico, desde luego que se trata de dos aspectos íntimamente relacionados entre sí. De ahí por qué sea recomendable examinar tales dos cuestiones como si se tratara de una unidad para determinar de esa forma en todo el conjunto de la res iudicim deductae tanto la identidad del objeto como la identidad de causa, sobre qué se litiga y por qué se litiga”²⁷.

16.6.1. Al respecto se advierte que aunque en la demanda que dio origen a esa acción lo pretendido era que se condenara a la Superintendencia Bancaria a pagar al grupo de accionistas de Granahorrar “*los perjuicios morales y materiales, causados (...) por las actuaciones administrativas que determinaron la oficialización de dicha entidad financiera*”, la cual consistió en que, con posterioridad a la orden de capitalización proferida por dicha Superintendencia –y de la cual se afirmó, era de imposible cumplimiento-, Fogafin hubiere dado la orden de reducir el valor nominal de las acciones y decidido capitalizarla en una suma de \$ 157 000 000 000 –supra parr. 14.3 y 14.4-; mientras que, en la que ahora se falla, lo solicitado es que se indemnicen los daños causados por “*el conjunto de actos, hechos, decisiones, operaciones administrativas, omisiones, actos de trámite y de ejecución, que culminaron con la orden de capitalización emitida por la Superintendencia Bancaria dirigida a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, de fecha 2 de octubre de 1998, y la orden de reducción del valor nominal de la acción, y ejecución de la misma, emitida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y dirigida a la misma Corporación*” –supra párr. 1-, lo cierto es que ese conjunto de actuaciones son las mismas que “*determinaron la oficialización de Granahorrar*” y, además, lo pretendido en ambos casos es, materialmente, idéntico.

16.6.2. En efecto, por una parte, la supuesta oficialización de Granahorrar

²⁷ López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General*, Tomo I, 7ª Ed. Dupré Editores, 1997, p. 602, en donde se cita: “GACETA No. 2419 DE 1985, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de agosto de 1985, págs. 314 y 315”.

no habría podido producirse sin la orden de capitalización proferida por la Superintendencia Bancaria y sin la resolución de Fogafin por la que se ordenó la reducción del valor nominal de las acciones, la cual no tenía objeto distinto al permitir la subsiguiente capitalización que esa misma entidad realizaría, de modo que todos los antecedentes de estas dos decisiones lo son también de dicha oficialización y, por la otra, salta a la vista que, en ambos procesos, el objeto perseguido fue la indemnización de los supuestos daños causados a los accionistas de Granahorrar como consecuencia de las decisiones adoptadas respecto de esta Corporación los días 2 y 3 de octubre de 1998 y que, de acuerdo con lo señalado en las dos demandas, se concretaron en perjuicios materiales derivados de la disminución del valor de las acciones. Así, en el acápite de estimación razonada de la cuantía de la demanda tramitada bajo el número 2000-0015, la condena solicitada por concepto de daño emergente es el monto calculado por desvalorización de la acción –supra párr. 14.6-, como ocurre en el presente proceso en donde lo pedido es la indemnización del valor que, para la época de los hechos, registraban en la Bolsa de Bogotá S.A., las acciones que se desvalorizaron luego del 3 de octubre de 1998 –supra párr. 1-.

16.6.3. Lo anterior sin mencionar que, como lo deja traslucir la formulación de las pretensiones, los fundamentos fácticos y jurídicos invocados en ambas demandas son los mismos. En ese sentido basta señalar que en las dos se relata con detalle la misma secuencia de hechos que, en relación con Granahorrar, se desarrollaron los días 2 y 3 de octubre de 1998 –supra párr. 1.1 y 14.6- y en ambas se reprocha a la Superintendencia Bancaria lo mal fundado de sus actuaciones, especialmente, el haber proferido una orden de capitalización en contravía con diferentes disposiciones legales.

16.6.4. Sobre este último punto, no escapa a la Sala que, aunque con una finalidad indemnizatoria similar, la presente acción de grupo incluyó como subsidiaria una pretensión que no fue formulada ni analizada expresamente en la 2000-0015, a saber, la relativa a la declaratoria de nulidad de dos

actos administrativos, entre ellos, uno proferido por la Superintendencia Bancaria: la orden de capitalización de Granahorrar de 2 de octubre de 1998 –supra párr. 1-; pretensión cuya particularidad, esto es, el hecho de ser propia de acciones o medios de control específicamente establecidas para dicho fin, hace que, en relación con este punto específico, no haya identidad de objeto entre las dos acciones.

16.6.4.1. Y es que si bien es cierto que en la decisión adoptada el 21 de abril de 2004, la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que la actuación desarrollada por la Superintendencia Bancaria se ajustó al ordenamiento jurídico, lo que, dados los hechos allí discutidos, equivalía a considerar implícitamente que la orden de capitalización por ella proferida habría sido legal; también lo es que las pretensiones relativas a la nulidad de actos administrativos deben formularse y resolverse de manera expresa, máxime cuando, como se verá, la procedencia de la acción de grupo para formular peticiones de ese tipo no ha sido un tema pacífico –infra acápite n.º IV -, de modo que no podría concluirse, sin exceder el alcance de lo que puede ser ventilado en una acción de grupo de manera indiscutible, que en dicha providencia se decidieron, con fuerza de cosa juzgada, los cargos de ilegalidad que, contra la orden de capitalización de Granahorrar proferida por la Superfinanciera Bancaria, se formularon en la presente acción. En ese sentido es de anotar que, teniendo por efecto el impedir que la administración de justicia se pronuncie nuevamente sobre un asunto ya resuelto, la cosa juzgada debe declararse única y exclusivamente cuando no existan dudas sobre su configuración.

16.7. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la existencia de cosa juzgada respecto de todo el litigio planteado a través de la presente acción y declarará que, en virtud de lo decidido por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de 21 de abril de 2004, proferida en el marco de la acción de grupo 2000-0015, existe cosa juzgada únicamente en

relación con las pretensiones que, en esta demanda, se elevaron en contra de la Superintendencia Bancaria y salvo respecto de aquellas que tienen que ver con la nulidad de la orden de capitalización proferida el 2 de octubre de 1998 y la consecuente reparación de perjuicios.

16.8. Por último en relación con esta excepción es de recordar que, en sus alegatos de conclusión de segunda instancia, la parte actora indicó que, en tanto había declarado la nulidad de la orden de capitalización de 2 de octubre de 1998 expedida por la Superintendencia Bancaria y de la Resolución n.º 002 de 3 de octubre de 1998 por medio de la cual Fogafin ordenó la reducción nominal del capital social de Granahorrar, la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 1º de noviembre de 2007 en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por seis accionistas de Granahorrar habría hecho tránsito a cosa juzgada *erga omnes* –supra párr. 14.11- y, en consecuencia, debía tenerse en cuenta a la hora de decidir la presente acción. Sin embargo, dado que, como quedó expuesto en el acápite de los hechos probados, dicha providencia fue dejada sin valor ni efecto por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU 447 de 2011 –supra párr. 14.12-, su contenido perdió toda la fuerza vinculante invocada.

IV.2. La legitimación en la causa por activa del grupo demandante

17. Dado que, como se expuso en el acápite precedente, la sentencia de 21 de abril de 2004 tantas veces citada no ata al grupo integrado por los accionistas de Granahorrar al 3 de octubre de 1998 sino parcialmente –en lo relacionado con ciertas pretensiones formuladas en contra de la Superintendencia Bancaria-, no le asiste razón a las entidades demandadas cuando, en sus alegatos de conclusión de segunda instancia, afirman que la sociedad demandante carecía de legitimación en la causa por activa para incoar la presente acción –supra párr. 11.1- o que el grupo a favor de quien se interpuso no estaba constituido por más de veinte personas –supra párr.

11.2.-

17.1. Lo anterior por cuanto, en ambos casos, dichas afirmaciones hacen referencia al hecho de que, habiéndose presentado otra acción con el fin de perseguir la indemnización de los mismos perjuicios, el grupo a favor de quien se interponía la presente sólo podía estar constituido por los seis accionistas que manifestaron excluirse de aquella, dentro de los cuales no se encontraba la sociedad demandante y, por lo tanto, además de que ésta no estaba legitimada para demandar a nombre del grupo constituido por aquellos, dicho grupo no cumplía con el requisito establecido en el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, según el cual debía estar integrado por, al menos, veinte personas²⁸.

17.2. No obstante, como ya se explicó, por una parte, los seis accionistas excluidos expresamente de la primera acción de grupo lo son también de la presente por haber formulado acciones individuales con anterioridad a su presentación –supra párr. 16.4- y, por la otra, no existiendo identidad de personas demandadas en una y otra acción, el mismo grupo demandante en la primera se encuentra legitimado para adelantar la segunda que, aunque con objeto y causa similares, se dirige contra otras personas, lo que implica que para dicho grupo la causa común de los perjuicios individuales demandados –la disminución del valor de sus acciones- ya no es producto exclusivo de las actuaciones de la Superintendencia Bancaria, sino del conjunto de aquellas realizadas por otras entidades –Fogafin, Banco de la República y de la misma Superintendencia al proferir la orden de capitalización cuya legalidad se cuestiona-.

17.3. Así las cosas, dado que: i) de acuerdo con los medios probatorios allegados al proceso, los accionistas de Granahorrar para el 3 de octubre de

²⁸ Disposición que fue declarada exequible bajo el entendido de que “*la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre señale en ella los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado*”. Corte Constitucional, sentencia C-116 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

1998 eran más de 20; ii) dentro de ellos se encontraba la sociedad demandante –supra párr. 14.13-; y iii) todos ellos reúnen condiciones uniformes respecto de la causa común invocada como aquella que originó los perjuicios individuales que se reclaman –todos habrían resultado afectados por la pérdida de valor de las acciones, independientemente del número de ellas que detentara cada uno-²⁹, la excepción de falta de legitimación en la causa por activa no se encuentra probada, como se declarará.

IV.3. La fuente del daño cuya indemnización se demanda

18. Teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite relativo a la cosa juzgada, la Sala sólo podría pronunciarse sobre las pretensiones indemnizatorias elevadas contra el Banco de la República y Fogafin por el supuesto daño causado a los integrantes del grupo demandante por el *“conjunto de actos, hechos, decisiones, operaciones administrativas, omisiones, actos de trámite y de ejecución, que culminaron con la orden de capitalización emitida por la Superintendencia Bancaria dirigida a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, de fecha 2 de octubre de 1998, y la orden de reducción del valor nominal de la acción, y ejecución de la misma, emitida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y dirigida a la misma Corporación, de fecha 3 de octubre de 1998”* y sobre las formuladas en contra de la Superintendencia Bancaria a propósito de la declaratoria de nulidad de la orden de capitalización antes mencionada y las reparaciones a que hubiere lugar por cuenta de esta última.

18.1. No obstante, lo anterior supone resolver previamente las excepciones de *“inepta demanda”*, *“trámite diferencial al que corresponde”* y *“caducidad de la acción”*, formuladas a lo largo del proceso, las cuales, en términos

²⁹ A propósito del presupuesto procesal de la acción de grupo relativa a las condiciones uniformes respecto de la causa común que originó los perjuicios individuales puede consultarse Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2007, exp. 66001-23-31-000-2004-00832-01(AG), C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

generales, aluden a la improcedencia de la acción de grupo para ventilar pretensiones propias de otro tipo de vía procesal, particularmente, para obtener la indemnización de perjuicios provenientes de actos administrativos cuya legalidad se cuestiona.

18.2. Y es que, a propósito de las acciones contenciosas consagradas por el ordenamiento, la Corporación ha sostenido de manera constante y reiterada que cada una de ellas persigue una finalidad específica y, en consecuencia, no podría el juez, sin desconocer la estructura de los medios de control estipulados y, por ende, los principios que le dan su razón de ser, pronunciarse sobre peticiones distintas a aquellas susceptibles de ser ventiladas a través de la acción incoada. Es por ello que la idoneidad de la acción es un requisito sustancial de la demanda, indispensable para poder estudiar de fondo las pretensiones elevadas por un demandante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo³⁰. Así, de tiempo atrás se ha indicado:

La Sala relievra cómo a cada acción le corresponde una pretensión, según los hechos que conforman o constituyan el conflicto. El sistema procesal para endilgarle al Estado responsabilidad por daños está, en consecuencia, configurado por los arts. 85, 86 y 87 C.C.A. No se trata de un aspecto o tema librado a la voluntad de la parte actora, o de quien va a accionar. Si de los hechos se desprende una relación laboral, de carácter estatutario, el conflicto surgido deberá ser tramitado procesalmente por la acción prevista en el art. 85 del C.C.A. Si de esos hechos en cambio, se desprende la existencia de una relación contractual, el conflicto se deberá examinar por la acción del art. 87. Y si el conflicto de intereses no surge de ninguna relación jurídica en particular, sino que se fundamenta en el NEMINEM LAEDERE, la acción para enjuiciarlo será el art. 86 del C.C.A. Las pretensiones deben corresponder y armonizar con los hechos y con la acción que éstos determinen. Es en la demanda donde deben quedar debidamente fijados

³⁰Que la adecuada escogencia de la acción sea un requisito sustancial de la demanda, y no meramente formal, es un criterio que ha sostenido la Sala en forma reiterada y uniforme. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera: auto del 22 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, n.º interno 23532, radicación n.º 18001-23-31-000-2002-00084-01; auto del 30 de marzo de 2006, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, n.º interno 31789, radicación n.º 17001-23-31-000-2005-00187-01; y auto del 19 de julio de 2006, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, n.º interno 30905, radicación n.º 25000-23-26-000-2005-00008-01; de la Subsección "B" las sentencias del 22 de agosto de 2011, 31 de mayo de 2012 y 26 de junio de 2014, C.P. Danilo Rojas Betancourth, n.º interno 19787, 23260 y 32986, radicación n.º 1998-01456-01, 1998-05934-01 y 2004-01419-01, respectivamente; entre otras.

*los hechos, planteada la acción y exigida la pretensión*³¹.

18.2.1. En el mismo sentido, aunque referido específicamente a la indemnización de daños provenientes de actos administrativos, la Sección Tercera también ha señalado:

*La procedencia de la acción no depende de que el actor escoja cuestionar o no la legalidad del acto administrativo, tal elección depende directamente de la presencia o no de causal de ilegalidad en el mismo, si ella se presenta entonces el perjuicio por el cual se reclama indemnización deviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual para que el daño causado con aquel adquiera la connotación de antijurídico, es menester lograr su anulación en sede de revisión de legalidad, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es la que corresponde. En cambio, cuando el acto administrativo se ajusta al ordenamiento jurídico, no obstante lo cual causa un daño, ese daño sólo comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando de él pueda predicarse el carácter de antijurídico, el cual resulta de la demostración del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, que el acto ha causado a alguno o algunos de los administrados, demostración que debe tener lugar en el ámbito de una acción de reparación directa. Es decir, que frente a un vicio de ilegalidad en el acto administrativo no es viable intentar la acción de reparación directa para obtener la indemnización del perjuicio causado, por el acto administrativo, dado que en ese evento la imputación de responsabilidad no se hace por un daño especial que tiene como fundamento estructural la legalidad de la conducta con la cual se causa, sino, la ilegalidad del acto*³².

18.2.2. Así pues, corresponde al juez determinar, a la luz de lo esbozado en la demanda y del material probatorio obrante en el plenario, “cuál es el origen del daño que se alega, para determinar así mismo, cuál es la acción correcta”³³, de modo que cuando encuentre que la parte actora escogió una vía inadecuada para demandar el restablecimiento de su situación, o para perseguir la indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados, puede rechazar la demanda o, de haber avanzado el proceso sin que se advirtiera dicho defecto sustantivo, proferir fallo inhibitorio³⁴. También puede

³¹ Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 1997, exp. 12432, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³² Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, rad. 16.421, C.P. Ruth Stella Correa.

³³ Sección Tercera, sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 16474, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁴ En relación con este punto pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección

pasar, como en el *sub examine*, que a la hora de admitir la acción incoada o durante el trámite del proceso se hayan vislumbrado dudas sobre su procedencia y, sin embargo, dadas las especificidades del caso, haya sido necesario esperar hasta el fallo para determinar “*la fuente real generadora de los perjuicios*” y, con ella, la procedencia de la acción incoada –supra párr. 2 y 4-.

18.3. En el caso bajo análisis la Sala advierte que, aunque el grupo actor señala como fuente del daño el “*conjunto de actos, hechos, decisiones, operaciones administrativas, omisiones, actos de trámite y de ejecución*”, lo cierto es que, como también se indica en las pretensiones principales de la demanda y como lo confirman los hechos invocados como sustento de las mismas, todos ellos “*culminaron con la orden de capitalización emitida por la Superintendencia Bancaria dirigida a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, de fecha 2 de octubre de 1998, y la orden de reducción del valor nominal de la acción, y ejecución de la misma, emitida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y dirigida a la misma Corporación, de fecha 3 de octubre de 1998*”, de modo que, para los accionistas de Granahorrar, el daño se concretó efectivamente a partir de lo decidido en estos actos, específicamente, en aquel que ordenó la reducción del valor nominal de las acciones.

18.3.1. Si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la formulación de la pretensión indemnizatoria elevada en la presente acción de grupo, dicho

Tercera de esta Corporación: sentencia de 6 de julio de 2006, exp. 15356, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 22 de marzo de 2007, n.º interno 13858, radicación n.º 11001-23-26-000-00397-01, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 23 de abril de 2008, n.º interno 15906, radicación n.º 25000-23-26-000-1995-01400-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 3 de diciembre de 2008, n.º interno 16054, radicación n.º 50001-23-26-000-1996-01901-01, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 3 de febrero de 2010, n.º interno 19417, radicación n.º 44001-23-31-000-1999-00608-01, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 10 de abril de 2010, n.º interno 17311, radicación 25000-23-26-000-1992-08151-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 28 de abril de 2010, n.º interno 18530, radicación n.º 68001-23-15-000-1995-01096-01, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 23 de junio de 2010, n.º interno 18319, radicación n.º 85001-23-31-000-1998-00129-01, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; sentencia del 11 de agosto de 2010, n.º interno 17609, radicación n.º 50001-23-31-000-196-05910-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; entre otras.

daño consiste en la pérdida de valor de sus acciones, es indiscutible que al margen de que esta desvalorización haya podido resultar de actuaciones u omisiones realizadas antes de que se profirieran estos dos actos administrativos, especialmente el de la reducción del valor nominal de la acción, o incluso de la misma situación financiera de Granahorrar, lo cierto es que la reclamada por el grupo demandante es la que se habría producido luego del 3 de octubre de 1998 –se recuerda que, según la demanda, el monto de la condena solicitada debía calcularse a partir del “valor que registraba la cotización de la acción en la Bolsa de Bogotá S.A., más cercana al 3 de octubre de 1998”-, es decir, la que habría resultado luego de la orden de reducción del valor nominal de las acciones –supra párr. 14.3-. En ese sentido vale la pena transcribir lo consignado en el acápite número 7.2 de los hechos de la demanda:

El actor, y con él los demás accionistas de Granahorrar que integran el grupo demandante, a los cuales representa el actor por disposición legal y por la sola definición que los hace miembros integrantes del grupo, vieron reducido el valor nominal de la acción que poseían en la Corporación, como resultado de la ejecución de dicha orden de reducción del valor nominal, causándoles UNA PÉRDIDA QUE CONSISTE, POR LO MENOS, EN LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR registrado en bolsa de 8,90, POR CADA ACCIÓN POR ELLOS POSEÍDA, y un centavo. LA PÉRDIDA TOTAL, ANTES DE ACTUALIZACIONES E INTERESES, SE CALCULA MULTIPLICANDO EL NÚMERO DE ACCIONES POR CADA UNO POSEÍDAS, POR EL REFERIDO PRECIO EN BOLSA, Y RESTANDO, SI SE QUIERE, ESE MISMO NÚMERO DE ACCIONES MULTIPLICADO POR UN CENTAVO (mayúsculas del original) (f. 6 c.1).

18.4. Ahora bien, no escapa a la Sala que, según lo afirmado por la parte actora, el hecho de que dichos actos administrativos no hayan sido notificados a los accionistas de Granahorrar implicaría que la fuente del daño invocado sea, en realidad, la operación administrativa ilegal consistente en su ejecución anticipada o irregular y no la supuesta ilegalidad de los actos:

El caso que nos ocupa es bien singular en razón de que el daño finalmente se produce con la expedición de dos actos administrativos, es cierto, pero dos actos administrativos que no se notifican a los miembros del grupo demandante y que son el producto de actos, hechos y operaciones administrativas, tendientes a producir los

efectos, de manera que los actos reflejaran (sic) algunos visos de formalidad. (...)

...la pura y simple ausencia de notificación de tal acto administrativo, y de otros que quizá sean su soporte necesario, pero que pueden considerarse en sí mismos actos administrativos independientes, hace que esos actos no debieran haberse ejecutado sin la previa notificación, y que toda la actuación, en cuanto depende de pasos, soportes y elementos previos que sin embargo no son requisitos formales ni de fondo de los actos administrativos, puede entonces verse simplemente como una operación administrativa causante del daño (f. 31 y 56 c.1).

18.4.1. No obstante, como lo explicó ampliamente la Corte Constitucional al revisar las acciones de tutela instauradas contra la decisión proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación el 1º de noviembre de 2007, no es cierto que dichas decisiones tuvieran que ser notificadas a los miembros del grupo demandante, de modo que, contrario a lo sugerido en el libelo introductorio, su ejecución no habría sido irregular y, por lo tanto, como lo ha explicado la Sección Tercera de esta Corporación³⁵, de haber causado daños, estos se habrían originado no en dicha ejecución, sino directamente en los actos administrativos ejecutados.

18.4.2. En efecto, en la sentencia SU-447 de 2011, mencionada en el acápite de hechos probados, la Corte Constitucional, en relación con las órdenes de capitalización, concluyó que:

(i) No era indispensable la comunicación de la orden de capitalización a los terceros, por cuanto el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tenía que ser aplicado de preferencia, en punto a la medida preventiva de recapitalización, de su comunicación y ejecutoriedad, sobre la norma del Código Contencioso Administrativo -art. 46-. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993- no solo es norma posterior al Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, sino que, contiene disposiciones especiales relativas a la medida preventiva anotada de forzosa aplicación sobre normas generales del Código Contencioso Administrativo que, además, no trata en disposición alguna lo relacionado con medidas preventivas de carácter administrativo.

(ii) El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no viola el debido proceso por no consagrar mecanismo alguno de comunicación o

³⁵ Ver, por ejemplo, Sección Tercera, sentencia de 17 de agosto de 1995, exp. 7095, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

publicidad de sus medidas preventivas o cautelares a terceros, situación normativa que es independiente de que el Código Contencioso Administrativo establezca dicha publicidad en actuaciones administrativas generales. Lo anterior, como lo afirmó la Corte, es propio de la especialidad que se viene tratando y que está radicada en el Estatuto Orgánico anotado. Por consiguiente, el legislador extraordinario, al excluir de manera evidente dicho tipo de publicaciones o comunicaciones a terceros, dispuso un trámite particular y por ende especial, al cual no deben aplicársele los dispositivos normativos del Código Contencioso Administrativo.

18.4.3. Criterio que reiteró al referirse a la orden de reducción del valor nominal de las acciones:

La no aplicación de los postulados generales de Código Contencioso Administrativo así como la no exigencia -en el procedimiento administrativo referido a la reducción nominal del capital social- de comunicar la decisión a terceros, proviene de los mismos argumentos expuestos con anterioridad, donde se establece la primacía de las normas especiales. Por tanto, el artículo 46 del anotado código no era aplicable al presente caso, al existir un procedimiento específico y determinado de publicidad de la decisión y un sujeto específico a notificar.

18.5. Así las cosas, para la Sala no hay duda de que el daño cuya indemnización pretende el grupo demandante se concretó en un acto administrativo. Sin embargo, ello no implica que la fuente de aquel sea, necesariamente, el mismo acto, pues puede ocurrir que este último sólo sea el resultado de actuaciones u omisiones previas que, en esas circunstancias, constituirían la fuente real del daño por él concretado³⁶. Esta es la hipótesis que se sugiere en la demanda cuando se afirma:

Como puede verse, las entidades demandadas incurrieron cada una en hechos y omisiones que causaron daño a los demandantes, si una sola de estas entidades no hubiese cometido las omisiones endilgadas, o no hubiera condicionado todo el ejercicio de sus facultades y deberes a unas exigencias ilegales que hizo a unos accionistas, o si no hubiera ejecutado

³⁶ Así lo ha considerado la Sala en otras oportunidades. Así, por ejemplo: en sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 33322, C.P. Danilo Rojas Betancourth, esta Sala se interrogaba sobre si el daño cuya indemnización pretendían los demandantes –pérdida de la propiedad de unos vehículos por cuenta de un decomiso ordenado por la DIAN- había sido causado o no por el mismo acto de decomiso o por hechos anteriores. Allí se concluyó que si bien el daño se había materializado en ese acto administrativo, la fuente del mismo se encontraba en circunstancias anteriores, teniendo en cuenta que, en virtud de esas circunstancias, la entidad demandada no tenía alternativa diferente a la de proferir el acto de decomiso.

unos actos administrativos sin antes notificar a los perjudicados y escucharlos en ejercicio de su obligación constitucional y legal de permitirles defenderse, en fin, si no hubiera planeado un conjunto de actividades y decisiones que desde el inicio admitieron que estaban dirigidas en la forma en que efectivamente fueron conducidas, el proceso no hubiese podido culminar en la orden de capitalización y en la ejecución de la reducción del valor nominal de la acción (f. 46 c.1).

18.5.1. En este orden de ideas y analizada la *causa petendi* de la demanda, la Sala encuentra que, para el grupo actor, la fuente del daño consistente en la pérdida del valor de las acciones se sitúa, como lo dice en sus pretensiones principales, en un “*conjunto de actos, hechos, decisiones, operaciones administrativas, omisiones, actos de trámite y de ejecución*” imputables a las demandadas y que puede resumirse en que: i) la Superintendencia Bancaria no cumplió con el debido proceso, ni con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ni el Código de Comercio, al expedir la orden de capitalización –supra párr. 1.2.1–; además que tampoco ejerció adecuadamente su función de control y vigilancia sobre los actos realizados por Fogafin y el Banco de la República con miras a apropiarse de la cartera de Granahorrar –supra párr. 1.3–; ii) Fogafin obró ilegalmente puesto que condicionó el apoyo de liquidez, dio información privilegiada a terceros, propició la cesación de pagos de Granahorrar, se apropió de la cartera de Granahorrar, con lo que hizo posible que la Superintendencia Bancaria expidiera la orden de capitalización –supra párr. 1.2.2–, y, además, generó suspicacias en el mercado en torno a la estabilidad de Granahorrar –supra párr. 1.3–; y iii) el Banco de la República se apropió ilegalmente de la cartera entregada en garantía por Granahorrar a cambio del apoyo de liquidez y, adicionalmente, vulneró las normas que establecen los límites de los intereses –supra párr. 1.2.3–.

18.5.2. Así pues, de acuerdo con el libelo introductorio, la fuente del daño cuya indemnización se persigue es la conjunción de: i) la ilegalidad de la orden de capitalización proferida por la Superintendencia Bancaria, dado que lo que se cuestiona a dicha entidad es la determinación adoptada, considerada contraria al ordenamiento jurídico; ii) hechos y omisiones de la

Superintendencia Bancaria, anteriores a ese acto administrativo, en relación con los cuales, como se explicó, existe cosa juzgada, por lo que no habría lugar a estudiarlos; iii) actuaciones varias de Fogafin que fueron realizadas con anterioridad a la resolución mediante la cual se ordenó la reducción del valor nominal de la acción y algunas de las cuales, si no todas, tienen que ver con acuerdos relacionados con apoyos a la liquidez suscritos con Granahorrar; y iv) actuaciones varias del Banco de la República, también realizadas con anterioridad a los actos administrativos mediante los cuales se ordenó la capitalización de Granahorrar y la reducción del valor nominal de la acción; todas ellas referidas a un posible incumplimiento de lo pactado en convenios de apoyo a la liquidez.

18.5.3. Sobre los últimos dos aspectos es importante anotar que, en los términos expuestos en la demanda y dado el texto de la resolución mediante la cual se ordenó la reducción del valor nominal de la acción – supra párr. 14.3-, el cuestionamiento de dichas actuaciones de Fogafin y del Banco de la República no implican el de la legalidad de la resolución mencionada, pues se trata de asuntos perfectamente escindibles. En efecto, en primer lugar salta a la vista que, en la medida en que el Banco de la República no fue el autor de ese acto administrativo, las actuaciones que se le reprochan son externas a este último y, en segundo lugar, de acuerdo con el libelo introductorio, lo que se reprocha a Fogafin son los actos anteriores a dicha resolución, esto es, el haber llevado a cabo actuaciones que condujeron a Granahorrar a un estado de supuesta insolvencia posibilitando así que la Superintendencia Bancaria profiriera la orden de capitalización -cuya legalidad se ataca implícitamente- y que, consecuentemente, la misma Fogafin expidiera la orden de reducción del valor nominal de la acción, decisión contra la cual no se formuló ningún cargo de ilegalidad, al menos no de manera principal.

18.5.4. Y es que no puede perderse de vista que si bien el grupo actor solicitó expresamente la declaratoria de nulidad de estos dos actos, lo hizo sólo de manera subsidiaria y a condición de que se considerara necesaria

para acceder a las pretensiones de la demanda. Es en este contexto que en la demanda se formularon cargos de nulidad contra la resolución mediante la cual Fogafin ordenó disminuir el valor nominal de la acción; sin embargo, so pretexto de atacar la legalidad de este acto administrativo, dichos cargos reiteraron lo antes expuesto, esto es, que para el grupo demandante la verdadera causa del daño cuya indemnización se pretende se sitúa en las actuaciones de Fogafin y del Banco de la República que habrían dado lugar a que se declarara la situación de insolvencia en el marco de la cual se profirió la orden de capitalización y, consecuentemente, la de la reducción del valor nominal de la acción.

18.5.4.1. En efecto, el principal cargo de nulidad formulado en contra de este último es el de falsa motivación que se hace consistir, esencialmente, en que la supuesta insolvencia de Granahorrar no era tal pues, en realidad, se derivaba de actuaciones ilegales de Fogafin y del Banco de la República relacionadas con la manera como se hicieron efectivas unas garantías y se cobraron unos intereses –asuntos relacionados con supuestos incumplimientos contractuales- y en el hecho de que la Superintendencia Bancaria no verificó esos aspectos antes de proferir la orden de capitalización y rendir el informe en el que indicó que Granahorrar había perdido más del 100% de su capital, con base en el cual se adoptó la decisión atacada; circunstancias que, como se ve, se refieren a los antecedentes de la decisión, pero no a la motivación de esta última, fundada en lo informado por la Superintendencia Bancaria. Por otra parte, en el cargo de nulidad relativo a la “*desviación de las atribuciones propias*” de Fogafin, el grupo actor cuestiona los supuestos condicionamientos a los que se sujetaron los apoyos a la liquidez y la terminación unilateral de estos últimos; hechos anteriores a la verificación de la insolvencia de Granahorrar, certificada por la Superintendencia Bancaria, con base en la cual se profirió la orden de reducción del valor nominal de la acción.

18.6. No obstante, comoquiera que, en todo caso, una de las fuentes del daño invocado es la supuesta ilegalidad de la orden de capitalización

proferida por la Superintendencia Bancaria³⁷ y que, como pretensión subsidiaria de la presente demanda, se solicitó su nulidad y la de la resolución a que se hizo referencia en los párrafos precedentes, se hace necesario establecer si, a través de una acción de grupo como la incoada, es posible desvirtuar la presunción de legalidad que cubre un acto administrativo, esto es, obtener la declaratoria de su nulidad y, consecuentemente, la indemnización de los perjuicios que haya podido causar.

18.7. Asimismo y dado que la mayor parte de las actuaciones que se reprochan a Fogafin y al Banco de la República tienen que ver con posibles incumplimientos contractuales, será necesario establecer si la acción de grupo resulta procedente para obtener la indemnización de perjuicios derivados de este tipo de hechos dañosos. En aras a facilitar el orden de exposición, la Sala desarrollará este último punto antes del relativo a la procedencia de la acción de grupo para obtener la nulidad de actos administrativos.

IV.4. La procedencia de la acción de grupo para obtener indemnizaciones derivadas de supuestos incumplimientos contractuales

19. Durante el trámite del proceso, Fogafin y el Banco de la República manifestaron que, en la medida en que varios de los hechos que se les imputan atañen al supuesto incumplimiento de convenios de apoyos a la liquidez celebrados con Granahorrar, la acción de grupo incoada era

³⁷ No puede perderse de vista que, de conformidad con la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Sección Tercera de esta Corporación, no es posible obtener el resarcimiento de perjuicios, cuyo origen se imputa a la expedición de actos administrativos ilegales por parte de una entidad estatal, sin que se obtenga la declaratoria de nulidad correspondiente, puesto que de conformidad con el principio de legalidad, tales actos producirán efectos jurídicos hasta cuando no haya un pronunciamiento judicial definitivo que los prive de validez y eficacia.

improcedente. Sin embargo, dicho argumento debe ser descartado porque independientemente de que en algunas ocasiones la jurisprudencia de la Corporación haya sostenido que la acción de grupo no era la idónea para que la parte en un contrato solicitara ser indemnizada por los perjuicios que hubiere podido causar su incumplimiento por la contraparte (19.1); lo cierto es que, en este caso, los miembros del grupo demandante no fueron parte en los convenios indicados y, de acuerdo con las pretensiones de la demanda, lo por ellos perseguido no es ni la declaratoria formal del supuesto incumplimiento de los convenios, ni la indemnización de los perjuicios que este hubiere podido causar y cuya reclamación debía realizar directamente Granahorrar -persona jurídica diferente a sus accionistas-, sino la reparación de la pérdida de valor de sus acciones derivada de circunstancias que, para ellos, son hechos de la administración, constitutivos de falla del servicio (19.2).

19.1. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, en materia de daños derivados de supuestos incumplimientos contractuales la acción de grupo es improcedente cuandoquiera que: i) no existan elementos que permitan establecer que los miembros del grupo a favor de quien se interpuso la acción resultan afectados directamente por dicho incumplimiento y en cambio sí se observa que, a través de esta acción, uno de los cocontratantes pretende que se resuelva el litigio particular que lo enfrenta a la entidad pública a propósito del cumplimiento de un contrato³⁸;

³⁸ Es el caso de la acción de grupo instaurada por la Fundación Ciénaga La Grande y varias personas naturales a favor del grupo constituido por los desplazados por la violencia en el país que habrían resultado afectados por cuenta del supuesto incumplimiento, por parte del municipio de Ciénaga –Magdalena-, del convenio interadministrativo suscrito con la Fundación Ciénaga La Grande para la atención de la población desplazada en materia de construcción de vivienda. Allí se sostuvo: “*De igual manera, para la Sala no es claro que el incumplimiento del denominado convenio interadministrativo hubiese generado un perjuicio cierto y personal a los desplazados, ni que hubiese sido la causa eficiente y suficiente de la afectación de intereses económicos de los desplazados. Por el contrario, para la Sala es evidente que, en sentido estricto, esta acción de grupo pretende la indemnización generada por el incumplimiento de un contrato estatal, por lo que la controversia deja de ser un asunto para la protección de los intereses de la población desplazada para convertirse en un litigio entre un particular y una entidad pública que se genera por el incumplimiento de un contrato*”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, exp. 47001-23-31-000-

y ii) los daños cuya indemnización se pretende provienen de los supuestos incumplimientos de contratos individuales celebrados con cada uno de los demandantes, caso en el cual los miembros del grupo no reúnen condiciones uniformes respecto de la causa que originó los perjuicios padecidos por cada uno de ellos³⁹. En relación con esta última hipótesis la Sala también ha considerado que la acción de grupo resulta procedente cuando la fuente del daño no se encuentra única y exclusivamente en los términos de cada uno de los contratos celebrados con los miembros del grupo demandante; sino, más allá de ellos, en obligaciones legales que los trascienden⁴⁰. Al respecto se dijo:

2002-00614-01(AG), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁹ Es el caso de un grupo de estudiantes que aseguraron haber sufrido perjuicios del hecho de que una persona privada que había celebrado un contrato con Colciencias para su capacitación, no los certificó, como se había obligado a hacerlo en virtud de los contratos individuales celebrados con cada uno de ellos. En dicha ocasión la Sala sostuvo: *“que los perjuicios materiales que en modalidad de lucro cesante reclaman los demandantes tienen como causa eficiente y directa el incumplimiento de una de las obligaciones que contrajo New Horizons con los estudiantes, esto es, la de certificarlos en los programas en los que se habían matriculado. Es decir, que el daño que éstos alegan haber sufrido, consistente en la imposibilidad de haber obtenido la acreditación internacional por parte de las empresas proveedoras de las tecnologías en las que fueron capacitados, se relaciona de manera directa con la obligación asumida por New Horizons en dichos contratos de capacitación.// Si bien, los demandantes aluden al contrato celebrado entre Colciencias y New Horizons para la capacitación de los actores, y específicamente atribuyen responsabilidad a New Horizons por haber incumplido todos los compromisos asumidos como capacitadora, contenidos en diecisiete de las dieciocho cláusulas de las obligaciones de esa entidad (fls. 81-86), y también alegan la responsabilidad de ACAC por el incumplimiento del contrato de administración suscrito con Colciencias, lo cierto es que, a pesar de existir interdependencia entre estos contratos con los celebrados por los demandantes con New Horizons, la fuente del daño cuyos perjuicios se reclaman, tiene como origen el incumplimiento de este último contrato. // En este orden de ideas, la responsabilidad que se endilga a la parte demandada es de carácter contractual, por cuanto la acción se encuentra dirigida a obtener la reparación de los perjuicios provenientes del incumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos mediante los cuales New Horizons se comprometió no solo a capacitar a los actores sino también a acreditarlos en los programas de tecnología que éstos escogieron (...)Por tanto, en atención al origen del daño, debe colegirse que la acción procedente, no es en este caso, la acción de grupo, sino la de responsabilidad contractual con indemnización de perjuicios de conformidad con lo previsto por los artículos 1602, 1603, 1604, 1608, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, y 1617 del Código Civil”. Sentencia de 19 de junio de 2008, exp. 25000-23-25-000-2004-01606-01(AG), C.P. Myriam Guerrero de Escobar.*

⁴⁰ Es lo que ocurrió con un grupo de personas que habiendo adquirido viviendas de manos del constructor, las mismas empezaron a presentar fallas que amenazaban ruina. En dicha ocasión sostuvo la Sala: *“no es acertado lo dicho por la Constructora Colmena S.A., hoy Prouurbanismo S.A. en el sentido de que en desarrollo del contrato de compraventa, la indemnización perseguida debía serlo únicamente por la vía contractual, por haberse incumplido el contrato de venta, primero porque la acción redhibitoria tiene unos alcances específicos, como son la*

...lo anterior no contradice lo sostenido por la Sala en repetidas oportunidades en el entendido de que en desarrollo del artículo constitucional 88 y artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, la acción de grupo tiene carácter indemnizatorio, y por lo tanto la demanda deberá estar orientada simplemente a la obtención de una indemnización. Aquí no se pretende dejar sin efectos los aludidos contratos de compraventa, tampoco se busca discutir el alcance de los mismos, ni se ha colocado en tela de juicio su contenido obligacional. En realidad, la acción ejercida, constituye una típica acción indemnizatoria contra la sociedad constructora y el Distrito Capital, por los problemas de derivados del terreno, por los defectos en la construcción y por la falta de vigilancia e intervención sobre las obras ejecutadas por parte de la entidad territorial.

19.2. Como se ve, la situación del grupo demandante en este proceso – accionistas de Granahorrar- no se enmarca en ninguna de las hipótesis señaladas pues salta a la vista que, como ya se señaló, no fueron parte contratante en los convenios de apoyo a la liquidez suscritos entre Granahorrar –persona jurídica distinta a sus accionistas- y Fogafin y el Banco de la República. Además de que lo por ellas pretendido no es la definición de la situación contractual existente entre dichas personas jurídicas, sino la indemnización de los perjuicios que, como terceros en dicha relación, padecieron y que hacen consistir en la pérdida del valor de sus acciones. Así las cosas, en relación con este punto, la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción no está llamada a

rebaja del precio o la rescisión del contrato, y segundo, porque en este caso existe una relación entre el comprador por un lado y por el otro, el empresario - constructor – vendedor, el cual tiene esa doble condición, y por esa razón deberá responder por los defectos en la construcción, de conformidad con lo previsto en el artículo 2060 del C.C. numeral 3º, el cual dispone: “Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicios de los materiales, será responsable el empresario: si los materiales han sido suministrados por el dueño...”, // En suma entre los propietarios de las viviendas y la Constructora Colmena S.A. se celebraron contratos de compraventa, y no de construcción, en cuyo caso, frente al constructor – vendedor, también le resultaba pasible una acción indemnizatoria por los perjuicios causados, originados en la actividad de la construcción. // En consecuencia, no hay duda de que en el caso concreto concurren, tanto la condición de vendedor como la de constructor, y en este escenario frente a la Constructora Colmena S.A. serían exigibles las obligaciones de uno y otro, que se derivan de la relación constructor – vendedor, por un lado y comprador por el otro, como lo enseña el artículo 2060 del C.C., dada la naturaleza de la actividad desarrollada por la constructora”.

prosperar; sin embargo, es necesario analizar el otro aspecto de dicha excepción que ha sido invocado a lo largo del proceso, esto es, lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de grupo para obtener la nulidad de actos administrativos.

IV.5. La procedencia de la acción de grupo para obtener la nulidad de actos administrativos

20. Antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, la posición dominante en la jurisprudencia era aquella según la cual la acción de grupo no era procedente para demandar el reconocimiento y pago de perjuicios supuestamente derivados de la ilegalidad de actos administrativos. En sentencia del 6 de marzo de 2008, la Sección Tercera explicó la discusión existente sobre el asunto, la evolución en la jurisprudencia y la tesis entonces imperante, aunque no unánime, así⁴¹:

Inicialmente, se admitió la procedencia de la acción de grupo para obtener la reparación de los perjuicios derivados de actos administrativos, con fundamento en que la ley 472 de 1998 no limitó el ejercicio de dicha acción para tales efectos. En sentencia de 17 de mayo de 2001, dijo la Sala:

“El problema que para los efectos de este fallo resulta fundamental definir es si la acción de grupo al igual que la reparación directa sólo procede cuando la causa del daño es un hecho, una omisión o una operación administrativa. La ley 472 de 1998 se refiere ‘al hecho u omisión’ como la causa del daño en algunas disposiciones. En especial, en el párrafo del artículo 48 que trata de los titulares de la acción se establece que ‘el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes’; el artículo 51 en relación con la competencia prevé que ‘será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos’ y en el artículo 52 que señala los requisitos de la demanda establece en el párrafo que ‘la demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual deberá ser

⁴¹ Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, radicación n.º 73001-23-31-000-2003-01550-01(AG), C.P Ruth Stella Correa. Es de anotar que en esta providencia se reiteraba lo expuesto en la de 30 de enero de 2008, rad. 17001-23-31-000-2004-01319-01(AG), con ponencia de la misma consejera. No obstante, en ambas providencias salvaron voto los magistrados Mauricio Fajardo Gómez y Enrique Gil Botero.

determinado'. No obstante, en otras disposiciones de la misma ley se utilizan vocablos más generales como 'actividad' o 'acción'. El artículo 47 que trata de la caducidad establece que la acción deberá iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o 'cesó la acción vulnerante causante del mismo'; el 50 que trata de la jurisdicción señala que esta jurisdicción es competente para conocer de dicha acción cuando la misma se origine 'en la actividad de las entidades públicas' y el 55 que regula la forma de integrar el grupo comienza señalando que 'cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión...'. Con fundamento en estas denominaciones, considera la Sala que la acción de grupo puede ser intentada cuando la causa generadora del daño sea un hecho, omisión u operación administrativa, pero también puede tener lugar cuando la causa generadora del daño sea un acto administrativo".

Adelante se cambió el planteamiento, cuando en sentencia de 13 de marzo de 2003, la Sala declaró la improcedencia de la acción de grupo para reclamar la reparación de los daños provenientes de un acto administrativo, con fundamento en que al haberse alegado su ilegalidad, dicho acto no podía ser fuente de un daño antijurídico, mientras no se declarara su nulidad a través de las acciones previstas en la ley para tal efecto, declaración que es ajena a las acciones de grupo. Se dijo en la providencia:

"En el caso objeto de estudio, los actores pretenden, a través de la acción de grupo, controvertir la legalidad de los actos administrativos de liquidación de la prima de servicios para cada uno de ellos, porque no se tuvo en cuenta en ellas, como factor salarial, las horas extras que dicen haber laborado. En la forma y términos en que está redactada la demanda, es claro que la fuente de los supuestos perjuicios alegados por los actores son los actos administrativos de liquidación de la mencionada prima de servicios. Por consiguiente, no es posible determinar la causación o no de los mismos y su antijuridicidad, sin que se cuestione la legalidad de tales actos, propósitos estos ajenos al contenido y finalidad de la acción de grupo. En efecto, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, en virtud de la cual son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del ejercicio de las acciones especialmente previstas para ello por el legislador, como lo son las de los artículos 84, 85, 87 y 223 del Código Contencioso Administrativo. Por consiguiente, la acción procedente en este presente caso es la de nulidad y restablecimiento del derecho, más no la acción de grupo, por cuanto, si bien ésta última procede para obtener la reparación de los perjuicios sufridos a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, no tiene por finalidad controvertir y discutir la legalidad de actos administrativos, como lo pretenden los actores. No debe entenderse de lo anterior que la acción de grupo tiene carácter subsidiario y, que por esta razón, no puede desplazar las acciones principales consagradas por la ley. No, como bien lo dice el artículo 88 constitucional, esta acción procede "sin perjuicio de la acción individual

que corresponda por la indemnización de perjuicios”. Lo que ocurre en este caso es, que los actores a través de la acción de grupo, formulan una pretensión que implica controvertir la legalidad de actos administrativos, porque, si bien los actores encaminan la acción a obtener el reconocimiento y pago de perjuicios ocasionados por la incorrecta liquidación de la prima de servicios de cada uno de ellos, para determinar si tales liquidaciones se hicieron o no conforme a derecho y, con base en ello, decidir si se les deben reconocer los perjuicios alegados, se precisa hacer un análisis de la legalidad de esos actos administrativos, lo cual, como ya se anotó, no corresponde a la finalidad que la Constitución y la Ley han previsto para la acción de grupo”⁴².

De manera más reciente, la Sala en providencia de 15 de marzo de 2006⁴³, reiteró que la acción de grupo no resultaba procedente para reclamar la indemnización de perjuicios derivados de actos administrativos, por ser la declaratoria de nulidad extraña a los fines, móviles o motivos de esa acción. Dijo la Sala:

“De conformidad con lo dispuesto por los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, la acción de grupo es la interpuesta por un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. “La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”. Significa lo anterior que el fin, móvil o motivo de la acción de grupo está constituido por la posibilidad de obtener, a través de un mismo proceso, la reparación del daño antijurídico que ha sido causado a un número mínimo de 20 personas. Por lo tanto, las pretensiones que legalmente se pueden formular en las acciones de grupo en contra del Estado, no pueden ser distintas a las de obtener la reparación de los daños antijurídicos imputables al mismo, provenientes de actuaciones plasmadas en acciones u omisiones de las entidades públicas, derivadas de una causa común, que haya generado perjuicios individuales. Queda por fuera del ámbito de la acción de grupo la reparación del daño proveniente del acto administrativo, para cuando la antijuridicidad del daño que de él provenga dependa directamente de la anulación al acto, por cuanto escapa al fin, móvil o motivo de esta acción la revisión de legalidad de actos administrativos y su consecuente anulación. La sentencia tendrá que ser congruente con esas pretensiones, de modo que la armonía, consonancia y concordancia de la misma se mirará en función de las pretensiones expresadas en el texto de la demanda y en las demás oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, pretensiones que, a su vez, están limitadas por el fin, móvil o motivo de la acción interpuesta. A este propósito, resultan pertinentes las reflexiones del profesor Daniel Suárez, cuando al hacer un estudio del contenido de las sentencias en

⁴² [46] Sentencia de 13 de marzo de 2003, exp. 76001-23-31-000-2002-4222-01(AG-078).

⁴³ [47] Providencia de 15 de marzo del año en curso, exp: AG-50012331000200503496-01. [Es importante destacar que en esta providencia la consejera María Elena Giraldo Gómez aclaró su voto, mientras el consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez lo salvó].

la justicia administrativa, puso de relieve que: "...el contenido de la sentencia que pone fin al proceso contencioso administrativo, depende directamente del contenido de la acción ejercida, a través de la cual se formulan específicas pretensiones a la jurisdicción. Según sea la acción ejercida, será la pretensión que se puede formular y el contenido de la sentencia que pone fin al proceso"⁴⁴. Una conclusión se impone: el juez de la acción de grupo no puede convertirse veladamente en el "eficaz" sucedáneo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y pretender arrogarse competencias que sólo a ella atañen a través del conocimiento de las acciones tipificadas por el Código Contencioso Administrativo. (...) la acción de grupo no procede para perseguir la reparación de perjuicios derivados de actos administrativos, porque esto implica resolver previamente sobre la legalidad del acto, para lo cual están previstas las acciones ordinarias. La Constitución previó la existencia de una serie de acciones que deben ser ejercidas, en consideración al interés que se pretenda proteger. Así, si lo que se pretende es la protección de derechos fundamentales, la acción de tutela resulta procedente cuando el mecanismo de defensa judicial ordinario no es eficaz para ese efecto (art. 86); si de lo que se trata es de obtener la efectividad de las leyes o actos administrativos, procederá la acción de cumplimiento (art. 87); en tanto que si lo que está en riesgo es un derecho colectivo, su protección podrá obtenerse a través del ejercicio de la acción popular (art. 88); si de lo que se trata es de obtener la reparación de los daños ocasionados a un número plural de personas, cuando los daños tengan una causa común, deberá interponerse la acción de grupo (art. 88); para el logro de los demás objetivos deberán ejercerse las acciones que el legislador hubiera consagrado, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 89 de la Constitución, que defirió a la ley la consagración de "los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas". No le es dable al juez de la acción de grupo resolver sobre las pretensiones indemnizatorias, cuando éstas implican previamente resolver sobre la legalidad del acto administrativo, en razón del principio de legalidad que establece el límite de las competencias relacionadas con cada acción. No debe perderse de vista que el juez, como todo servidor público, en cuanto hace a las atribuciones y facultades que le conciernen está sometido al principio de legalidad. Principio que forma parte del indeleble legado que la filosofía liberal le dejó a las democracias modernas, y que por ende, constituye uno de los elementos esenciales de todo Estado de Derecho, que reconoce en la ley su mayor conquista contra la arbitrariedad, que en ocasiones seduce a quien ejerce cualquier faceta del poder público. Por lo demás, como ha advertido la jurisprudencia administrativa, la infracción del principio de legalidad comporta en últimas la violación de la cláusula constitucional de igualdad, en tanto

⁴⁴ [49] SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, *La efectividad de las decisiones de la Justicia Administrativa*, Cartagena de Indias, noviembre de 1997, conferencia publicada en las memorias del Encuentro del Consejo de Estado francés y colombiano.

este principio, en su acepción 'formal' o 'estática' equivale simplemente al cumplimiento de la ley (inciso primero del art. 13 C.P.), como que en estos eventos el operador jurídico al aplicar la ley -sin distingos- no hace nada distinto que realizar la igualdad (...) De modo que el ordenamiento jurídico nacional [arts. 6, 121, 122 y 123 de la Constitución], deja en claro que entre nosotros las competencias deben ser expresas, lo cual excluye de entrada la posibilidad de hablar de "competencias implícitas" o de "competencias por especialidad"⁴⁵, que podrían surgir del objeto o fin mismo del órgano, o si se quiere de la aplicación analógica de atribuciones, sobre la base del principio a majori ad minus (el que puede lo más puede lo menos) propio de las relaciones entre los particulares, construidas a partir de un principio antinómico al de la función pública: la autonomía de la voluntad. Ahora bien, los artículos 3 y 5 de la ley 472 de 1998 configuran incontestablemente una norma de competencia, esto es, una expresión del principio de legalidad que sirve de sustento positivo a las actuaciones de todo servidor público, prevén en su orden, en cuanto hace al objetivo del proceso que lo es exclusivamente el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios y en relación con el contenido de la sentencia favorable únicamente la forma de calcular y realizar el pago de la indemnización. Por lo que el juez no puede ampliar motu proprio, sin infracción del principio de legalidad, esas competencias indemnizatorias al terreno de las declaraciones sobre la legalidad de los actos causantes de la vulneración o amenaza de esos derechos, porque al hacerlo desbordaría sus competencias desconociendo una norma procesal que, huelga decirlo, es de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento al tenor de lo dispuesto por el artículo 6º del C. de P. C. La función jurisdiccional asignada al juez de la acción de grupo no es sustancialmente distinta a la que le corresponde como juez contencioso en las acciones ordinarias, en virtud de que el juez constitucional también, en nuestro Estado de Derecho, está sometido al principio de legalidad, sumisión al imperio de la ley (art. 230 C.P.) que no puede eludirse, pues la tarea del fallador en materia de definición de sus atribuciones o competencias es simplemente aplicativa o de cumplimiento⁴⁶, tal y como lo manifestó recientemente esta Sección"⁴⁷.

Tesis que nuevamente se reitera, porque, se insiste, la acción de grupo es meramente reparatoria, y si el juez de dicha acción entrara a resolver sobre pretensiones indemnizatorias cuando las mismas implicaran pronunciarse previamente sobre la legalidad de actos administrativos, se desconocería el principio de legalidad que debe informar la actuación de cualquier autoridad pública y muy

⁴⁵ [51] GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición colombiana, Medellín, 1999, p. VIII-30.

⁴⁶ [53] Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁴⁷ [54] Sentencia de 24 de febrero de 2.005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(AP-01470)-01.

*particularmente la judicial.*⁴⁸

20.1. La posición transcrita fue reiterada por la Sala en otros pronunciamientos del año 2008⁴⁹ -todos objeto de salvamentos de voto⁵⁰-, en uno de los cuales afirmó que tampoco procedía la acción de grupo para reclamar los perjuicios derivados de la ilegalidad de contratos, así:

La Sala considera que la acción ejercida resulta improcedente con fundamento en que el grupo demandante pretende obtener una indemnización que, en caso de que prospere, implicaría la nulidad de los actos administrativos por los cuales se fijó la tarifa de alumbrado público y se autorizó al Alcalde Municipal para tal propósito. En efecto, las pretensiones y hechos de la demanda están encaminados a

⁴⁸ Es importante señalar que, aunque no incluida en el recuento realizado, la misma Sección Tercera, en sentencia de 22 de febrero de 2007, exp. 25000-23-25-000-2002-01535-01(AG), C.P. Mauricio Fajardo Gómez sostuvo: “...puesto que no se establecen distinciones, ni restricciones respecto de la causa petendi -como sí se hace para las acciones de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho- no resulta jurídicamente admisible excluir de las acciones de grupo los actos administrativos”. En ese sentido, al descender al caso concreto consideró que el acto administrativo cuya legalidad se cuestionaba en esa acción de grupo “se encuentra amparado por la presunción de legalidad, en virtud de la cual se considera plenamente ajustado a derecho y, en consecuencia, si el actor consideraba que tal acto se encontraba incurso en causal de nulidad, tenía que haberlo impugnado expresamente en la demanda, solicitando su declaratoria de nulidad, indicando las normas violadas y explicando el concepto de la violación, tal como lo dispone el artículo 137-4 del C.C.A., para todos los eventos de impugnación de un acto administrativo. // Puesto que lo anterior no sucedió, se mantienen incólumes tanto la validez como la eficacia⁴⁸ del acto que, se insiste, los demandantes no impugnaron adecuadamente”.

⁴⁹ Sección Tercera, sentencias del 5 de marzo de 2008, rad. 76001-23-31-000-2004-00066-01(AG) y 76001-23-31-000-2004-04653-01(AG), C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 21 de mayo de 2008, rad. 25000-23-24-000-2003-02373-01(AG), C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Asimismo, en sentencia de 4 de junio de ese mismo año, exp. 52001-23-31-000-2004-00145-01(AG), C.P. Ramiro Saavedra Becerra, la Sección Tercera, después de citar múltiples providencias en las cuales se habla de la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo, sostuvo: “Con base en este recorrido legal y jurisprudencial, salta a la vista que NO existe conflicto alguno respecto del objeto o finalidad de las Acciones de Grupo, que se repite, es el de exigir el cumplimiento de la obligación de reparación que surge de la responsabilidad como fuente de las obligaciones, por un daño causado a una pluralidad de personas. // De lo anterior se desprende que dentro del proceso de Acción de Grupo, **sólo se pueden ventilar pretensiones que desarrollen la naturaleza del proceso, es decir, que tengan su mismo objeto o lo que es lo mismo, la indemnización de los perjuicios causados a un número plural de personas; cualquier otra pretensión iría en contra de este objeto y, por tanto, es improcedente**” (mayúsculas y negrilla del original).

⁵⁰ De los consejeros Mauricio Fajardo Gómez y Enrique Gil Botero.

demostrar la ilegalidad en el cobro de las tarifas del servicio de alumbrado público por cuanto éstas no fueron fijadas por el Concejo Municipal. Del estudio del material probatorio se observa que, mediante actos administrativos expedidos por el Concejo Municipal, se autorizó al Alcalde para la celebración del contrato para la prestación de dicho servicio y para la liquidación y cobro de las tarifas del alumbrado público, circunstancia que evidencia que la fuente del daño sufrido por el grupo fue la fijación de la tarifa, contenida en acto administrativo expedido por el Concejo Municipal y en el contrato celebrado entre el Municipio y la Compañía de Electricidad de Tuluá para la prestación del servicio de alumbrado público. Como se observa, las pretensiones elevadas en la demanda difieren de la reparación del daño proveniente de una actuación de la Administración materializada en acciones o en omisiones, tal como lo prevén los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, en consideración a que el daño que afirman los demandantes haber sufrido, se reitera, tienen fuente en actos administrativos que se presumen legales, cuyo estudio de legalidad escapa de la finalidad y objetivo de la acción de grupo. En este sentido, la Sala vuelve sobre la tesis reciente, expuesta en providencia del 15 de marzo de 2006, sobre la improcedencia de la acción de grupo cuando el daño cuya reparación se pretende, provenga de un acto administrativo frente al cual deba estudiarse su legalidad, pues como se dijo, esas pretensiones, al no ser exclusivamente indemnizatorias, desnaturalizan el propósito de la acción de grupo y desbordarían la competencia del juez de dicha acción, toda vez que la ley no le atribuyó la facultad de revisar la legalidad de actos administrativos y mucho menos de anularlos. (...) Con fundamento en lo anterior, la Sala ratifica la tesis expuesta según la cual, la acción de grupo resulta improcedente cuando la indemnización perseguida implique el estudio de legalidad de actos administrativos y la extiende, en esta oportunidad, a los contratos, pues se presenta la misma situación, en el sentido en que la ley no le atribuyó competencia al juez de la acción de grupo para estudiar la legalidad de éstos y tampoco de anularlos, sino que estableció expresamente que dicha acción “se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios”⁵¹.

20.2. Lo anterior no significaba que la acción de grupo estuviere proscrita para todos aquellos casos en los cuales un número plural de personas sufriera un daño como consecuencia de un acto administrativo, sino que se consideraba que, cuando el daño lo ocasiona la ilegalidad del acto, la de grupo no era una acción procedente. Al respecto, la jurisprudencia ha explicado:

... los daños antijurídicos derivados de un acto administrativo son

⁵¹ Sección Tercera, sentencia del 5 de marzo de 2008, rad. AG-4653, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

resarcibles a través de la acción de grupo, en los mismos eventos en los cuales la jurisprudencia ha admitido que lo son a través de la acción de reparación, esto es: (a) Cuando el daño se deriva de la aplicación de un acto administrativo de carácter general que ha sido declarado nulo a través de las acciones ordinarias y lo que se pretende es la reparación de los daños causados con el mismo, porque en tal evento al desvirtuarse la presunción de legalidad que amparaba el acto, los efectos negativos que el mismo haya producido durante su vigencia se tornan antijurídicos. (b) Cuando el acto es legal, pero rompe el equilibrio que debe existir entre todas las personas frente a las cargas públicas, porque en tales eventos no se cuestiona la legalidad del acto administrativo sino los efectos que esa decisión legítima les causó a los demandantes. (c) Cuando se causa un perjuicio con un acto preparatorio o de trámite, que, por lo mismo, no es susceptible de demandarse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁵².

20.3. No obstante, es indispensable advertir que la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación, en providencia de 7 de marzo de 2011, resolvió un proceso iniciado en ejercicio de la acción de grupo, en forma contraria a la prescrita por la jurisprudencia vigente de la Sala⁵³. Así, respecto de las liquidaciones del *“tributo de alumbrado público realizadas por ELECTROCOSTA S.A. en las facturas del servicio domiciliario de energía eléctrica prestado a los usuarios de los estratos 5 y 6 y de los sectores industrial y comercial”* declaró que no estaban ajustadas al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, condenó *“al Municipio de Montería y a Electrocosta S.A., en relación con los daños ocasionados”*⁵⁴.

⁵² Sección Tercera, auto de 30 de enero de 2008, radicación n.º 17001-23-31-000-2004-01319-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa.

⁵³ Exp. 23001-23-31-000-2003-00650-02(AG), C.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁴ La parte resolutive de la sentencia expresa: *“PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba de 26 de abril de 2007. SEGUNDO.- DECLÁRASE no ajustadas al ordenamiento jurídico las liquidaciones del tributo de alumbrado público realizadas por ELECTROCOSTA SA en las facturas del servicio domiciliario de energía eléctrica prestado a los usuarios de los estratos 5 y 6 y de los sectores industrial y comercial expedidas desde el mes de mayo de 2001 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia. TERCERO.- DECLÁRASE RESPONSABLES al MUNICIPIO DE MONTERÍA y a ELECTROCOSTA S.A. en relación con los daños ocasionados por la indebida liquidación del impuesto de alumbrado público, a los cuales SE CONDENA EN FORMA SOLIDARIA A PAGAR el valor de la indemnización. CUARTO.- CONDÉNESE al MUNICIPIO DE MONTERÍA y a ELECTROCOSTA a pagar a título de indemnización de perjuicios materiales, la suma de \$1.449.564.759.48 a los integrantes del grupo que se hayan constituido como parte en el proceso que da lugar a esta sentencia, y los que lo hagan después, en los términos señalados en la parte motiva. La suma de dinero constitutiva de esta condena se deberá pagar al Fondo para la protección de los derechos e intereses colectivos, administrado en los términos de ley,*

20.3.1. Las razones sobre las cuales fundamentó su decisión fueron presentadas de la siguiente forma:

Cuando un número plural de personas se reúne para su presentación (de la demanda en ejercicio de la acción de grupo), existe, sin discusión, un interés subjetivo de cada una de ellas, de que se le indemnicen unos perjuicios. Como se observa, la existencia del grupo, no desdibuja la configuración de una sumatoria de intereses subjetivos de sus miembros que encuentran una causa común; en el caso que se estudia, reconocida en el daño antijurídico que se le imputa a la administración. Indicar, que no resulta viable la derivación de un daño, de un acto administrativo ilegal proferido por un sujeto público, en el contexto de una acción de grupo, constituye, sin duda alguna, un límite a la connotación resarcitoria ya aludida, toda vez que el grupo podrá obtener una condena que le reconozca una indemnización de perjuicios derivada de la antijuridicidad de un daño ocasionado por un hecho, omisión u operación administrativa, mas no por un acto administrativo. La dimensión colectiva que es inherente a la acción de grupo, que entre otras, contribuye a la economía procesal y a la eficiencia de la Justicia, encontraría en la hipótesis que se estudia, una restricción cuando se trate de actos administrativos ilegales productores de daños, ya que en este caso, solo sería posible acceder a la justicia a través de acciones de tipo individual, específicamente: la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) En lo que respecta a la posibilidad de que en una acción de grupo se pueda analizar el daño originado en un acto

por el Defensor del Pueblo. QUINTO.- Como consecuencia de la orden anterior, DISPÓNGASE que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, el monto de la indemnización colectiva objeto de esta condena, sea entregado al FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS administrado por el Defensor del Pueblo, y a cargo del cual se pagarán las indemnizaciones, según lo ordenado en el artículo 65-3 de la Ley 472 de 1998. "Dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se realice la referida consignación al fondo mencionado, los actores miembros del grupo deberán acreditar ante el defensor del Pueblo, con prueba idónea, el valor de la indemnización individual que a cada uno les corresponde, así como el cumplimiento de los requerimientos establecidos en la parte motiva de esta sentencia. SEXTO- DISPÓNESE las indemnizaciones correspondientes a las demás personas del grupo que no hayan concurrido al proceso y que dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la presente sentencia decidan acogerse a las resueltas aquí dispuestas, suministrando la información de que trata el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, los que no podrán invocar daños extraordinarios excepcionales a los probados en el presente proceso. Para lo cual deberá observarse, igualmente, lo preceptuado en el literal b) del numeral 3º del artículo 64 in fine. En consecuencia LIQUÍDENSE los honorarios del abogado coordinador en una suma equivalente al 10% de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente. SÉPTIMO- Luego de finalizado el pago de las indemnizaciones individuales, el FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS, en cumplimiento de lo preceptuado en el último inciso del literal b del numeral 3º del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, deberá devolver los dineros que queden a aquel demandado que haya cancelado el monto de la indemnización. Si los dos concurrieren al pago, la devolución se hará de manera proporcional.

administrativo ilegal, sin que esto demande, un pronunciamiento de nulidad, su solo planteamiento resulta absurdo. En la hipótesis que se analiza, el daño antijurídico se configuraría, justamente, por la ilegalidad de un acto administrativo, la cual debe ser declarada, para con base en ello, hacer el ejercicio lógico que se deriva del artículo 90 constitucional: identificar el daño e imputarlo al Estado, en razón de la producción que éste hizo de un acto administrativo ilegal, que tuvo vida, en virtud de la presunción de legalidad que es propia de los actos de esta naturaleza. Una acción judicial como la de nulidad y restablecimiento del derecho, está configurada en el derecho colombiano, como una acción de tipo material, es decir, una acción cuya finalidad es proteger intereses de carácter subjetivo, que pueden resultar afectados con la ilegalidad de un acto administrativo que necesariamente y de manera previa, debe ser declarada por el juez de conocimiento. La experiencia francesa de la “acción de plena jurisdicción”, de la que probablemente proviene la lógica de esta acción, ha enseñado, que cuando un daño antijurídico es producido por un acto administrativo ilegal, debe declararse la nulidad de este, pero también y como consecuencia de lo anterior, reconocerse el pago de unos perjuicios. Mutatis mutandi, si se concibe que con la acción de grupo se puede y se debe conocer también de daños producidos por actos administrativos ilegales en virtud de su configuración constitucional (literal a), se debe decir, que en estos casos, el juez del conocimiento, debe declarar la ilegalidad del acto administrativo (nulidad) y luego imputar el daño alegado a esta actuación del Estado, para solo con base en ello, reconocer una indemnización de perjuicios. Como consecuencia de lo anterior, si el juez de la acción de grupo se encuentra frente a un daño alegado por un número plural de personas, imputable a un acto administrativo ilegal, debe determinar si esto en efecto es así o no, y sólo en caso de lo primero, le resultará posible identificar y tasar los perjuicios alegados por los actores. La declaratoria de nulidad de actos administrativos, constituye entonces un presupuesto, para aquellas acciones de grupo en que se alegan daños imputables a la ilegalidad de este tipo de manifestaciones unilaterales.

20.4. Se tiene entonces que, aunque la posición dominante de la Sección Tercera, antes de que se dividiera en subsecciones, era aquella según la cual la acción de grupo no era procedente para obtener la nulidad de actos administrativos, la mayoría que la sostenía era bastante estrecha, lo que dio lugar a que, en pronunciamientos aislados, se adoptaran tesis distintas. Es precisamente en consideración a este contexto que la Comisión para la Reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, creada por el Decreto 4820 de 2007, sugirió que, en lo que posteriormente se convertiría en la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se habilitara expresamente la posibilidad de

que, a través de una acción de grupo, pudiera solicitarse y, por ende, declararse la nulidad de un acto administrativo que hubiere afectado a un grupo de más de veinte personas. Se dijo en la comisión a propósito de lo que, con cambios, se convertiría en el artículo 145 de dicha Ley⁵⁵:

Sesión N.º 52

Doctor Ostau de Lafont: Pasamos al siguiente artículo que se refiere a la acción de grupo. Es muy similar a la contenida en el artículo 3º de la Ley 472 de 1998. (...)

Doctora Correa: El tema de la acción de grupo es un tema sobre el cual hay profundas divergencias, incluso al interior de la Sección Tercera. En este momento, por una mayoría de 3 contra 2, sostenemos que no se pueden anular actos administrativos.

Mi principal argumento para sostener que no se pueden anular actos administrativos es el artículo 121 de la Constitución. Al igual que el doctor Filemón Jiménez, yo considero que se trata de competencias expresas, y que si al juez de la acción de grupo no se le han dado competencias para anular actos administrativos, no puede hacerlo. (...)

Doctor Zambrano: Pero la ley sí puede dar la competencia al juez administrativo.

Doctora Correa: Es verdad, le puede dar la competencia y creo que debería hacerlo, porque son muchos los actos administrativos que causan un perjuicio general a más de 20 personas y nosotros, en este momento, simplemente lo estamos negando, argumentando que la ley no ha permitido que se anulen los actos administrativos.

Y lo cierto es que para que se repare un perjuicio causado por el acto administrativo es menester que exista un daño que sea antijurídico y (...) lo será cuando el acto es legal (sic) (...), si ello ocurre, habría que anularlo (...).

Doctor Ostau de Lafont: (...) Lo que veo es que con esta redacción estaríamos creando una modalidad especial de nulidad y restablecimiento del derecho. En el fondo sería una discusión de

⁵⁵ *Memorias de la Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Vol. III. La Ley y los debates de la Comisión de Reforma. Parte B: artículos 143 a 309, Imprenta Nacional de Colombia, p. 34-36.*

nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual el acto administrativo le causa un daño antijurídico a una pluralidad de personas.

Doctora Correa: Pero es que no hay razón para que la acción de grupo no proceda cuando el daño viene de un acto administrativo. Ontológicamente no le encuentro una razón a eso.

Doctor Chahín: La diferencia sería que tiene una caducidad especial.

Doctor Arboleda: No, eso no conviene. Habría que ponerle a esta también 4 meses, porque de lo contrario se llegaría a que, cuando son 20 personas, la caducidad es de 2 años y cuando es un solo ciudadano es de 4 meses.

Doctor Ostau de Lafont: Por eso (...) porque lo que veo es que terminaría convirtiéndose en una acción de especial de nulidad y restablecimiento del derecho, de tal manera que habría que tener la previsión de la caducidad. La legitimación, obviamente está, porque deben ser personas que sufran la afectación. (...)

Doctor Arboleda: (...) considero que en alguna parte tenemos que incluir una norma que diga que siempre será necesario demandar la anulación de un acto administrativo, salvo que sea la teoría del daño especial, o algo similar, porque con esta propuesta de redacción alguien podría pensar que aún si el acto es nulo o es ilegal no hay necesidad de anularlo. Si es nulo hay que demandarlo, pero si no es nulo, sino que es una responsabilidad objetivo o, por lo menos, especial, entonces no hay necesidad de demandarlo; es la respuesta que acabamos de dar ¿cierto?

Doctora Correa: Sí, pero si acogemos esta sugerencia entonces cuando el daño provenga de un acto administrativo ilegal deberá solicitarse su nulidad. (...)

Doctor Arboleda: Hay que perfeccionar la redacción pero estamos de acuerdo con que hay que dejarla expresa.

20.4.1. Como se ve, la preocupación de la comisión fue, por una parte, procurar la existencia de una habilitación legal expresa para soslayar así el obstáculo que, de acuerdo con la posición mayoritaria de la Sección Tercera, impedía que, en el marco de acciones de grupo, se ventilaran pretensiones relativas a la nulidad de actos administrativos y, por la otra,

garantizar que su régimen, en particular, lo relativo a la caducidad, se asemejara al del medio de control de la nulidad y el restablecimiento del derecho, razón por la que se sostuvo, además, la necesidad de que las pretensiones relativas a la nulidad de actos administrativos fueran expresas. Preocupaciones que quedaron perfectamente plasmadas en el texto de la Ley sancionada, así:

Artículo 145. Reparación de los perjuicios causados a un grupo. Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia. // Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio.

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: (...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad de la acción: (...) h) Cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño. Sin embargo, si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende la nulidad del mismo, la demanda con tal solicitud deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo;

20.5. De esta manera, la controversia planteada en el seno de la Sección Tercera, fue resuelta claramente por vía legislativa. Ahora, si bien es cierto que la presente demanda fue presentada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y, por lo tanto, no le son aplicables los criterios en ella establecidos, los mismos son ilustrativos a la hora de analizar la procedencia de la presente acción.

20.5.1. En efecto, aunque en gracia de discusión se aceptara, en contravía de la posición jurisprudencial vigente sobre el particular, que en las

acciones de grupo anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011 es procedente solicitar y declarar la nulidad de actos administrativos, de ser necesaria para la reparación de los daños cuya indemnización se persigue, el juez de la acción de grupo no podría perder de vista -como no podría hacerlo el de la reparación directa- que el ejercicio de dicha acción no puede convertirse en un mecanismo idóneo para eludir el especial término de caducidad consagrado para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y cuyo fundamento no es otro que el de garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas particulares definidas al amparo de actos administrativos. Como lo ha dicho esta Sala, a partir de la estructura de los medios de control en lo contencioso administrativo⁵⁶:

14.1.1. En materia de impugnación de actos administrativos es de anotar que la distinción entre las acciones de nulidad y las de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir, entre las pretensiones que se limitan a obtener la anulación de un acto administrativo y aquellas que, además, persiguen fines de restablecimiento del derecho, ha tenido una gran relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, refrendada recientemente por la Ley 1437 de 2011 por la cual se expidió el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo. En efecto, a partir del momento en que la Ley 167 de 1941 “sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa” eliminó el término de caducidad para las acciones de simple nulidad y, paralelamente, consagró uno de cuatro meses para las de plena jurisdicción –antecedentes de las de nulidad y restablecimiento del derecho-, se estableció un sistema contencioso fundado en el principio según el cual las pretensiones impugnatorias que no impliquen restablecimiento de derechos de particulares pueden formularse en cualquier tiempo, en aras de proteger el principio de legalidad; mientras que aquellas que conlleven a dicho restablecimiento sólo pueden elevarse dentro de un término restringido, lo cual tiene por objeto garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas particulares definidas al amparo de actos administrativos.

14.1.2. Claro, debe precisarse que, inicialmente, el criterio determinante para distinguir ambos eventos y, con ello, establecer la acción pertinente, era la naturaleza del acto cuya legalidad se cuestionaba –acción de simple nulidad para los actos de carácter general y de plena jurisdicción para los particulares y concretos-; no obstante, con la adopción de la doctrina de los móviles y finalidades⁵⁷, si bien se cambió el criterio considerado –el objetivo perseguido por el actor en lugar de la naturaleza del acto impugnado-, se mantuvo y resaltó el principio enunciado como aquel que estructura el contencioso de la impugnación, esto es, el que

⁵⁶ Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2014, exp. 32567, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁵⁷ [38] Sentencia de 10 de agosto de 1961, C.P. Carlos Gustavo Arrieta.

distingue las demandas de nulidad susceptibles de ser interpuestas en todo tiempo, de aquellas acompañadas con pretensiones indemnizatorias o de restablecimiento del derecho, cuya interposición se limita temporalmente. Este principio fue mantenido en los artículos 84, 85 y 136 del Decreto 01 de 1984 y retomado en la redacción de los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, aunque con precisiones derivadas de las vicisitudes sufridas por la doctrina de los móviles y finalidades y que atañen, especialmente, a la procedencia de la acción de nulidad contra actos administrativos de contenido particular⁵⁸.

14.1.3. Es precisamente en virtud de este principio, tal como surge de lo consagrado en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, vigente al momento de los hechos y de la interposición de la demanda, que si un particular pretende el resarcimiento de perjuicios derivados directamente de la ilegalidad de un acto administrativo, debe acudir a la acción idónea para obtener la anulación de este último y solicitar el restablecimiento perseguido, es decir, debe incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad previsto para el efecto. Así pues, no sería procedente, sin desconocer el principio de distinción mencionado, prevalerse de las decisiones proferidas en el marco de acciones de simple nulidad para alcanzar un pronunciamiento jurisdiccional sobre pretensiones de restablecimiento que, se insiste, debieron ser formuladas por una vía procesal especial, para la cual se estableció un término de interposición restringido. En palabras de la Corte Constitucional⁵⁹:

“En realidad, el hecho de que no se haya reclamado en tiempo el reconocimiento de una situación jurídica individual afectada por un acto administrativo, impide de plano que pueda utilizarse el contencioso de simple anulación como medio para revivir nuevamente la posibilidad de reclamar, por vía judicial, el restablecimiento del derecho presuntamente afectado”.

14.1.4. En esta perspectiva, tampoco resultaría procedente que la acción de reparación directa se convirtiera en un mecanismo apto para eludir el término de caducidad de aquella establecida para solicitar la indemnización de perjuicios causados por actos administrativos ilegales, lo cual ocurriría si se admitiera que, por esa vía, se estudiaran pretensiones indemnizatorias que debieron y pudieron formularse en el marco de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que, sin embargo, no fueron instauradas dentro del término expresamente previsto para ello. Así las cosas, en todos los eventos en los que, como en el sub

⁵⁸ [41] Sobre los antecedentes de dichas vicisitudes ver: Corte Constitucional, sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002, C.P. Rodrigo Escobar Gil y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de marzo de 2003, exp. 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030), C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, decisiones que además de marcar hitos en el asunto hacen un resumen del mismo.

⁵⁹ [42] Corte Constitucional, sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002, C.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta oportunidad se declaró: “EXEQUIBLE el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tal y como fue subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto”.

examine, se invoque como fuente del daño el actuar ilegal de la administración, concretado en la expedición de un acto administrativo declarado nulo, corresponde al juez examinar si las peticiones resarcitorias elevadas son de aquellas que pudieron formularse como subsidiarias a la solicitud de declaratoria de nulidad del acto en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, de ser el caso, la procedente era esta última y no la de reparación directa incoada por fuera del término de caducidad previsto para el ejercicio de aquella.

20.5.2. Así las cosas y teniendo en cuenta que, como se verá, en todo caso la presente acción de grupo fue presentada después del término de caducidad establecido por el ordenamiento jurídico para obtener nulidad de los actos administrativos acusados y, con ella, la consiguiente reparación de los perjuicios que aquellos pudieron causar, la Sala, acogiendo la posición mayoritaria hasta ahora vigente en la Sección Tercera, declarará probada la excepción de inepta demanda, por indebida escogencia de la acción, respecto de las pretensiones indemnizatorias derivadas de la supuesta ilegalidad de la orden de capitalización proferida por la Superintendencia Bancaria y de la de reducción del valor nominal del capital social de Granahorrar expedida por Fogafin.

IV.6. La caducidad

21. De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, “*sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de 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*”; norma a propósito de la cual esta Corporación ha sostenido⁶⁰:

Como se observa, al menos desde una eminente perspectiva jurídico positiva⁶¹, mientras que la caducidad de las acciones resarcitorias ordinarias, se establece en relación con el acto, el hecho, la omisión o la operación administrativa que produce el daño, en el caso de la acción de grupo, ésta introduce un aspecto novedoso al referir el momento “en que

⁶⁰ Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 2007, exp. 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG), C.P. Enrique Gil Botero.

⁶¹ [90] *Toda vez que, como se recordará más adelante, la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha dado alcances mayores.*

se causó el daño”, es decir, centrar la atención en el daño y no, en la conducta administrativa que lo produce.

Lo anterior no obsta para que se descuide la acción productora del daño, toda vez que a renglón seguido se hace referencia a la “cesación de la acción vulnerante” como otro factor, para, a partir de él, contabilizar la caducidad; a este aspecto se hará alusión más adelante.

La novedad indicada, de señalar la verificación del daño como el momento a partir del cual se debe contabilizar el tiempo de la caducidad en la acción de grupo, constituye sin duda, una respuesta del derecho positivo a un problema que había sido afrontado por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, cual es, el de verificar problemas para constatar la procedencia de las acciones ordinarias resarcitorias, cuando el daño se evidencia tiempo después de ocurrida la acción: notificación del acto u ocurrencia del hecho u omisión, o verificación de la operación administrativa⁶².

21.1. Así pues y comoquiera que, tal como se explicó en el acápite de la fuente del daño, aquel cuya indemnización pretende el grupo demandante – la pérdida del valor de las acciones que detentaba- se concretó el 3 de octubre de 1998, fecha en la cual se profirió la resolución mediante la cual Fogafin ordenó que se redujera su valor nominal, la presente acción de grupo, instaurada el 25 de septiembre de 2000, lo fue en tiempo.

21.2. Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el acápite precedente, la conclusión que viene de exponerse sólo es válida en relación con las pretensiones indemnizatorias de la presente acción de grupo que se fundan en fuentes jurídicas distintas a la supuesta ilegalidad de los actos administrativos relativos a la orden de capitalización proferida por la Superintendencia Bancaria y a la de reducción del valor nominal de la

⁶² [91] *En el caso de que el daño se produjera con ocasión de un acto administrativo, la disposición del Código Contencioso Administrativo transcrita, algo refería: “... los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados...”, esto sin embargo no era suficiente, porque perfectamente podía ocurrir que se constatará el daño, transcurrido algún tiempo desde la vigencia del acto administrativo, sin la necesidad de que este contuviera “prestaciones periódicas”. En lo que respecta en cambio, a las otras formas de actuación administrativa (hechos, omisiones y operaciones) el problema se hacía más evidente, pues la disposición transcrita, como se advirtió solo hacía alusión a ellas. Sobre la necesidad de centrar, en algunos casos, la atención en el daño (hecho dañino) y no en la conducta que lo produjo, existe una basta jurisprudencia, de la que se cita a título de ejemplo: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 11 de mayo de 2000. Expediente No. 12200. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.*

acción expedida por Fogafin.

21.2.1. Lo anterior por cuanto, como lo explicó la Corte Constitucional en las amplias consideraciones que desarrolló sobre el particular en la sentencia de revisión de las acciones de tutela instauradas contra el fallo mediante el cual la Sección Cuarta de esta Corporación declaró la nulidad de dichos actos –supra párr. 14.11- y que, por estar en perfecta consonancia con lo acreditado en este proceso, esta Sala comparte plenamente, no cabe duda alguna de que, para la época en que se interpuso dicha acción de nulidad y restablecimiento del derecho –28 de junio de 2000, supra párr. 14.5- y, con mayor veras, para la de la presentación de la presente acción de grupo -25 de septiembre de 2000, supra párr. 1-, la posibilidad de solicitar la declaratoria de nulidad de esos actos administrativos y la consecuente reparación de los perjuicios que hubieren podido causar, había caducado⁶³:

*8.2.1. El acto administrativo contentivo de la orden de capitalización No1998050714-1 de 2 de octubre de 1998 se tiene, jurídicamente, por medida preventiva de la toma de posesión de la entidad financiera. Por tal razón, dicha medida era de aplicación inmediata y contra ella podía interponerse el recurso de reposición, sin que suspendiera la ejecutoriedad de la referida orden de capitalización. Esta Corte constató como fecha de notificación personal de la orden de capitalización al Representante Legal de la entidad citada, **el día 3 de octubre de 1998**, fecha en la cual manifestó expresamente el conocimiento de la medida preventiva de recapitalización No 1998050714-1, de 2 de octubre de 1998, ordenada a la Corporación de Ahorra y Vivienda, por él representada.⁶⁴*

8.2.2. La Resolución 002 de 3 de octubre de 1998 es un acto

⁶³ Sentencia SU-447 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁴ Lo anterior con fundamento en que, tal como se acreditó también en este proceso – supra párr. 14.2-, el representante legal de la Corporación de Ahorro y Vivienda Granahorrar se refirió a dicha orden en dos escritos que llevaban su firma lo que, en los términos del artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, debe entenderse como una notificación por conducta concluyente (párr. 6.6.3.1 y 6.6.3.2 de la sentencia de la Corte Constitucional). De acuerdo con ese artículo: “*Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia. // Cuando una parte retire el expediente de la secretaría en los casos autorizados por la ley, se entenderá notificada desde el vencimiento del término para su devolución, de todas las providencias que aparezcan en aquel y que por cualquier motivo no le hayan sido notificadas*”.

administrativo contentivo del desarrollo de una competencia del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -decreto 32 de 1986-, a través del cual se ordena la reducción nominal del capital social de una entidad. De acuerdo con los desarrollos teóricos atrás señalados, dicha orden era de cumplimiento inmediato y debía ser dada precisamente al Representante Legal de la institución financiera. Los recursos que contra ella se interpusieran tendrían el efecto devolutivo.

8.2.3. *Esta Corte evidencia que la Resolución 002 de 3 de octubre de 1998, expedida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y dirigida a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, fue notificada personalmente al señor Jorge Enrique Amaya Pacheco en su calidad de Presidente y Representante legal de la mencionada Corporación. La referida notificación se llevó a cabo **el tres (3) de octubre de 1998** en las oficinas del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras; se dio lectura a la resolución No 002 de 1998 y se entregó copia auténtica del acto administrativo. En la misma notificación se informó al notificado que contra dicho acto procedía únicamente el recurso de reposición ante la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, dentro de los cinco (5) días siguientes a la diligencia. A través de comunicación dirigida por el Presidente de Granahorrar de la época, señor Jorge Enrique Amaya Pacheco, al Director de Fogafin; de **fecha 3 de octubre de 1998**, manifiesta el Presidente y Representante Legal de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar que renuncia al término de ejecutoria de la Resolución No 002 de 1998, a fin de que se pueda continuar el trámite correspondiente a cargo de Fogafin.⁶⁵*

8.2.4. *En consecuencia, para efectos de las notificaciones de que tratan los procedimientos administrativos especiales ya señalados -esto es el determinado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiera para la medida preventiva de recapitalización y el determinado por el Decreto 32 de 1986 para la orden de reducción nominal del capital social-, esta Corte las entiende realizadas frente a quien correspondía, **el 3 de octubre de 1998**, fecha que correspondía a un día sábado. Respecto de la orden de capitalización No1998050714-1 -Superbancaria-, el vencimiento del plazo para la interposición del recurso que procedía contra el acto administrativo ya mencionado -hasta 5 días después de la notificación- era el **9 de octubre de 1998**. En relación con la Resolución 002 -Fogafin- el Representante Legal de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar renunció de manera expresa a interponer el recurso que contra dicho acto administrativo había lugar.*

8.2.5. *En los dos casos mencionados, era susceptible de controvertir los actos administrativos a través del recurso de reposición; no haciéndose de manera tácita en el primero y no realizándose de manera expresa en el segundo. Pues bien, la presentación del recurso de reposición no es obligatoria y el resultado jurídico de dicha inactividad es entender agotada la vía gubernativa.*

8.2.6. *El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo señala que la*

⁶⁵ Circunstancia que también fue acreditada en el sub examine, supra párr. 14.3.

*demanda que pretenda la nulidad de un acto particular y que se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa. Por consiguiente, ante la asimilación del agotamiento de vía gubernativa que hace la ley por la no interposición del recurso de reposición, y para efectos del caso concreto, el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento contra los actos administrativos anotados era posible, ante el cumplimiento del requisito indicado. De otro lado, el artículo 136⁶⁶ de la misma normatividad expresa que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro meses (4) contados a partir del día siguiente a de la notificación del acto. Por ende, al haberse notificado -el 3 de octubre de 1998- al Representante Legal de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, como sujeto activo de dicho suceso procesal, los actos administrativos contentivos de la orden de capitalización No1998050714-1 y la resolución 002, el plazo para el ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho vencía **el 4 de febrero de 1999**, término éste contado a partir del día hábil siguiente al de la notificación (...).*

8.3. Razón adicional: hecho notorio, en relación con la ejecución de los actos administrativos correspondientes a la orden de capitalización y la reducción nominal de acciones

8.3.1. Estima esta Corporación de trascendencia destacar como también la ejecución de los actos administrativos a los que se refiere la presente providencia, fue un hecho notorio. Los accionantes en sede de nulidad y restablecimiento señalaron que nunca fueron notificados de los actos administrativos acá mencionados. Pues bien, para abundar en razones, el artículo 136 del C.C.A señala que la notificación puede darse por la ejecución del acto administrativo. Ciertamente, el Consejo de Estado⁶⁷ ha señalado que:

(...) el término de los cuatro meses comienza a partir de la notificación, publicación, comunicación o ejecución, lo que significa que a partir del día siguiente de surtida cualquiera de las formas de poner en conocimiento del interesado el acto administrativo que pone fin a la actuación administrativa, empieza correr el término de caducidad. Sobre este aspecto, esta Corporación ha reiterado que “la publicación o notificación atiende a la naturaleza del acto, mientras que la ejecución está supeditada a que el acto no haya sido objeto de publicación o notificación. Debe entenderse que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca el mismo día del cuarto mes siguiente a aquel en que se notificó o publicó el acto, o a falta de éstos, en que se ejecutó.

⁶⁶[384] ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. <Subrogado por el artículo [44](#) de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> // 1. La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto. // 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

⁶⁷ [389] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de junio de 2005. Consejero Ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

8.3.2. En esta providencia se ha insistido que los actos administrativos atacados no debían ni publicarse, ni comunicarse y menos aún notificarse a terceros. Por ende, solamente se podría pensar que éstos podían controvertirse por terceros a partir de la ejecución de los mismos. El Consejo de Estado ha indicado que debe entenderse que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca el mismo día del cuarto mes siguiente a aquel en que se notificó o publicó el acto, o a falta de éstos, en que se ejecutó⁶⁸. Específicamente, el término de caducidad debe contarse a partir de la ejecución, cuando el administrado no ha tenido oportunidad de ejercer los recursos existentes y la administración los ejecuta sin haberlos notificado, ni comunicado, ni publicado, según el caso, pues es obvio que a partir de tal ejecución el interesado tiene conocimiento cabal de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento pretende por la vía jurisdiccional⁶⁹.

(...)

8.3.6. Hecho notorio: respecto de las **medidas tomadas**.

El desenlace de todo el problema de Granahorrar fue ampliamente difundido por los medios de comunicación, en especial por la prensa escrita. Al respecto se evidencia:

*“(...)El viernes, la Superintendencia Bancaria trató por diversos medios de solucionar la crisis y exigió a **Carrizosa que capitalizara urgentemente Granahorrar. La advertencia tenía más bien un carácter protocolario, pues se sabía que Carrizosa no estaba en capacidad de cumplirla. Por eso, la Corporación Granacolombiana de Ahorro y Vivienda tendrá a partir de esta semana un nuevo dueño. El Estado garantiza la protección de los ahorradores y Granahorrar comienza así un nuevo capítulo de su historia.** (...)”⁷⁰*

*“El Gobierno se hace cargo de la corporación. Oficializada Granahorrar.”:
“(...) **La oficialización significa que el control administrativo de la entidad lo asume el ejecutivo a través del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin).** (...) “Por el contrario **la medida se adoptó para salvaguardar los intereses del público** y evitar la intervención con fines de liquidación” Dijo la funcionarias. (...) Pero eso no sucedió [la venta de Granahorrar]. Entonces el Gobierno pidió a los accionistas capitalizarla [Granahorrar] en 157.000 millones de pesos, a más tardar ayer a las tres. Esa petición no se cumplió. Esto provocó que anoche, como última instancia **el Gobierno oficializara la Entidad.** (...) Según la Superintendente, mañana lunes la corporación entra a operar normalmente pero se designará una nueva junta administradora. **El valor de las acciones para los antiguos dueños será de cero, pues el gobierno queda como nuevo propietario.** (...) ¿Porque se decidió*

⁶⁸ [390] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRAD Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005).

⁶⁹ [391] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente número R-018 (201) , Consejero Ponente: Antonio de Irisarri Restrepo, 3 de noviembre de 1988.

⁷⁰ [401] *El tiempo*, 4 de octubre 1998, *ibídem*.

oficializar a Granahorrar? Se decidió oficializar a la corporación debido a que el pasado viernes entró en cesación de pagos cuando fracasó el acuerdo entre los accionistas y sus bancos acreedores. (...) **La decisión se tomó porque la otra alternativa era intervenirla para liquidarla, medida que no se adoptó para evitar generar desconfianza entre el público con lo cual se podría poner en riesgo a todo el sistema financiero. Ahora, la entidad es 100 por ciento oficial. (...) ¿Como fue el trámite para la oficialización? Después de conocerse la cesación de pagos, en la noche del viernes, el Fogafin tenía la obligación de quedarse con la cartera de Granahorrar. Esta decisión se informó al Banco de la República que inmediatamente hizo efectivo el cupo de crédito que le había otorgado a la corporación. En ese momento la entidad ya era insolvente. El gobierno apoyó durante varios meses a la corporación. (...) Que pasa con los accionistas? Los accionistas pierden ya que las acciones no valen nada y el patrimonio se acaba.**⁷¹

“Gobierno capitaliza en \$157.000 millones a Granahorrar”: “ (...) Luego del fracaso de las negociaciones entre los accionistas mayoritarios pertenecientes a la Robayo (sic) con los bancos acreedores, **el gobierno decidió anoche capitalizar la corporación de ahorro y vivienda Granahorrar con \$157.000 millones. (...) La capitalización implica una oficialización que se da tras el estado de iliquidez en que entró Granahorrar por el retiro masivo de dinero por parte de sus clientes, que se acentuó en la última semana. (...) Tras el informe rendido por los delegados hacia el medio día, la funcionaria adoptó la decisión de oficializar la entidad para garantizar el dinero de los ahorradores y el normal funcionamiento de Granahorrar. La oficialización es una figura que consiste en la capitalización de la entidad de ahorros o crediticia cuando sus propietarios no le inyectan los recursos suficientes para mantener su liquidez. La oficialización de Granahorrar implica que a partir de ayer, el Gobierno, a través del fondo de Garantías financieras, Fogafin, es el nuevo propietario de esa corporación de ahorro y vivienda. (...)**⁷²

“El Gobierno compra por segunda vez a Granahorrar”: “(...) Igualmente, las asociaciones gremiales y el alto gobierno dieron apoyo a la decisión adoptada por el Fogafin, de oficializar a Granahorrar, porque de lo contrario la desconfianza entre el público hubiera colosal (sic) y todo el mundo sabe que en el campo financiero el mejor activo es la confianza de las gentes. (...)⁷³

“Portafolio”, medio de prensa especializado, señaló: “(...) Cristian Cardona, uno de los abogados del accionista Julio Carrizosa advirtió que las negociaciones se estaban realizando bajo presión de su cliente y se le estaba forzando a un acuerdo. Esto naturalmente no le gustó a las partes, ni bancos ni gobierno. Una operación bajo presión podría revertirse. (...) **Una orden de capitalización a los accionistas se veía venir y detrás de ella una oficialización de la corporación. (...)**

⁷¹ [402] *El Tiempo*, 4 de octubre de 1998, *ibidem*.

⁷² [403] *La República*, 4 de octubre de 1998, *ibidem*.

⁷³[404] *El Nuevo Siglo*. 5 de octubre 1998, *ibidem*.

Pese a los obstáculos en la negociación, para todas las partes lo mejor ha sido llegar a un acuerdo, pues de lo contrario, los bancos se quedarían “sin el pan y sin el queso” al perder el dinero que les debe Carrizosa y éste último naturalmente quedaría sin acciones en la corporación y con la deuda pendiente.”⁷⁴

*“Granahorrar continuará atendiendo con normalidad”: “(...) Lo cierto es que desde hoy Granahorrar contará con recursos adicionales por \$157.000 millones, provenientes de la capitalización que hizo el gobierno a través del fondo de garantías de instituciones financieras (Fogafin) que en los próximos días entrará a definir una nueva junta directiva y presidente de la entidad. (...) **El hasta el sábado mayor accionista de la corporación, Julio Carrizosa Mutis, reconoció el esfuerzo hecho por el gobierno para evitar el desenlace de esa situación, pero reconoció a su vez que la medida permitirá preservar el patrimonio de muchos colombianos. “Resulta para nosotros una gran pérdida que sólo se ve compensada por la tranquilidad y seguridad, que los depositantes y usuarios de Granahorrar, no habrán de sufrir ningún perjuicio”, señaló.”⁷⁵***

*“ Granahorrar Patas arriba” : “ (...) En las horas de la noche el Gobierno aceptó que el destino de la Corporación estaba en sus manos, **pero antes de oficializarla tuvo un gesto de protocolo con Julio Carrizosa, conminándolo a capitalizar la entidad en 157.000 millones de pesos antes de las tres de la tarde del sábado. La suerte de Granahorrar estaba echada.** El Gobierno procedería a oficializarla ese mismo día a las siete de la noche después que la entidad había entrado en cesación de pagos desde el viernes como consecuencia de retiros masivos del público.(...)”⁷⁶ “*

“Carrizosa lamenta su pérdida”: “(...) Los socios mayoritarios de Granahorrar lamentaron ayer la pérdida de la Corporación, pero resaltaron el esfuerzo del gobierno, en especial del Fogafin y la Superintendencia Bancaria, para proteger los ahorros del público. El empresario Julio Carrizosa Mutis, quien preside los negocios de la Compañía Industrial de Construcciones manifestó que afortunadamente no se dejó morir la entidad, la cual en su opinión hace parte del patrimonio de los Colombianos. El mencionado constructor divulgó ayer la siguiente declaración: “Julio Carrizosa Mutis, en calidad de gestor y representante del denominado Grupo Industrial de Construcciones, se permite informar a la opinión pública que a pesar de todos los esfuerzos realizados de parte nuestra, no se logró evitar el desenlace hoy por todos conocidos , en relación con la Corporación de Ahorro y Vivienda Grancolombiana, Granahorrar. Resulta para nosotros una gran pérdida que solo se ve compensada por la tranquilidad y seguridad, que los depositantes y usuarios de Granahorrar no habrán de sufrir perjuicio alguno. Durante doce años mantuvimos de manera constante la idea y el sueño de forjar una institución que pudiese prestar los servicios bancarios y financieros,

⁷⁴[405] Portafolio, 5 de octubre de 1998, *ibidem*.

⁷⁵[406] La República, 5 de octubre 1998, *ibidem*.

⁷⁶[407] El Tiempo, 5 de octubre de 1998, *ibidem*.

*con un sentido humano y un alto grado de eficiencia y tecnología para bien del país en general. Este cometido se cumplió, pues aún en las situaciones actuales es una institución sólida con unos indicadores sobresalientes dentro de las compañías de su género. El Gobierno a través del Ministerio de Hacienda, la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Instituciones Financieras, Fogafin, merecen nuestro reconocimiento por los ingentes esfuerzos y colaboración para evitar **la medida** que hoy todos lamentamos. (...)*⁷⁷

En publicaciones especializadas, claramente se explicaron las medidas tomadas para la recuperación financiera de Granahorrar. En ellas se informó entre otras que el fondo de Garantías financieras se hizo a la deuda que Granahorrar había contraído con esa entidad y que en cuestión de horas el valor de cada acción quedo reducido a centavos.⁷⁸ Se señaló igualmente que Fogafin le inyectó liquidez a Granahorrar mediante una operación de compra de cartera por \$ 350.000 millones, que involucraba el compromiso de capitalizar a la entidad o encontrarle comprador rápidamente⁷⁹. Específicamente se indica que Granahorrar es oficializada mediante resolución 002 de Fogafin.⁸⁰ Se expresa que al generarse las pérdidas en Granahorrar, la Superintendencia Bancaria ordena la capitalización que no pudieron hacer los accionistas y así entra el Estado a capitalizar.⁸¹ (negrillas del original).

21.2.2. A la luz de estas consideraciones y teniendo en cuenta que, frente a dichos actos administrativos, el grupo aquí demandante se encuentra en la misma situación de los seis accionistas que interpusieron la acción de nulidad y restablecimiento cuya decisión final fue dejada sin valor ni efecto por la Corte Constitucional, la Sala estima que, salvo a permitir que el ejercicio de la presente acción se convirtiera en un mecanismo idóneo para eludir el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que disponían todos los miembros del grupo demandante, en el marco de este proceso no es posible analizar las pretensiones indemnizatorias cuya prosperidad depende de que el juez de la acción de grupo –no habilitado para ello por el ordenamiento- se pronuncie implícita o explícitamente sobre la legalidad de actos administrativos notificados y ejecutados en octubre de 1998, es decir, actos cuya nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho debió solicitarse, a más tardar, en el mes de febrero de 1999.

⁷⁷ [408] *El Espectador*, 5 de octubre de 1998, *ibídem*.

⁷⁸ [409] *Dinero*, 15 de octubre 1998, *ibídem*.

⁷⁹ [410] *Ibídem*.

⁸⁰ [411] *Ibídem*.

⁸¹ [412] *La República*, 21 de diciembre de 1998. Anexo S-4.

21.2.3. Y es que, como consideró la misma Corte Constitucional en la sentencia que se recuerda:

Es importante tener presente las connotaciones constitucionales del fenómeno de la caducidad en un Estado Social de Derecho. Ciertamente, la caducidad es el corolario de la expiración del término perentorio fijado por la ley para el ejercicio de ciertas acciones. Este fenómeno tiene ocurrencia por la inactividad, inercia y desidia de los interesados para obtener a través de los mecanismos judiciales el reconocimiento de sus pretensiones. Los términos fijados por la ley se estructuran en una garantía esencial para la seguridad jurídica y el interés general. El plazo de caducidad entonces, incorpora el límite dentro del cual se puede reclamar un específico derecho. Así pues la actitud negligente de quien pretendía hacer valer el derecho no puede ser objeto de protección. El legislador está facultado constitucionalmente para establecer un límite para el ejercicio de las acciones y de los recursos. Por ello, el señalamiento legal de un término de caducidad es el resultado de la necesidad de otorgar certeza jurídica tanto a los ciudadanos como a la comunidad en general, y de esta manera, brindar estabilidad jurídica a las situaciones debidamente consolidadas por el transcurso del tiempo, como en este caso, a los actos administrativos tantas veces referidos. El derecho de acceso a la administración de justicia no es incompatible con la existencia de una institución que establece que quien, gozando de la facultad de ejercer un derecho, opta por la vía de la inacción o de la actuación tardía⁸².

21.2.3.1. Perspectiva en virtud de la cual la caducidad de la acción de grupo no puede analizarse como un fenómeno desligado del de la caducidad de pretensiones que, aunque formuladas en su seno, son propias de otros mecanismos de control, con particularidades específicas. En ese sentido vale la pena recordar que si bien es cierto que la Corte Constitucional declaró inexecutable la disposición de la Ley 472 de 1998 que supeditaba la opción de integrar el grupo demandante a que la acción no hubiere “*prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes*”, por considerar que contrariaba abiertamente los fines de la consagración de la acción de grupo, ello no implica desconocer la importancia que, para el ordenamiento jurídico, tiene la caducidad y la prescripción de acciones

⁸² [420] Con relación a la finalidad del fenómeno jurídico de la caducidad en un Estado Social de Derecho, se pueden consultar entre otras: C-832 de 2001, C-447 de 2005, C-1049 de 2004, C-351 de 1994, C-565 de 2000, C-1033 de 2006, C-277 de 2009, C-394 de 2002.

judiciales. En palabras de la Corte⁸³:

...es preciso reconocer que resulta factible entender la intención de la norma, que como ocurre con todas las demás disposiciones legales vigentes sobre caducidad o prescripción de las acciones judiciales, no es otra que procurar el pronto y oportuno logro de la seguridad jurídica, estimulando al titular del derecho a actuar de manera diligente, so pena de que en vista de su desinterés, aquél pueda considerarse extinguido. Tal como es absolutamente claro en la jurisprudencia constitucional, esta finalidad no es en sí misma opuesta en modo alguno a los mandatos superiores, sino por el contrario, claramente válida y concordante con ellos⁸⁴.

Sin embargo, en el presente caso una disposición de este tipo supone la directa negación de los objetivos que persiguen las acciones de grupo establecidas en el artículo 88 superior, uno de los cuales es la posibilidad de que todos los integrantes del grupo se beneficien del impulso de la actuación dado por parte de cualquiera de ellos. Por ello, dentro de este contexto constituye un contrasentido deducir efectos desfavorables de la transitoria inacción de alguno(s) de los interesados. Así las cosas, la aplicación de esta regla dentro del proceso de las acciones de grupo marcha en contravía del propósito que la norma superior asignó a tales acciones, por lo que desde la perspectiva constitucional, ella resulta inadmisibile.

21.2.3.2. Así pues y en la medida en que la exigencia de que uno de los miembros del grupo interponga la acción dentro del término de caducidad correspondiente no atenta contra el objetivo de dicha acción, es perfectamente razonable que, como lo hizo la Ley 1437 de 2011, se exija que si el daño causado a un grupo proviene de un acto administrativo cuya nulidad se pretende, la demanda sea interpuesta dentro del término de cuatro (4) meses contados “a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo” (art.164.2.h), y “siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio” (art. 145).

IV.7. El daño

22. Como se ha reiterado en múltiples oportunidades a lo largo de esta

⁸³ Sentencia C-241 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸⁴ [14] Cfr. en relación con este aspecto, entre otras, las sentencias C-072 de 1994 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-381 de 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), C-298 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynnet), C-570 de 2003 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-835 de 2003 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

providencia, el daño cuya indemnización reclama el grupo demandante es la pérdida del valor de las acciones de Granahorrar padecida el 3 de octubre de 1998, fecha en que, por orden de Fogafin y después del incumplimiento de la orden de capitalización proferida por la Superintendencia Bancaria, se redujo nominalmente el capital social y, con él, el valor nominal de las acciones de que eran titulares los socios de dicha Corporación de Ahorro y Vivienda. Ahora, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo 18.3.1., los accionistas hacen consistir el monto de dicha pérdida en la *“diferencia entre el valor registrado en bolsa de 8.90 –antes del 3 de octubre de 1998-, por cada acción por ellos poseída, y un centavo”*. Para efectos de determinar si esta desvalorización puede ser objeto de indemnización o no, corresponde a la Sala analizar su entidad y si se acreditó que, efectivamente, constituyera un detrimento patrimonial cierto y personal para cada uno de los miembros del grupo demandante.

22.1. Al respecto, sea lo primero indicar que, una acción, como un valor mobiliario, tiene una representación dineraria que se define en función de diferentes variables. Así, se distingue entre el valor nominal o facial, el de mercado o comercial y el valor en libros o valor contable. De acuerdo con el glosario de términos financieros de la Superintendencia Financiera, el valor nominal o facial es la *“cantidad de dinero representada en el título en el momento de su emisión”*; el de mercado o comercial es el que resulta *“de apreciar o cuantificar los rendimientos futuros que se obtendrán con una inversión”*, es decir, *“la capacidad de la empresa para generar utilidades futuras (...) aumentar su patrimonio y consecuentemente el del accionista. Está sometido a las leyes de oferta y demanda del mercado”* y el valor en libros o contable es aquel que *“se obtiene de dividir el patrimonio [de la sociedad] entre el número de acciones en circulación”*⁸⁵. Ahora bien, aunque no cabe duda de que, en determinados momentos dichos valores pueden influenciarse recíprocamente, lo cierto es que, por depender de variables diferentes, son distintos y, por lo tanto, incomparables. De esta

⁸⁵<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Glosario&lTipo=user&lFuncion=main&letra=V>, Consultada el 21 de septiembre de 2015.

modo resulta a todas luces desafortunado que el monto del daño cuya indemnización se reclama se haga consistir en la diferencia existente entre el valor de mercado que tenían las acciones de Granahorrar el 3 de octubre de 1998 y el valor nominal al que Fogafin ordenó reducir cada una de las acciones, cuando lo adecuado para efectos de determinar una desvalorización es la comparación de valores de la misma naturaleza.

22.2. En ese sentido, en relación con el valor nominal o facial de las acciones, la Sala advierte que, evidentemente, fue afectado con la orden de reducción proferida por Fogafin el 3 de octubre de 1998. Sin embargo, teniendo en cuenta que dicho valor sólo tiene implicaciones económicas reales en hipótesis claramente establecidas por el Código de Comercio, su disminución no siempre conlleva un detrimento patrimonial cierto para el titular de la acción. En efecto, de acuerdo con los artículos 379 y 388 del Código de Comercio⁸⁶, el valor nominal de la acción sólo tendría efectos económicos efectivos al momento de: i) realizar la distribución de utilidades (22.2.1); ii) ejercer el derecho a negociar libremente las acciones (22.2.2); iii) distribuir los activos sociales en un proceso liquidatorio (22.2.3); y iv) ejercer el derecho a suscribir acciones en nuevas emisiones, esto es, a participar en futuros procesos de capitalización (22.2.4)⁸⁷.

22.2.1. A propósito del derecho económico relacionado con la distribución de utilidades, encuentra la Sala que, para el 3 de octubre de 1998, no es

⁸⁶ Normas a cuyo tenor: “Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos: 1) El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella; 2) El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos; 3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos; 4) El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y 5) El de recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad” y “Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento. En éste se indicará el plazo para suscribir, que no será inferior a quince días contados desde la fecha de la oferta”.

⁸⁷ Sobre los derechos económicos de los accionistas ver: Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario* Tomo I, Temis, 2004, Bogotá, p. 278 y ss.

dable establecer cuál fue la supuesta pérdida patrimonial que tuvieron los tenedores de acciones, en tanto no está acreditado que, al reducirse el valor nominal, recibirían menores utilidades que las que esperarían obtener al cierre del próximo ejercicio social⁸⁸, sobretodo si se tiene en cuenta que, antes de dicha reducción, Granahorrar era una sociedad que presentaba, por lo menos, defectos de liquidez. No de otra manera se explica el que haya tenido que recurrir a los convenios de apoyo a la liquidez a los que se hace amplia referencia durante el trámite del proceso.

22.2.2. Tampoco advierte la Sala que, con la reducción del valor nominal de sus acciones, se impusiera a los accionistas restricción alguna para celebrar negocios jurídicos traslativos de su participación en la Corporación de Ahorro y Vivienda que pudieran configurar una lesión a sus derechos patrimoniales.

22.2.3. En cuanto a la participación de los remanentes en un proceso liquidatorio, no se vislumbra la existencia de un daño cierto pues el mismo sólo podría materializarse en el momento en que la sociedad entrara en un proceso de este tipo, situación que no está demostrada. De hecho, bien podía ocurrir que, con ocasión de las medidas de intervención, Granahorrar mejorara su situación financiera y recuperara su valor, logrando que, de adelantarse un proceso liquidatorio –circunstancia que no se presentó-, los accionistas obtuvieran un valor mayor, independientemente de que el porcentaje de su participación accionaria hubiere disminuido.

22.2.4. Por último, en lo atinente a futuros procesos de capitalización, también se excluye la existencia de un daño cierto, dado que los accionistas conservaron su participación en el capital social, lo que les permitiría intervenir en aumentos posteriores de capital. Ahora bien, no es posible afirmar que la capitalización efectuada por Fogafin en virtud del numeral 4 del artículo 320 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del

⁸⁸ Artículo 152 del Código de Comercio.

Sistema Financiero⁸⁹, -supra párr. 14.4- afectó su derecho patrimonial a suscribir nuevas acciones pues, justamente, dicha norma la establecía como la consecuencia necesaria de no haber atendido inicialmente la orden de capitalización proferida por la Superintendencia Bancaria.

22.3. En lo referente al valor de mercado o comercial de las acciones que, se insiste, es el precio que un inversionista estaría dispuesto a pagar por ellas, considerando la información disponible sobre el activo y la posibilidad de que alguno de los riesgos propios de su adquisición pudiera materializarse, encuentra la Sala que el de las acciones de Granahorrar estaba vinculado a la percepción que los inversores tenían del comportamiento de esa Corporación de Ahorro y Vivienda, así como del sistema financiero en su conjunto, los cuales, para la fecha de los hechos, estaban marcados por un escenario adverso, propio de los defectos de liquidez que databan de meses atrás para la entidad y de la crisis financiera de la época, relatada ampliamente por los mismos demandantes.

22.3.1. Ahora, el grupo demandante no acreditó que dicho valor hubiera disminuido efectivamente luego de la orden de reducción del valor nominal proferida por Fogafin pues su actividad probatoria se limitó a demostrar el valor de mercado que tenía la acción antes de dicha reducción, es decir, antes del 3 de octubre de 1998, sin asegurarse del recaudo de algún medio de convicción que diera cuenta del valor de mercado después de esa fecha y que, en ausencia de la certificación de la cotización en bolsa, habría podido demostrar a través de cualquiera de los mecanismos de valoración dispuestos para esa clase de activos. En ese sentido se observa que, en el

⁸⁹ Norma según la cual “*El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá suscribir las ampliaciones de capital que aprueben las entidades financieras requeridas al efecto por la Superintendencia Bancaria para restablecer su situación patrimonial, en el supuesto de que las mismas no sean cubiertas por los accionistas de la entidad. // Cuando una entidad financiera incumpla una orden de capitalización expedida por la Superintendencia Bancaria, de conformidad con las disposiciones del numeral 2 del artículo 113 de este Estatuto, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá efectuar las ampliaciones de capital sin que para el efecto se requiera decisión de la asamblea, reglamento de suscripción o aceptación del representante legal. La ampliación de capital se entenderá perfectamente perfeccionada con el pago del mismo mediante consignación en cuenta a nombre de la institución financiera por parte del Fondo*”.

acápites de pruebas de la demanda, el grupo demandante solicitó que se oficiara a la Bolsa de Valores de Bogotá S.A. para que certificara “los precios a los cuales se negoció la acción de Granahorrar durante el año de 1998” y “el último promedio de cotización con base en el índice que informa mensualmente la Superintendencia de Valores, que haya sido certificado con anterioridad al 3 de octubre de 1998” (f. 83 c.1); solicitud en virtud de la cual la Bolsa de Valores de Colombia sólo certificó transacciones realizadas con anterioridad al 3 de octubre de 1998 (f. 605-609 c.2) y que, de acuerdo con lo consignado por la parte actora en sus alegatos de conclusión de primera instancia (f. 196 c. de alegatos de conclusión de primera instancia de la parte actora), resultaba suficiente para dar por demostrada la reducción del valor –claro, bajo el supuesto de que, necesariamente, el valor en el mercado de la acción sería equivalente al que resultó luego de la reducción del valor nominal⁹⁰.

22.3.2. Lo anterior sin mencionar que, de haberse producido una disminución del valor de mercado de la acción, luego de la reducción del valor nominal y en virtud de los hechos anteriores a la misma que, a través de esta demanda, se imputa a las demandadas –circunstancia que, se insiste, no está acreditada en el proceso-, ello no habría implicado una pérdida patrimonial cierta para las accionistas sino en el momento en que estos hubieren vendido las acciones al precio resultante de la mencionada disminución⁹¹, pues, dadas las fluctuaciones propias del mercado financiero, no puede excluirse, en ausencia de pruebas sobre el particular, que el valor de mercado de dichas acciones pudiera incrementarse con el

⁹⁰ Es importante anotar que en esos mismos alegatos de conclusión se dio por demostrada la pérdida de valor de la acción con fundamento en la valoración que Lehman & Brothers realizó sobre Granahorrar, documento aportado al proceso por Fogafin y cuya traducción oficial fue allegada por la parte actora (f. 903-990 c.2); no obstante, dicha valoración fue realizada en septiembre de 1998, es decir, como la certificación del valor en bolsa acreditada en el expediente, se trata de una prueba que da cuenta del valor de mercado anterior a los hechos, pero no del posterior, extremo indispensable para tener por acreditada una desvalorización.

⁹¹ Claro, en dicho evento la dificultad estribaría en determinar si, ante la multiplicidad de variables que inciden en el mercado financiero, el valor reducido de venta de las acciones puede atribuirse única y exclusivamente a las actuaciones de las demandadas que dieron lugar a que se profiriera la orden de reducción de su valor nominal.

transcurrir de los días, máxime si se tiene en cuenta que la capitalización efectuada por Fogafin podía influir positivamente en la percepción que tenían los inversionistas en relación con la capacidad de la empresa para generar utilidades o, en todo caso, para evitar los problemas de liquidez que venía presentando.

22.3.2.1. En otros términos, si en gracia de discusión se admitiera que la reducción del valor nominal podía incidir en la formación de los precios de mercado, lo cierto es que los actos administrativos que gozan de presunción de legalidad, se dieron para corregir una imperfección del valor contable de los activos y viabilizar medidas para solventar la situación financiar de Granahorrar que podía conducir a su liquidación, situación que, potencialmente, podía incidir de manera positiva y no negativa, en el valor de mercado de las acciones, de lo cual se infiere que el daño no es cierto sino hipotético.

22.4. Finalmente, en cuanto se refiere al valor en libros o contable de las acciones, esto es, al resultado de dividir entre el número de acciones el valor del patrimonio de la sociedad, la Sala encuentra que si bien es cierto que la reducción del valor patrimonial ciertamente afectó a la Corporación de Ahorro y Vivienda –aunque en estricto sentido la medida tenía por objeto ajustarse a la realidad patrimonial de una sociedad que, a la luz de los hechos constatados, se encontraba insolvente-, ello no implica una afectación a los derechos patrimoniales de los accionistas en tanto que, para el ejercicio de los mismos, nuestra legislación adopta como criterio el valor nominal de la acción⁹² y, como se explicó al analizar lo relacionado con este último valor, no se acreditó un daño a los mismos.

22.5. Así las cosas, la Sala denegará las pretensiones indemnizatorias que eran susceptibles de ser analizadas en el marco de la presente acción de grupo, esto es, aquellas respecto de las cuales no había operado el fenómeno de cosa juzgada y las que se derivaban de actuaciones distintas

⁹² Al respecto ver, por ejemplo, artículos 150 y 381 del Código de Comercio.

a la expedición de las órdenes de capitalización de Granahorrar y de reducción del valor nominal de su capital social y de sus acciones, actos administrativos que gozaban de presunción de legalidad. En suma, la Sala deniega, por ausencia de acreditación del daño invocado, las pretensiones indemnizatorias derivadas de las actuaciones de Fogafin y del Banco de la República que, aunque dieron lugar a la expedición de dichos actos administrativos, constituían posibles hechos dañosos distintos de estos últimos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del 4 de mayo de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección A y, en su lugar, dispone:

PRIMERO: DECLARAR que, en virtud de lo decidido por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de 21 de abril de 2004, proferida en el marco de la acción de grupo 2000-0015, existe **COSA JUZGADA** en relación con las pretensiones que, en esta demanda, se elevaron en contra de la Superintendencia Bancaria, salvo respecto de aquellas que tienen que ver con la nulidad de la orden de capitalización proferida el 2 de octubre de 1998.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta por las demandadas.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inepta demanda, por **INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN**, respecto de las pretensiones

indemnizatorias derivadas de la supuesta ilegalidad de la orden de capitalización proferida por la Superintendencia Bancaria el 2 de octubre de 1998 y de la de reducción del valor nominal del capital social de Granahorrar expedida por Fogafin el 3 de ese mismo mes y año.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado