

ACCION DE GRUPO - Finalidad / ACCION DE GRUPO - Naturaleza indemnizatoria / ACCION DE GRUPO - Condiciones uniformes / CONDICIONES UNIFORMES - Concepto. Acción de grupo / LEGITIMACION POR ACTIVA - Acción de grupo. Causa común / CAUSA COMUN - Legitimación por activa. Acción de grupo

La Constitución Política en su artículo 88 defirió al legislador la regulación de “las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”. De modo que las acciones de grupo se enderezan a resarcir un perjuicio ocasionado a un número plural de personas, que la ley fijó en un mínimo de veinte. Se trata, entonces, de acciones de naturaleza eminentemente indemnizatoria las cuales se configuran a partir de la preexistencia de un daño que se busca reparar pecuniariamente y en forma individualizada, para todos aquellos que se han visto afectados. Es decir, por medio de las acciones de grupo un conjunto de personas que hayan sufrido daños en condiciones uniformes respecto de una misma causa, pueden demandar la satisfacción de sus intereses individuales o subjetivos para que se les reconozca una indemnización que les repare los perjuicios padecidos. Como 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 que ha sido causado a una pluralidad de personas -mínimo de 20-, con un mismo hecho o varios hechos siempre que constituyan causa común, debe ser ejercida con la exclusiva pretensión de reconocimiento y pago de los perjuicios. Esas condiciones uniformes en un número plural de personas, a las que aluden los artículos 3 y 46 citados, implica que las personas afectadas deben compartir la misma situación respecto de la causa que originó los perjuicios individuales. Por lo tanto, resulta de vital importancia para la procedencia de esta acción dilucidar el requisito de la “causa común”, toda vez que se constituye en el presupuesto procesal de la legitimación por activa, en el entendido de que sólo podrá intentarla el grupo significativo de ciudadanos previsto en la ley -20-, cuando todos ellos hayan sido afectados en forma directa por los mismos hechos ocasionados por el demandado y, por ende, posean un estatus jurídico semejante u homogéneo. Nota de Relatoría: Ver Auto de 10 de febrero de 2005, Exp. No. AG-25000-23-06-000-2001-00213-01 fl. 1283, Actor: Jesús Emel Jaime Vacca y otros, Demandado: La Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 215 de 1999, M.P. Martha Sáchica Moncaleano. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

ACUMULACION SUBJETIVA DE PRETENSIONES - Diferente a litis colectiva. Acción de grupo / ACCION DE GRUPO - Diferente a la acumulación subjetiva de pretensiones. Litis colectiva / ACCION DE GRUPO - Causa común. Requisito de procedibilidad / CAUSA COMUN - Requisito de procedibilidad. Acción de grupo / CAUSA COMUN - Concepto jurisprudencial / CONDICIONES UNIFORMES - Interpretación. Corte Constitucional / CONDICIONES UNIFORMES - Interpretación Consejo de Estado. Hecho Dañoso. Nexa causal

Sin embargo, pese a que es uno de los elementos esenciales de las acciones de grupo, en tanto de él deriva su existencia como litis colectiva y no propia de una acumulación subjetiva de pretensiones, no pocas dificultades ha ofrecido a la jurisprudencia y a la doctrina concretar esta noción de “causa común” como requisito de procedibilidad de las acciones de grupo. En nuestro medio, ni la Constitución Política ni la Ley suministran una respuesta al interrogante de qué se

entiende por causa común en las acciones de grupo. Así las cosas, en relación con el concepto de causa común, esta Corporación consideró que este aspecto debía determinarse con fundamento en la identidad de los actos o hechos de los cuales se afirma proviene el daño. No obstante, con un criterio más amplio, señaló también que la identidad de la causa no debe establecerse a partir de la uniformidad de los hechos considerados en sí mismos sino a partir de la unidad que pueda predicarse de la conducta o conductas imputables al demandado o a los demandados. Por su parte, la Corte Constitucional, al declarar la inexecutable de la expresión “las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad” contenida en el inciso primero del artículo 3 y en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 472 de 1998. En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional consideró que la valoración de la relación de causalidad para determinar la “causa común” debe ser definida en términos jurídicos y atendiendo la naturaleza de los intereses protegidos y a la concepción solidarista de la Carta. Igualmente, infiere la Corte en la citada sentencia que el aparte sobre las “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas” tiene como sentido obvio el requisito sobre “...la necesidad de que los daños hayan sido ocasionados en una forma común, lo cual justifica, junto con la relevancia social del grupo afectado, que esos perjuicios individuales sean tramitados y resueltos colectivamente...” Posteriormente, esta Corporación en Sentencia de 6 de agosto de 2006, tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse sobre el punto; aceptó, inicialmente, la anterior forma de interpretación sobre las condiciones uniformes respecto de una misma causa, pero realizó dos precisiones adicionales. (...) De acuerdo con lo anterior, la Sala en el fallo transcrito puntualizó que en el análisis de las condiciones uniformes respecto de una misma causa que generó perjuicios, como requisito de procedibilidad de la acción, debe realizarse así: i) en primer término identificar el hecho o hechos generadores alegados en la demanda y determinar si éstos son uniformes para todo el grupo; ii) en segundo término, mediante el análisis de la teoría de la causalidad adecuada, determinar si éstos hechos generadores tienen un mismo nexo de causalidad con los daños sufridos por los miembros del grupo; y iii) finalmente, “...el resultado de este análisis debe ser la identidad del grupo, como pluralidad de personas que sufren unos daños originados en uno o varios hechos generadores comunes a todos; si se descubre lo contrario, en cualquiera de los dos pasos, debe concluirse la inexistencia del grupo y por consiguiente la improcedencia de la acción...” En tal virtud, si una vez efectuado el análisis de la relación de causalidad, se concluye que los daños sufridos por el grupo tienen un mismo hecho o cadena de hechos como fuente eficiente única, se cumple con el requisito de comunidad en la causa que predicen las normas de la Ley 472 de 1998. Es decir, en el estudio de la causa común el aspecto fáctico es relevante, pero también el fundamento de derecho aplicable a la situación fáctica en la que se encuentra el grupo respecto del orden jurídico. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. AG-73001-23-31-000-2002-01089-01. Providencia del 10 de junio de 2004, exp: AG-23001-23-31-000-1999-00116-02. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 569 de 8 de junio de 2004. M.P. Rodrigo Uprimy Yepes. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 2 de agosto de 2006, Exp. 250002324000-2005-(AG-0495)-01, Sección Tercera, M.P. Ramiro Saavedra Becerra

ACCION DE GRUPO - Causa común / CAUSA COMUN - Concepto / ACCION DE GRUPO - Demanda

Causa común en las acciones de grupo equivale a que el hecho dañoso o los hechos dañosos, concomitantes o sucesivos en el tiempo y en el espacio, constituyan el origen de los perjuicios que se demandan, lo que permite que una o

varias personas que han sufrido un daño individual puedan interponer una acción que beneficie al grupo, en lugar de presentar numerosas y múltiples acciones en interés particular, en el entendido de que las controversias son muy parecidas y la solución o decisión en derecho podrá ser la misma y con efectos respecto de todos ellos (cosa juzgada ultra partes). Sin embargo, lo expuesto no significa que se exija la demostración de los presupuestos de la pretensión con la demanda, porque para dictar sentencia favorable se requiere la prueba de los elementos de la responsabilidad respecto del grupo: el hecho u omisión, el daño y la relación de causalidad entre el uno y el otro, acreditados en el curso del proceso. Lo que se requiere, es acreditar desde la demanda la existencia misma del grupo y su conformación por un número superior a veinte víctimas, para valorar la procedencia de la acción y, por tanto, al demandante le corresponde señalar cuáles son las razones por las cuales, en su concepto, resulta necesario acudir a la acción de grupo y no a las acciones ordinarias para que las víctimas que conforman el grupo al que se refiere la demanda, logren la indemnización de daños que se pretende en ella. Y, será el Juez quien en el auto admisorio de la demanda valore la procedencia de la acción de grupo por corresponder a una causa común y decida si ella es apropiada para resolver el asunto planteado en la demanda, sin perjuicio de que al momento de decidir el superior, por ejemplo, el recurso de apelación, verifique este presupuesto de la acción.

ACCION DE GRUPO - Legitimación por activa / LEGITIMACION POR ACTIVA - Acción de grupo / ACCION DE GRUPO - Titularidad / ACCION DE GRUPO - Demanda. Abogado

Ahora bien, en cuanto se refiere al ejercicio de esa legitimación por activa del grupo afectado, quien instaura la acción de clase o grupo lo hace para reclamar el resarcimiento de perjuicios para la totalidad de sus miembros o integrantes. La demanda en ejercicio de la acción de grupo puede ser interpuesta por una sola persona, de conformidad con lo establecido en los artículos 3, 46, 48-parágrafo y 52-4 de la Ley 472 de 1998, con la condición de que actúe a través de abogado – inciso primero art. 48 ibídem- y en nombre de un grupo del que se afirma la calidad de afectado, integrado, como se dijo, por un número no inferior a 20 personas, a las cuales debe identificar en la demanda o suministrar en la misma los datos para su identificación, como requisito de procedibilidad. Es decir, no es necesario que todas las personas que integran el grupo demandante concurren al momento de presentación de la demanda, ni que quienes presentan la demanda sean por lo menos 20 demandantes, toda vez que “en la acción de grupo el actor o quien actúe 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” (artículo 48 de la Ley 472 de 1998); sin embargo, para dar satisfacción al requisito de titularidad de la acción, quien actúa como demandante debe hacerlo en nombre de un grupo no inferior a 20 personas al cual pertenece, demostrar su existencia con la presentación de la demandada y señalar los criterios que permitan la identificación de sus integrantes. Nota de Relatoría: Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. auto de 1 de junio de 2000, exp: AG-001

ACCION DE GRUPO - Término de caducidad. Cómputo / LIQUIDACION - Cómputo del término de caducidad / CADUCIDAD DE LA ACCION - Daño cierto. Determinado. Determinable

En cuanto al ejercicio oportuno de la acción de grupo, el artículo 47 ejusdem establece que la misma 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. (...) Es decir, bajo la premisa de que el daño debe ser real, cierto, presente o futuro, y no probable, incierto o hipotético, es claro que mientras no finaliza el proceso administrativo de liquidación no resulta posible determinar por los accionistas si definitivamente con el mismo se infirió un daño por la pérdida total o parcial de algún derecho a su favor en él involucrado. Al contrario, terminada la liquidación podrá demandarse a la administración por la presunta responsabilidad que pudiera incumbirle con ocasión a la misma y con independencia de que la tenga o no, situación que será materia del debate procesal, dado que en ese instante el daño deja de ser hipotético e incierto para los accionistas, toda vez que conocerán el estado en que quedaron los negocios, bienes y haberes de la sociedad liquidada. Nota de Relatoría: Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 marzo de 1989, Exp. 5393, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. En igual sentido ver, entre otras: 7 de julio de 1986, Exp. 4246, 25 de mayo de 1990, Exp. 5739; 11 de junio de 1990, Exp. 4326; 28 de agosto de 1990, Exp. 5742; 4 de marzo de 1994, Exp. 6698; 17 de febrero de 1994, Exp. 6783; 27 de octubre de 1994, Exp. 9763; 7 mayo de 1998, Exp. 10397; 17 de agosto de 2000, Exp.11811; Sección Quinta, 10 de julio de 2003, Exp. 25000-23-24-000-2001-0002-02(AG)

ACCION DE GRUPO - Preexistencia del grupo. No es requisito de procedibilidad / PREEXISTENCIA DEL GRUPO – No es requisito de procedibilidad en la acción de grupo

La Sala abandonó el criterio relacionado con la necesidad de la preexistencia del grupo, como requisito de procedibilidad de la acción, con posterioridad a la Sentencia la C-569 de 8 de junio de 2004, de la Corte Constitucional, mediante la cual fueron declaradas inexecutable las expresiones “Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”, contenidas en los primeros incisos de los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, por considerar que la exigencia legal de la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad, deducida del contenido de dichas expresiones, desconoce el diseño constitucional de la acción, restringe desproporcionadamente el acceso a la justicia e impide el cumplimiento de los fines que identifican esta acción, como son los de proteger grupos de especial relevancia social, reparar daños de gran entidad e inhibir comportamientos que puedan provocar hechos dañinos de grandes repercusiones. Nota de Relatoría: Ver Sentencia la C-569 de 8 de junio de 2004, de la Corte Constitucional. Sentencia del 6 de octubre 2005, Exp: AG-410012331000200100948-01

FALLA DEL SERVICIO - Título de imputación subjetiva / FALLA DEL SERVICIO - Elementos / FALLA DEL SERVICIO - Concepto / ACCION DE GRUPO - Falla del servicio

Observa la Sala que las acusaciones realizadas en la demanda versan sobre la existencia de unos supuestos perjuicios ocasionados por presuntas conductas culposas, negligentes e irregulares cometidas por las entidades demandadas en el proceso de liquidación de la sociedad intervenida, es decir, que el título de imputación elegido por el grupo actor corresponde al de la falla del servicio, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación Estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración. Así las cosas, no debe perderse de vista que para la prosperidad de la acción de grupo y, por ende, para que el sentenciador pueda ordenar la reparación pretendida, deben estar acreditados con las pruebas que obran en el proceso los elementos que estructuran la responsabilidad

extracontractual por falla del servicio a saber: i) la existencia de un daño, lesión o menoscabo de tipo patrimonial o moral, cierto y determinado, que afecta de forma individual a una pluralidad de sujetos; ii) la conducta activa u omisiva de la autoridad que lo infiere; y iii) la relación de causalidad entre ésta y aquél, es decir, que el daño se originó como consecuencia directa de la actuación atribuida a la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. Por lo demás, como criterio de identificación para la determinación de la falla del servicio, en forma constante la jurisprudencia ha dicho que, por regla general, "...las obligaciones a cargo de la administración (...) deben ser determinadas, especificadas, por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo haya de ejecutar..." Nota de Relatpría: Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango, Sección Tercera, Sentencia de 30 de junio de 1990, Exp. 3510, C.P. Antonio J. Irisarri Restrepo. En igual sentido, Sentencia de 27 de abril de 1989, Exp. 4992.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Falla del servicio por retardo / RETARDO - Falla del servicio / MORA - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Retardo injustificado en la expedición de actos administrativos

Por lo tanto, los elementos que perfilan la responsabilidad de la Administración por falla administrativa derivada del retardo y de cuya concurrencia surge el deber de reparar los daños que se ocasionen, se pueden resumir en los siguientes: i) la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) el incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; iii) un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y iv) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño. En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas del servicio de la administración derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración. Nota de Relatoría: Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 24 de junio de 1965, C.P. Alejandro Domínguez Molina. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 1995, Exp. 7095, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia de 26 de marzo de 1992, exp. 6255, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta,) (Consejo de Estado, Sentencia de 23 de mayo de 1994, Exp: 7616.)(Sentencia de 26 de septiembre de

2002, Exp: 14.122.) (teoría de la relatividad del servicio, Sentencia del 15 de febrero de 1996, exp: 9940)

TOMA DE POSESION - Concepto. Intervención en la economía / INTERVENCION EN LA ECONOMIA - Toma de posesión / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA - Funciones / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA - Competencia

Es (Toma de posesión) un principio en nuestro modelo de Estado la intervención de éste en la economía, según así lo ordena el artículo 334 de la Constitución Política, y como corolario del anterior postulado constitucional -y por disposición expresa del artículo 335 in fine- el que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación se consideren de interés público y sólo puedan ser ejercidas previa autorización del Estado, de conformidad con la ley, la cual regula la forma de intervención del gobierno en estas materias. Corresponde, entonces, al Congreso regular mediante la expedición de leyes estas actividades (artículo 150, numeral 19, letra d) ibídem) y al Presidente de la República ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que las realicen (artículo 189, numeral 24 ejusdem), quien ha delegado algunas de esas funciones a la Superintendencia Financiera (antes Bancaria), organismo técnico cuyo objetivo es el de supervisar el sistema financiero colombiano para preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados. Así pues, compete a la Superintendencia Financiera, entre otras, ejercer las funciones de control y vigilancia y de prevención y sanción respecto a las entidades bajo la órbita de su intervención dedicadas al manejo, aprovechamiento e inversión de recursos, para lo cual cuenta con una variada gama de herramientas legales, entre las que están las de impartir órdenes, realizar requerimientos, tomar las medidas de seguridad que autorizan las normas legales, imponer sanciones administrativas, y tomar en posesión los bienes, haberes y negocios de las entidades vigiladas para administrarlas o liquidarlas, cuando se presente alguno de los hechos previstos en la ley, según el caso, con el fin de proteger el interés público y el de los acreedores y usuarios del sistema financiero. Desde este punto de vista la toma de posesión se erige en una herramienta o mecanismo jurídico de carácter administrativo que se funda en factores políticos, técnicos y jurídicos para el ejercicio de la función pública de intervención del Estado en materia de control y vigilancia y de prevención y sanción en la actividad financiera desempeñada por sociedades especializadas que intermedian con los recursos captados del público, las que, por tal razón, son intervenidas, en tanto en el desarrollo de su objeto social se involucran y comprometen intereses generales, como el ahorro público y privado, el derecho a la propiedad, la economía nacional y el orden público económico, que imponen límites a la libertad de empresa en este ámbito para preservar el bien común y el cumplimiento de la función social que le son inherentes a las mismas (artículo 333 C.P).

TOMA DE POSESION - Evolución legislativa

Cabe precisar que la toma de posesión es un mecanismo de intervención anterior a la Constitución Política de 1991, cuyos antecedentes se remontan a la Ley 45 de 1923, que en sus artículos 48 y ss. otorgaban competencia al Superintendente Bancario para tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario cuando hubiere incurrido en conductas y prácticas consideradas irregulares, nocivas y riesgosas para su actividad, que podían poner en peligro los intereses y derechos de sus usuarios y ahorradores y, por ende,

afectar la economía en general, tales como la cesación de pagos de sus obligaciones; rehusarse a someter sus negocios a la respectiva inspección o a ser interrogado en relación con los mismos; incumplir bien por descuido o renuencia las órdenes del Superintendente; persistir en violar los estatutos o la ley; manejar los negocios en forma no autorizada o insegura; o sufrir un quebranto de su capital por debajo del mínimo exigido. Imperioso resulta recordar que la denominada "Ley de Bancos", autorizaba al Superintendente Bancario para tomar a su cargo el establecimiento o sociedad transgresora y lo dotaba de las facultades necesarias para rehabilitarla y devolverla a sus accionistas, o para liquidarla en beneficio de los depositantes y otros acreedores. Con algunas modificaciones y adiciones (Ley 105 de 1927, Ley 57 de 1931; Ley 66 de 1947, Ley 52 de 1977), esta Ley 45 de 1923 fue principalmente desarrollada en los Decretos 2216 y 2217 de 1982, 1215 de 1984 y 2277 de 1989. Luego, se expidió la Ley 45 de 1990, que le asignó la competencia al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para conocer de los procesos de liquidación (artículo 18); y el Decreto 1730 de 4 de julio de 1991, sustituyó los decretos 2217 y el 1215, y modificó el procedimiento aplicable. Con la Ley 35 de 1993, reglamentada por el Decreto 655 de 1 de abril de 1993, el legislador le asignó a los Liquidadores la competencia para conocer de los procesos de liquidación, parámetros incorporados también en el Decreto ley 663 de 2 de abril de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF. Posteriormente, con la expedición de la Ley 510 de 1999, reglamentada por el Decreto No. 2418 de 1999, se modificaron nuevamente algunas etapas del proceso de liquidación previstas en el EOSF.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA - Toma de posesión / TOMA DE POSESION - Causales

En suma, bajo el anterior contexto normativo, corresponde al Superintendente Financiero (antes Bancario) tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que se consideran especialmente graves o anormales y que, a su juicio, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor de la institución a su cargo y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público (artículo 114º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 20 de la Ley 510 de 1999): a) Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones; b) Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria; c) Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios; d) Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas; e) Cuando persista en violar sus estatutos o alguna ley; f) Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura; g) Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito. De modo que, si una entidad financiera queda incurso en alguna de las anteriores causales es del resorte de la Superintendencia Financiera ordenar la toma de posesión, con el propósito de tutelar la confianza en el sistema financiero y la protección de los derechos de los depositantes, ahorradores y terceros de buena fe, para lo cual podrá hacer uso de los medios a su alcance para que la sociedad afectada no continúe desarrollando su objeto en condiciones que puedan ser lesivas para la buena marcha del sector. Este instituto considerado como de salvamento y protección de la confianza pública tiene por objeto establecer si la entidad debe ser liquidada; o si es posible sanearla financiera y administrativamente en forma tal que pueda realizar sin inconvenientes o disfunciones su objeto social, o determinar si se pueden realizar otras operaciones

que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas obtengan el pago total o parcial de sus acreencias.

TOMA DE POSESION - Clases / TOMA DE POSESION PARA ADMINISTRAR - Concepto / TOMA DE POSESION PARA LIQUIDAR - Concepto

Es decir, como atrás se enunció, esta medida cautelar de asunción por parte del Estado de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada puede ser adoptada de dos maneras: a) Toma de posesión para administrar, con el objeto de colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social de acuerdo con las disposiciones legales, para lo cual conservará la medida hasta cuando se subsanen las causas que hayan dado lugar a su adopción. Esta modalidad conlleva, de suyo, la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida y del revisor fiscal y otros efectos de protección patrimonial, como la improcedencia del registro de la cancelación de gravamen constituido a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación esté sujeta a registro y de la inscripción de algún acto que afecte el dominio de los bienes de su propiedad so pena de ineficacia. b) Toma de posesión para liquidar, cuyo objeto es terminar la existencia legal de la sociedad intervenida, lo cual implica varios efectos legales, a saber: i) la disolución de la institución de la que se toma posesión; ii) la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida y del revisor fiscal; iii) la inmediata exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas; iv) la formación de la masa de bienes; v) la cancelación de los embargos decretados con anterioridad que afecten bienes de la intervenida; vi.) la terminación de toda clase de procesos de ejecución que cursen contra la intervenida para su acumulación dentro del proceso, cuyos títulos ejecutivos se harán valer en el proceso liquidatorio; vii) la imposibilidad de iniciar procesos ejecutivos contra la entidad en liquidación, por obligaciones contraídas con anterioridad a la toma de posesión; viii) la improcedencia del registro de la cancelación del gravamen constituido a favor de la intervenida sobre cualquier bien, así como de la inscripción de actos que afecten el dominio de los bienes de propiedad de la intervenida, so pena de ineficacia; ix) la terminación automática al vencimiento del plazo de dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de los contratos de seguros vigentes, celebrados por una entidad aseguradora respecto de la cual se disponga su liquidación; x) la suspensión en el pago de las obligaciones causadas, cuando sea del caso; xi) la interrupción de la prescripción o caducidad respecto de las obligaciones a cargo de la intervenida; xii) la protección legal de los derechos de los trabajadores. En otros términos, en la toma de posesión para administrar se despoja a la entidad intervenida de los negocios, bienes y haberes, para asumir la guarda y gestión de los mismos, desplazando a los órganos de administración, a fin de salvaguardar los intereses de terceros que eventual o efectivamente resulten perjudicados por la falta de idoneidad técnica o moral por la que atraviesa en un momento determinado la entidad intervenida, y para adoptar las medidas tendientes a asegurar la continuidad de manera adecuada de la empresa; al paso que en la toma de posesión para liquidar, se asume la guarda y administración de la masa de bienes de la intervenida, para los exclusivos efectos de adelantar el trámite de liquidación y terminación de la existencia legal de la misma. De otra parte, la medida de toma de posesión para liquidar estará vigente hasta cuando se declare terminada la existencia legal de la entidad financiera, salvo que, una vez cancelados todos los pasivos para con el público, constituido las provisiones requeridas y cubierto los gastos de la liquidación, subsistan activos, caso en el cual se convocará una asamblea de accionistas que podrá nombrar un liquidador

a quien se le entregará la sociedad en el estado en que se encuentre para que continúe con la liquidación.

LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA - Finalidad / PROCESO CONCURSAL - Toma de posesión

En consecuencia, la liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada, que deviene como consecuencia de la toma de posesión que realiza la Superintendencia Financiera, es un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores, sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos (artículo 293 del Decreto 663 de 1993). Por ende, la sociedad intervenida que entra en proceso de liquidación no puede continuar desarrollando las actividades propias de su objeto social, ni sus órganos de administración acometer o desempeñar sus funciones las cuales se trasladan al liquidador, con el único fin de que éste mediante el proceso fijado en el orden jurídico realice el patrimonio social para satisfacer los créditos de los acreedores.

LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA - Principios. Reglas / TOMA DE POSESION PARA LIQUIDAR - Procedimiento

Para adelantar la toma de posesión con fines liquidatorios y la consecuente liquidación forzosa administrativa, existe un cuerpo normativo especial que regula en forma integral el procedimiento a seguir (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF), y que establece los principios y reglas que los rigen, los cuales se pueden resumir así: i.) Sólo puede adoptarse por las causales previstas en la ley. ii.) Tiene por objeto la protección del sistema financiero y de los depositantes y ahorradores con el fin de que puedan obtener el pago de sus acreencias con cargo a los activos de la entidad y, si es del caso, al seguro de depósito. iii.) Las decisiones que se adopten deben tener en cuenta la posibilidad real de subsanar las causas que dieron lugar a la toma de posesión y la necesidad de evitar situaciones que pongan en juego la estabilidad del sector financiero y de la economía en general; la decisión es de cumplimiento inmediato; iv.) Corresponde al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designar al agente especial (con posterioridad a la Ley 45 de 1990 pues antes lo hacía la Superintendencia Bancaria) quien ejercerá funciones públicas transitorias y desarrollará las actividades que le sean confiadas bajo su inmediata responsabilidad (a partir de la Ley 30 de 1993), y podrá contar con una junta asesora con representación de los acreedores. Los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas son adelantados por los liquidadores y se rigen en primer término por sus disposiciones especiales, y en las cuestiones procesales no previstas en tales normas que correspondan a actuaciones orientadas a la expedición de actos administrativos se aplican las disposiciones de la parte primera del Código Contencioso Administrativo y los principios de los procedimientos administrativos (art. 293 num. 2o. del Decreto 663 de 1993). vii.) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras debe realizar el seguimiento de la actividad del agente especial liquidador, sin perjuicio de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la entidad objeto de administración, mientras no se decida su liquidación. viii.) Se deben propiciar mecanismos de solución en la liquidación que permitan la participación del sector privado. ix.) Las medidas que se adopten pueden incluir, entre otras, la reducción de capital, la emisión y colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, la cesión de activos o pasivos, las fusiones o escisiones, el pago de créditos por medio de la entrega de derechos

fiduciarios en fideicomisos en los cuales se encuentren los activos de la entidad, el pago anticipado de los títulos, la creación de mecanismos temporales de administración con o sin personería jurídica con el objeto de procurar la optimización de la gestión de los activos para responder a los pasivos, y la cancelación de gravámenes sobre bienes de la entidad, sin perjuicio del privilegio del acreedor sobre el valor correspondiente. ix). La liquidación de los activos de la entidad, cuando sea del caso, se debe realizar a través de mecanismos de mercado y en condiciones que permitan obtener el valor en el mismo de dichos activos.x.) Puede suspenderse el proceso cuando las circunstancias así lo justifiquen.xi.) Se deben realizar las actividades destinadas a culminar la liquidación, cuando existan activos que no han podido ser enajenados o situaciones jurídicas que no hayan podido ser definidas, que podrán incluir, entre otras, la adjudicación de los activos remanentes a los acreedores como pago de sus créditos o a los accionistas, si es del caso, o la entrega de dichos activos a una determinada entidad en la cual aquellos y éstos, si es del caso, convengan.xii.) La toma de posesión y en general los procesos concursales no impiden cumplir las operaciones realizadas por la entidad o por cuenta de ella en el mercado de valores, cuando ello sea conveniente para la misma.xiii.) De las reclamaciones que se presenten oportunamente se debe dar traslado a los interesados y sobre ellas deberá decidir el agente especial por acto administrativo que se notifica por edicto.xiv.) Se deben aplicar los mecanismos para compensar con cargo a los activos de la entidad la pérdida de poder adquisitivo o los perjuicios por razón de la pérdida de rendimiento que puedan sufrir los depositantes, ahorradores o inversionistas por la falta de pago oportuno (pago por desvalorización monetaria previsto a partir del Decreto 1730 de 1991).xvi.) Durante todo el proceso, incluyendo la administración de la entidad o su liquidación, podrán celebrarse acuerdos entre los acreedores y la entidad intervenida, aprobados por el voto favorable del 51% de las acreencias y como mínimo de la mitad más uno de los acreedores, incluyendo en este cómputo el valor de los depósitos en que el fondo se haya subrogado. En los demás aspectos dichos acuerdos se sujetarán en lo pertinente a las normas del régimen concordatario.xvii.) Las medidas que se adopten deben tener en cuenta la necesidad de proteger los activos de la entidad y evitar su pérdida de valor. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-248 de 26 de mayo de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA - Etapas / LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA - Actividades

De otra parte, en el marco normativo citado, el proceso de liquidación forzosa administrativa se desarrolla de acuerdo con las siguientes etapas y actividades: a) Realización de actos previos, relacionados con los conceptos (junta asesora de la Superintendencia) y aprobaciones (Ministro de Hacienda y Crédito Público) anteriores o simultáneos a la adopción de la medida; b) expedición del acto administrativo que ordena la toma de posesión y la liquidación; c) ejecución y notificación del acto que ordena la medida; d) emplazamiento a los acreedores de la entidad en liquidación (avisos); e) presentación y traslado de reclamaciones; f) calificación y graduación de las reclamaciones presentadas oportunamente, esto es orden de restitución y prelación de créditos para pago siguiendo las reglas previstas en la ley; g) recursos contra la resolución de calificación y graduación de reclamaciones, en el caso de que se interpongan; h) pago de seguros de depósitos; i) inventarios, esto es, valoración de activos de la entidad intervenida, que incluye los trámites de notificación del acto que acepta la valoración del inventario y la decisión; j) enajenación de activos de la entidad en liquidación; k) restitución de sumas y bienes excluidos de la masa de liquidación; l) provisión

para restitución de sumas excluidas de la masa de la liquidación; m) pago de los créditos a cargo de la masa de la liquidación; n) provisión para el pago de créditos a cargo de la masa de liquidación; ñ) pago del pasivo cierto no reclamado; o) pago de desvalorización monetaria (si existiere remanente para cubrirlo); p) medidas ante activos no entregados o situaciones indefinidas; q) convocatoria de la asamblea de accionistas de la entidad en liquidación (en caso de que subsistan activos se podría nombrar liquidador para continuar con el proceso); y r) terminación de la existencia legal de la sociedad, expedición del acto, inscripción en el registro mercantil y publicación. Finalmente, la Ley 510 de 1999 (arts. 23 y 25), modificó ciertos aspectos de las etapas del proceso liquidatorio y estableció entre otras medidas de singular importancia para culminar el proceso, las siguientes: i) La entrega al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con destino a la reserva correspondiente, de las sumas que correspondan a pasivos no reclamados oportunamente por los acreedores o los accionistas durante el proceso de liquidación, según sea el caso; ii) La reapertura de la liquidación cuando con posterioridad a la declaración de terminación de la existencia legal de una persona jurídica se tenga conocimiento de la existencia de bienes o derechos de propiedad de tal entidad, o de situaciones jurídicas no definidas, con el exclusivo fin de liquidar dichos activos o definir tales situaciones jurídicas; iii) La fijación de un plazo máximo de cuatro (4) años para adelantar el proceso de liquidación forzosa administrativa, sin perjuicio de que el gobierno lo pueda prorrogar por un término mayor, en razón del tamaño de la entidad y las condiciones de la liquidación (art. 23 ejusdem).

PROCESO DE LIQUIDACION FORZOSA - Entidad privada. Término / LIQUIDACION FORZOSA - Proceso reglado

En el caso de los procesos de liquidación forzosa administrativa de una entidad financiera privada, como el que es materia de estudio, no existía un término legal dentro del cual debía surtirse la totalidad de las etapas del trámite de liquidación. La Ley 45 de 1923, el Decreto 2117 de 1982 y su modificatorio Decreto 1215 de 1986, el Decreto 1730 de 1991 o el Decreto 663 de 1993, no consagran un término específico para tal efecto, y sólo hasta la expedición de la Ley 510 de 1999, en el numeral 2 del artículo 23 se consagró un plazo según el cual este tipo de procesos no pueden prolongarse por más de cuatro (4) años desde su inicio, sin perjuicio de que el Gobierno pueda prorrogarlos por un término mayor en razón del tamaño de la entidad y las condiciones (económicas y jurídicas) de la liquidación, es decir, por la complejidad de los mismos. Ello no significa que esas liquidaciones fueran indefinidas, toda vez que, como en todo proceso reglado -y este lo es-, el cumplimiento sustancial de los requisitos y condiciones jurídicas, económicas o financieras de una etapa constituyen el presupuesto para continuar con la siguiente, de suerte que el aspecto temporal y finalmente el plazo de las liquidaciones está determinado por la consumación o agotamiento material de dichas etapas y no por la mera voluntad o capricho de la administración, la cual se encuentra obligada a ejecutarlas e impulsarlas en forma ordenada hasta la culminación del respectivo proceso, bajo los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad que rigen las actuaciones administrativas, según se explicó ya en esta providencia.

PROCESO DE LIQUIDACION FORZOSA - Responsabilidad del Estado. Tránsito legislativo / PROCESO DE LIQUIDACION FORZOSA - Falla del servicio. Término

Sin embargo, lo cierto es que como consecuencia del anterior tránsito de legislación, respecto de la responsabilidad del Estado por falla del servicio en los

procesos de liquidación forzosa administrativa con ocasión del retardo o mora de la administración, es menester distinguir dos hipótesis: a) Aquellos procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades iniciados de acuerdo con la legislación en la que no se establecía un término o plazo para su culminación o terminación, evento en el cual para que se estructure la responsabilidad por falla del servicio, corresponde al demandante demostrar la demora injustificada de la administración, es decir, el actor tiene la carga de probar no sólo el retardo administrativo sino que éste no tiene justificación; b) Aquellos procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades iniciados bajo la legislación que estableció o fijó un término de culminación (4 años prorrogables a juicio del Gobierno Nacional, según el art. 23 No. 2 de la Ley 510 de 1999), caso en el cual para que surja la responsabilidad por falla del servicio, incumbe al actor tan sólo probar el vencimiento del plazo sin que la administración haya terminado el respectivo proceso, es decir, el incumplimiento del término para expedir del acto administrativo que lo finalice; y a la administración le corresponderá demostrar la justificación de la mora o que ésta no le es imputable por concurrir un eximente de responsabilidad. Así pues, la diferencia entre uno y otro evento para estructurar la falla del servicio que compromete la responsabilidad del Estado por mora administrativa, estriba en el régimen jurídico aplicable al proceso de liquidación respecto de si este fijó o no un plazo perentorio para su finalización, lo cual tiene repercusiones en la carga de la prueba, en tanto en el primer evento, es decir, cuando no existía un plazo determinado en la ley, el onus probandi de la injustificación de la mora incumbe al actor; y en la segunda, esto es, a partir del establecimiento del término para tal efecto, el onus probandi se trasladó al demandado, a quien le corresponderá establecer cuál fue la causa de la tardanza y acreditar si ella se encuentra justificada, es decir, deberá probar si actuó con la diligencia y cuidado que le eran exigibles en consideración a las específicas y concretas circunstancias de la situación o que existió una causa extraña que propició la misma, dado que al actor sólo le bastará probar el incumplimiento del deber jurídico u obligación de la Administración de resolver dentro del plazo determinado en la ley o reglamento y la relación entre aquél y el daño percibido para configurar o comprometer la responsabilidad de la entidad pública.

ACCION DE GRUPO - Liquidación forzosa / LIQUIDACION FORZOSA - Acción de grupo

Así las cosas, no podía procederse para los años de 1988 y 1989 a la terminación de la liquidación de la sociedad intervenida o a la entrega a los accionistas para que ellos la finalizaran, dado que no se presentaban los presupuestos de la norma vigente ni de las subsiguientes para ello. Las diferentes normas que rigieron el proceso de liquidación forzosa administrativa establecieron expresamente que el liquidador sólo podía convocar a la asamblea de accionistas cuando hubiera cancelado todos los pasivos para con el público, constituido las provisiones requeridas y cubierto los gastos de la liquidación (numeral 21 del artículo 5 del Decreto 2418 de 1999; numeral 17 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993; artículo 1.8.23.22 del Decreto 1730 de 1991; artículo 25 del Decreto 2217 de 1982). Por ello, no puede endilgarse alguna actuación irregular a la administración respecto de la contestación negativa a las múltiples solicitudes del grupo demandante para convocar la asamblea de accionistas o relacionadas con las advertencias de terminar con el proceso de liquidación, habida cuenta de que no se encontraban cumplidos los presupuestos fácticos previstos en las disposiciones jurídicas respecto de cada una de las etapas, como, por ejemplo, el pago del pasivo para con el público constituido por los créditos con cargo a la masa, o el pasivo cierto no reclamado, o el pasivo por desvalorización monetaria. Igualmente, no se observa que las autoridades hayan dado un tratamiento indiferente o

indebido a los accionistas, porque además de que cada actuación de las autoridades que intervinieron en el proceso se fundamentó en el régimen legal que regula este tipo de procesos concursales, en las diversas comunicaciones de respuesta expedidas por la Superintendencia, el FOGAFIN o el liquidador, se exponen, a la comisión de accionistas que estuvo atenta al proceso, las razones de sus decisiones y se suministró información en relación con la liquidación. En conclusión, no puede afirmarse que se incurrió de manera “injustificada” en demora o retardo en la liquidación de la Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas Monssa Continental, dado que se observa que la parte actora debió probar -y no lo hizo-, que en los otros órdenes de la liquidación a más del financiero, esto es, jurídicos y administrativos no existían limitaciones, restricciones u obstáculos de ninguna índole y que se encontraban satisfechos todos los requisitos para el cumplimiento de las etapas legales de la misma en una fecha determinada, para que de una evaluación integral de esas situaciones y conjunta de las probanzas aducidas pudiera inferirse la demora o retardo injustificado que acusa el grupo actor en la actuación de los encargados de la liquidación.

COPIAS SIMPLES - Valor probatorio / ESTADOS FINANCIEROS - Copias simples / ACCION DE GRUPO - Copia simple. Valor probatorio / COPIA AUTENTICA - Deber procesal. Renuencia / PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD DE LA PRUEBA - Copia simple. Valor probatorio

Esta situación de inequidad procesal, impone a la Sala la búsqueda dentro del marco jurídico de una solución procesal justa para el caso y que equilibre la posición de las partes en la causa, tal y como lo ordena el artículo 5 de la Ley 472 de 1998, a cuyo tenor en el trámite de las acciones populares y de grupo reguladas en esa ley, el Juez debe velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, con fundamento en los principios constitucionales y los generales del Código de Procedimiento Civil, siempre que éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones. En tal virtud, la Sala considera que cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto. Es decir que el incumplimiento o renuencia en aportar el documento en dichas condiciones legales pese a la orden judicial proferida por el a quo en tal sentido, acarrea como consecuencia en aplicación del principio de la comunidad de la prueba que deba otorgársele valor o mérito probatorio a las copias aportadas con la demanda, solución procesal que restablece el equilibrio de las partes en el proceso, y que se sustenta en los principios constitucionales de igualdad procesal (art. 13 C.P.), del debido proceso y derecho de defensa (art. 29 de la C.P), y de presunción de buena fe respecto de ellas (art. 83 C.P.), honrando con ella además los deberes de probidad, lealtad procesal y colaboración de las partes en el proceso (art. 71 del C. de P. Civil). Por lo tanto, como quiera que eran las entidades públicas demandadas las que estaban en condiciones de aportar a la causa las copias auténticas de los documentos -balance financiero de 1989- y no las trajeron, no se puede, bajo el criterio de la sana crítica, valorar a su favor esta actitud o conducta pasiva dentro del proceso y, al contrario, esa falta de remisión sin justificación jurídica atendible de los documentos solicitados por el a quo, debe ser estimada en forma desfavorable a la parte incumplida, con el rigor de dar mérito probatorio a

las documentos aportados con la demanda a efectos de ser apreciados y valorados.

PRUEBA PERICIAL - Generalidades / DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio

Al respecto, conviene advertir que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de la partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.). Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte de perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen. El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ejusdem). A su turno, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a "...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores...". En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., dieciséis de abril (16) de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG)

Actor: JORGE BERNAL MAZABEL Y OTROS

Demandado: SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y FOGAFIN

Referencia: ACCION DE GRUPO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la Sentencia de 10 de septiembre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante la cual se decidió desestimar las excepciones de falta o inexistencia de causa para demandar, falta de legitimidad de los actores, inexistencia o imposibilidad de litis consorcio necesario y falta de legitimación en la causa por pasiva; se declaró no probada la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y se negaron las súplicas de la demanda. La sentencia apelada será confirmada, pero previo análisis de fondo del asunto propuesto.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 17 de enero de 2002, a través de apoderado judicial, el señor JORGE BERNAL MAZABEL y 20 personas más actuando en nombre propio y en calidad de accionistas de la sociedad UNIÓN FINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL PROFINANZAS, MONSSA, CONTINENTAL, así como en representación de los 69 accionistas restantes, formularon acción de grupo en contra de la Superintendencia Bancaria (ahora Superintendencia Financiera) y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN, con el fin de que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que se declare la responsabilidad de la Superintendencia y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras “Fogafin”, por la demora injustificada en el desarrollo de la operación administrativa que se inició con la expedición de la Resolución 5758 del 29 de octubre de 1.986 del Superintendente Bancario por la cual se intervino, con fines de liquidación, a la sociedad ‘Unión Financiera S.A., Compañía de Financiamiento Comercial, Profinanzas Monssa Continental’, y concluyó con la Resolución 001 del 31 de enero de 2.001 del funcionario liquidador designado por el mencionado Fondo de Garantías

de Instituciones Financieras 'Fogafin', por la cual se declaró terminada la existencia legal de la sociedad intervenida.

“Segunda. Que se declare que por la demora injustificada en la conclusión del mencionado proceso liquidatorio, el cual con la prudencia y diligencia debidas habría concluido a más tardar el 31 de diciembre de 1989 (según puede deducirse de la manifestación hecha por el Señor Superintendente Bancario en su comunicación del 14 de abril de 1989), o en la fecha que determine el Honorable Tribunal, se causaron perjuicios a los miembros del grupo, esto es a los accionistas de la sociedad 'Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, Profinanzas Monssa Continental', los cuales perjuicios (sic) deben ser indemnizados.

“Tercera. Que como consecuencia se condene a la Superintendencia Bancaria y/o al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras 'Fogafin', en forma solidaria a pagar a los miembros del grupo (accionistas de la sociedad Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, Profinanzas Monssa Continental), el valor de los perjuicios causados con ocasión de la operación administrativa que se inició con la expedición de la Resolución 5758 del 29 de octubre de 1986 del Superintendente Bancario y culminó con la Resolución 001 del 31 de enero de 2001 del funcionario liquidador designado por el mencionado Fondo de Garantías de Instituciones Financieras 'Fogafin', perjuicios que se estiman en la cantidad de \$440'648.206, o la que resulte probada en el proceso, suma que se descompone así:

a) \$155'607.747, valor del patrimonio neto de la sociedad según balance de cierre del 31 de diciembre de 1989, fecha en la cual debió estar concluido el proceso liquidatorio de la sociedad;

b) \$75.695.402, valor del cargo efectuado en 1989 contra pérdidas y ganancias, para aumentar, sin ninguna necesidad, la cuenta de 'otros gastos estimados por pagar', cuenta que para diciembre 31 de 1988 era ya superior al pasivo externo de la sociedad intervenida.

c) \$174'595.118, valor que por no haber hecho uso de una amnistía tributaria, a la cual la sociedad intervenida tenía pleno derecho, quedó como pasivo –y debió cancelarse- a favor de la Administración de Impuestos Nacionales, y

d) \$34'749.939, por concepto de la pérdida ocasionada por haber vendido 3.357.482 acciones de la Corporación Financiera Unión, por fuera de bolsa y sin avalúo especial, a precios notoriamente inferiores a los de bolsa.

“Cuarta. Que se condene a la Superintendencia Bancaria y/o al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras 'Fogafin', en forma solidaria a pagar a los miembros del grupo (accionistas de la sociedad Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, Profinanzas Monssa Continental), el ajuste por inflación de las condenas anteriores, calculado según el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Nacional de Estadística 'DANE' desde el 1 de enero de 1990 hasta el día en que efectivamente se paguen dichas condenas.

“Quinta. Que se condene a la Superintendencia Bancaria y/o al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras “Fogafin”, en forma solidaria, a pagar a los miembros del grupo (accionistas de la sociedad Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, Profinanzas Monssa Continental), sobre el valor de las condenas y ajustes a que se refieren las pretensiones anteriores, los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar de conformidad con lo establecido en los artículos 884 y concordantes del Código de Comercio, 90 (segundio – sic- inciso) del Código de Procedimiento Civil, y 177 y concordantes del Código Contencioso Administrativo.

“Sexta. Que para el evento de retardo en el pago de las sumas que resulten a cargo de las demandadas por las condenas que el Honorable Tribunal imponga, se determine que ellas reconocerán intereses moratorios desde la fecha en que ha debido hacerse el pago y hasta el día en que las sumas debidas sean efectivamente canceladas, sin perjuicio del ajuste monetario a que haya lugar.

“Séptima. Que se condene a la Superintendencia Bancaria y/o al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras ‘Fogafin’, a pagar las costas, gastos y agencias en derecho que se causen en este proceso.

“Octava. Que si fuere del caso, se ordene a la Superintendencia Bancaria y/o al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras ‘Fogafin’ que, dentro del término de ejecutoria de la sentencia, entreguen al Fondo para la Defensa de los Derechos Humanos (sic) e Intereses Colectivos, administrado por la Defensoría del Pueblo, el monto de la indemnización que se decrete.

“Novena. Que se disponga que el Defensor del Pueblo, en su calidad de administrador del Fondo para la defensa de los Derechos Humanos (sic) e Intereses Colectivos, pague a los miembros del grupo (accionistas de la sociedad Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, Profinanzas Monssa Continental) las correspondientes indemnizaciones.

“Décima. Que la sentencia se comuniquen en los términos y para los efectos previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.”

2. Los hechos

Los hechos narrados en la demanda son, en síntesis, los siguientes:

2.1. Que durante los años de 1984, 1985 y 1986, la Unión Financiera S.A., compañía de Financiamiento Comercial, profinanzas Monssa Continental, ante las dificultades financieras por las que atravesó, formuló a través de sus órganos de administración (Junta Directiva y Asamblea General) una serie de medidas de capitalización para mejorar su rentabilidad, reducir sus gastos, acelerar cobros,

realizar ventas de activos (atractivos, de dudoso recaudo y no necesarios), y un programa para emitir bonos convertibles en acciones por \$515'000.000, las cuales fueron conocidas por la Superintendencia Bancaria.

2.2. Que el 2 de junio de 1986, con el fin de solucionar problemas de liquidez que se habían originado por la injustificada demora en la aprobación de las fórmulas de capitalización, se obtuvo por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras un cupo de avales por \$500'000.000, para respaldar los créditos que las entidades financieras otorgaran a la sociedad.

2.3. Que, pese a lo anterior, el 29 de octubre de 1986, la Superintendencia Bancaria, mediante la Resolución 5758, tomó posesión de la sociedad, con el objeto de liquidar sus bienes, negocios y haberes, medida adoptada previa negativa del FOGAFIN de continuar otorgando los avales y con antelación al vencimiento del plazo concedido por la superintendencia para realizar una capitalización por \$1.200'000.000.

2.4. Que durante el proceso de liquidación la Superintendencia Bancaria se negó a suministrar información y a convocar a la Asamblea de Accionistas, además de que existió una injustificada demora en la terminación del proceso liquidatorio y otras negligencias al comienzo del mismo a saber: a) en diciembre de 1986, el liquidador vendió 3.357.482 acciones de la Corporación Financiera "Cofiunión", a razón de \$14.65 cada una, cuando su cotización en bolsa era de \$25, siendo además obligatorio realizar tal transacción en bolsa, de conformidad con el artículo 19 del Decreto 2217 de 1982, orgánico de la intervención de la Superbancaria en compañías de financiamiento comercial; y b) el 30 de enero de 1987, el asesor tributario que venía laborando para la sociedad antes de su intervención, le sugirió al agente especial de la liquidación que aprovechara la amnistía tributaria decretada en la Ley 75 de 1986, medida que contaba con la opinión favorable del Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria, según memorando interno número OJ-179 de 24 de marzo de 1987, pero a la cual se opuso el Superintendente Delegado, mediante escrito SB 13669 dirigido al agente liquidador el 30 de los mismos mes y año.

2.5. Que con posterioridad, el 3 de agosto de 1987, una comisión de los accionistas de la sociedad formuló una petición al agente liquidador con el fin de obtener información sobre los estados, movimientos financieros y convocatoria a

la asamblea de accionistas, la que fue negada el 28 de septiembre de 1987, decisión reiterada el 20 de noviembre de 1987 y el 22 de junio de 1988, ante las repetidas solicitudes realizadas en igual sentido por los accionistas. Ante las negativas anteriores, el 18 de octubre de 1988, haciendo nuevamente uso del derecho de petición, la comisión de accionistas de la sociedad elevó la misma solicitud directamente al Superintendente Bancario, la cual fue contestada el 1 de noviembre de 1988, también en forma negativa, por el Jefe de la División de Entidades Intervenidas.

2.6. Que el 17 de marzo de 1989, la comisión de accionistas solicitó al Superintendente apremiar al agente liquidador para que terminara el proceso liquidatorio, pues, en su criterio, no había razones para la demora, toda vez que el pago de los pasivos que aún quedaban por satisfacer podía cumplirse mediante la cesión de bienes o de derechos de propiedad de la intervenida.

2.7. Que el 13 de abril de 1989, después de cinco solicitudes formuladas a lo largo de 20 meses, el liquidador envió copia del balance de la empresa intervenida con corte a 31 de diciembre de 1988, en el que se determinaba que los activos sumaban \$690'401.339, los pasivos \$553'522.130 y el patrimonio \$136'879.209; pero en el que además se observa que se habían realizado provisiones injustificadas para proteger activos por menor valor; en igual sentido, el Superintendente el 14 de los mismos mes y año envió copia de dicho balance y manifestó estar empeñado en finalizar el proceso liquidatorio en el menor término posible.

2.8. Que el 16 de febrero de 1990, basados en las informaciones recibidas sobre la situación financiera de la sociedad y el estado de la liquidación, y con fundamento en los artículos 29 y ss. del Decreto 2217 de 1982, la comisión de accionistas solicitó al Superintendente Bancario autorizar el restablecimiento de la empresa, autoridad que negó esta petición bajo la consideración de que la toma de posesión tuvo por objeto la liquidación de los negocios, bienes y haberes sociales.

2.9. Que el 10 de mayo de 1991, ante el traslado del proceso liquidatorio al despacho del Director del Fondo de Garantías e Instituciones Financieras, se reiteraron las solicitudes para la pronta terminación del proceso de liquidación.

2.10. Que el 1 de abril de 1992, ante la mora en concluir el proceso liquidatorio y resolver otras solicitudes miradas con indiferencia por las autoridades a cargo, luego de una reunión realizada por la asamblea general de socios se solicitó al liquidador un informe de rendición de cuentas y la entrega de los activos y archivos de la sociedad para continuar los accionistas con la liquidación, la cual fue resuelta negativamente por aquél el día 26 de mayo de ese año, con el argumento de que la rendición de cuentas de la liquidación se presenta al culminar el proceso y para el caso de la Unión Financiera no se encontraban cumplidos los requisitos establecidos por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, respecto de las liquidaciones forzosas administrativas.

2.11. Que el 3 de agosto de 1992, los comisionados por la Asamblea General de la Unión Financiera, le solicitaron al liquidador información sobre el estado de la liquidación, pago de pasivos y venta de activos, a lo cual el liquidador contestó el 9 de septiembre de ese año, manifestando que la venta de los activos se realizaba a medida que las condiciones eran favorables, previo avalúos, oferta pública y mejor postor; que la ejecución de pagos se encontraba suspendida por la decisión del Consejo de Estado de suspender provisionalmente los actos que reconocían las acreencias; que los gastos se manejaban de acuerdo con las políticas del fondo y que existía un pasivo por desvalorización monetaria.

2.12. Que el 26 de marzo de 1993, ante la decisión del Consejo de Estado de declarar la nulidad del proceso instaurado por el FOGAFIN contra las resoluciones expedidas por la Superintendencia Bancaria que reconocían las acreencias, se reiteró la solicitud de proceder de inmediato a la terminación de la liquidación o convocar la asamblea de accionistas para que esta continuara con la misma, petición que ameritó igual respuesta negativa por parte del liquidador el día 30 de marzo de ese año, aludiendo como fundamento el Decreto 1730 de 1991.

2.13. Que el 6 de abril de 1993 el liquidador contestó una misiva de fecha 5 de abril de ese año, en la que los accionistas replicaron la respuesta anterior, en el sentido de que era lamentable que la agilidad propuesta para estas intervenciones no se hubiera dado por factores ajenos a la actividad de quienes las representaban, como procesos judiciales, dificultades para la venta de activos, etc.

2.14. Que el 27 de marzo de 1995, la comisión de accionistas solicitó nuevamente al liquidador entregar un informe de rendición de cuentas de la liquidación y los

activos y archivos de la sociedad para continuar ellos con la liquidación, la cual fue respondida de manera negativa por éste con el argumento de que la intervención separaba a los accionistas y administradores del manejo de la sociedad, cuya dirección y responsabilidad en el proceso recae en el liquidador, quien únicamente rinde cuentas de su gestión a los acreedores y que sólo cuando se hubiere cancelado la totalidad de los pasivos para con los acreedores, constituido las provisiones requeridas y cubiertos los gastos de la liquidación se convocaría una asamblea de accionistas, de conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2.15. Que después de varios cruces de comunicaciones entre el liquidador y la comisión de accionistas, durante más de 5 años, el 22 de noviembre de 1996, mediante la Resolución No. 02, el liquidador dispuso el pago de \$650'000.000 a título de desvalorización monetaria a los titulares de las acreencias presentadas y aceptadas, atendidas oportunamente y que hacen parte de la masa de la liquidación. No obstante, dicho pago que no correspondía realizarlo por la circunstancia de que todos los acreedores estaban pagados, había sido una medida adoptada con posterioridad al tiempo de la intervención y aún a aquel en que con mediana diligencia habría debido concluirse la liquidación. Luego, agregaron, el 27 de febrero de 1998, mediante la Resolución No. 01, el liquidador decidió poner a disposición de los acreedores ya satisfechos, un mayor valor para el pago de la desvalorización monetaria.

2.16. Que el 1º de abril de 1998, se reunió por derecho propio la Asamblea General de Accionistas de la Unión Financiera y aprobó varias proposiciones con el propósito de dejar constancia de la negligencia con la cual se había venido adelantando el proceso de liquidación, que a esa fecha ya llevaba 12 años, lo cual trajo como consecuencia la realización de pagos por valorización, que no tenían que haberse realizado si el proceso hubiese sido diligente, pagos que realmente fueron los que dejaron sin patrimonio a la sociedad, pues al advertir las cifras del primer estado de cuentas se contaba con el dinero suficiente para saldar las deudas de la sociedad.

2.17. Que el 30 de junio de 1999, se suscribió un contrato de prestación de servicios entre la Unión Financiera S.A. (en liquidación) y el Banco Nacional (igualmente en liquidación) con el objeto de realizar pagos a terceros.

2.18. Que, finalmente, el 31 de enero de 2000, se expidió la Resolución No. 001 por medio de la cual se declaró la terminación de la existencia legal de la sociedad intervenida, cuando ya se habían acabado los activos y carecía totalmente de patrimonio, esto es, once años después de que el Superintendente había manifestado la intención de finalizar el proceso liquidatorio en el menor tiempo posible y catorce años después de haber sido intervenida la sociedad para su liquidación. En conclusión, según los demandantes, los daños que sufrieron son consecuencia de la culposa y negligente demora en la liquidación de una sociedad que tenía activos suficientes para el pago de pasivos.

3. Trámite de la demanda

3.1. Mediante auto de 1º de febrero de 2000, el *a quo* rechazó la demanda dado que estimó que no se cumplía con el requisito de uniformidad, decisión que fue revocada por la Sección Cuarta de esta Corporación el 18 de abril de 2002, por considerar que este requisito previsto en el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, se satisface en este evento porque la uniformidad se predica de la causa que originó los perjuicios individuales y de los elementos que configuran la responsabilidad de los accionados y no como lo señaló el tribunal, a una igualdad de circunstancias materiales o económicas en las que debe estar inmerso cada miembro del grupo demandante.

3.2. En cumplimiento de lo ordenado por el superior, a través de auto de 31 de mayo de 2002, el tribunal admitió la demanda y ordenó notificar a los accionados, Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN.

3.3. Contra el auto de admisión, la Superintendencia Bancaria interpuso recurso de reposición en el que adujo que la acción interpuesta en su contra se encuentra caducada, dado que su desempeño, si hubiera sido vulnerante, cesó con la pérdida de competencia para conocer del trámite liquidatorio en mención con la expedición de la Ley 45 de 1990, por cuya virtud el proceso se trasladó al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Agregó que teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 17 de enero de 2002, casi diez (10) años después de cualquier posible actividad vulnerante de la Superintendencia, se debe concluir que la acción en su contra está caducada y era del caso rechazar la demanda.

3.4. Mediante auto de 28 de junio de 2002, el *a quo* confirmó la providencia recurrida, pues consideró que el punto de partida para contar la caducidad es desde la fecha en el que se declaró liquidada la sociedad intervenida, momento en el que se conoce el estado de pérdida de la misma y el daño causado, sin que en estos eventos la voluntad de la administración pueda considerarse en forma fraccionada según quien intervenga, sino de manera integrada y total por las autoridades que la ley autorizó para adelantar el trámite.

4. La oposición a la demanda

4.1. La Superintendencia Bancaria

La Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones de la demanda, se refirió a cada uno de los hechos, manifestó atenerse a lo que se probara y en su defensa:

4.1.1. Precisó que el proceso de liquidación se adelantó cumpliendo todas las instancias de ley, pero que, en todo caso, sin perjuicio de las funciones y responsabilidades de los agentes liquidadores, la Superintendencia Bancaria únicamente tuvo competencia funcional en relación con los procesos de liquidación hasta la entrada en vigencia del artículo 18 de la Ley 45 de 1990, esto es, hasta el 19 de diciembre de 1990, momento en el cual dicha competencia pasó al FOGAFIN y, en consecuencia, no es ella legitimada por pasiva para responder por dichos sucesos.

4.1.2. Sostuvo que no existe daño imputable a la entidad, por cuanto la ley no estableció un término para finalizar el proceso de liquidación y mientras estuvo a su cargo realizó todas las actividades de dicho proceso descritas en la misma.

4.1.3. Propuso las excepciones de caducidad, indebida integración del contradictorio, hechos de terceros, y las demás que resultaran probadas.

4.1.4. Dentro del término para contestar la demanda, también llamó en garantía a los agentes liquidadores de Unión Financiera S.A. designados por la Superintendencia Bancaria desde la toma de posesión de la entidad financiera hasta la entrada en vigencia del artículo 18 de la Ley 45 de 1990, quienes

asumieron las competencias de la Superintendencia Bancaria en materia de liquidación de la sociedad intervenida.

4.2. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras

El FOGAFIN, propuso mediante escrito como excepción previa la caducidad de la acción. En escrito separado, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y en resumen:

4.2.1. Anotó que lo que se pretende en esta causa son unas declaraciones y condenas por presuntas actuaciones irregulares o culposas de autoridades públicas o de particulares que transitoriamente ejercían funciones públicas, ocurridas entre la expedición de la Resolución No. 5758 de 29 de octubre de 1986 del Superintendente Bancario y la expedición de la Resolución No. 01 de 31 de enero de 2000 del liquidador de Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas Monssa Continental, razón por la cual el FOGAFIN no tiene la obligación procesal de debatir las afirmaciones de la parte actora en las que no haya tenido ninguna participación funcional respecto a los acontecimientos anteriores a la Ley 45 de 1990, fecha en la que asumió competencia legal para conocer de los procesos de liquidación de entidades financieras.

4.2.2. Adujo, sin embargo, que se pronunciaba sobre el libelo introductorio, para afirmar que consideraba irrelevante los primeros hechos y que no le constaban la mayoría de los otros. En particular, indicó: i) que en ningún momento optó por una conducta general de no responder a las comunicaciones de la parte demandante, al contrario, sí respondió la petición a los accionistas; ii) que como quiera que asumió el trámite del proceso liquidatorio entre la vigencia del artículo 18 de la Ley 45 de 18 de diciembre de 1990 y la entrada en vigencia del artículo 19 de la Ley 35 de 5 de enero de 1993, fecha esta última en que la responsabilidad paso a los liquidadores, cualquier actividad realizada dentro de tal proceso le es totalmente ajena; iii) que la acción contra las actuaciones realizadas en ese tiempo se encuentra caducada; y iv) que la parte demandante incurre en error al cuestionar la forma como fueron elegidos los liquidadores; el régimen de rendición de cuentas del liquidador y la no convocatoria de la asamblea de accionistas de la entidad intervenida; así como al estimar que siempre ha existido un mecanismo para

terminar el proceso de liquidación cuando existen procesos judiciales pendientes y cuando considera que la desvalorización monetaria desapareció del orden jurídico.

4.2.3. De igual forma propuso como excepciones de mérito las siguientes: i) improcedencia de la acción de grupo por faltar la condición sustancial de obtener previamente la invalidez de los actos administrativos, ii) improcedencia de la acción de grupo por no existir el daño antijurídico exigido por el artículo 90 de la Constitución de 1991, iii) improcedencia de la acción de grupo por no existir un perjuicio que amerite ser reconocido por esta acción, iv) inexistencia de la antijuridicidad y/o culpa del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras al instaurar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones Nos. 3580, 3581 y 5453 de 1987 expedidas por la Superintendencia Bancaria; v) inexistencia de la antijuridicidad y/o culpa durante el período en que legalmente tuvo competencia en el proceso de liquidación; vi) inexistencia de una demora injustificada; y vii) inexistencia de relación de causalidad entre las presuntas conductas culposas y los supuestos perjuicios ocasionados al efectuarse el pago de la desvalorización monetaria.

4.3. Intervención de los llamados en garantía.

Mediante auto de 24 de julio de 2002, el *a quo* accedió al llamamiento en garantía solicitado por la Superintendencia Bancaria y ordenó la notificación de los señores Antonio León Vanegas Santoro, Carlos Mantilla Mc Cormick y Eduardo Vergara Wiesner, quienes actuaron como liquidadores. Sin embargo, con posterioridad la entidad referida desistió del llamamiento, petición que fue aceptada por el *a quo* mediante auto de 23 de enero de 2003.

5. La providencia impugnada

Consideró el Tribunal que no prosperaban las excepciones interpuestas porque no son de aquellas de mérito que impidan un pronunciamiento de fondo de la controversia planteada, sino que se oponen a las pretensiones y se constituyen en defensas de los intereses del ente accionado. Frente a la caducidad manifestó estarse a lo resuelto sobre el particular en providencias de 28 de junio de 2002 y 13 de febrero de 2003, y respecto a la integración del contradictorio, observó que con posterioridad a la vinculación de los liquidadores la Superintendencia Bancaria desistió del llamamiento en garantía.

En cuanto al fondo del asunto, una vez definida la naturaleza y objeto de la acción de grupo, realizó los siguientes planteamientos:

A juicio del *a quo*, luego de verificar las actuaciones surtidas y la forma como se adelantó el proceso de liquidación de la sociedad Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, Profinanzas Monssa Continental, se concluye que fue conforme a derecho; y, contrario de lo que indicaron los accionantes, no se presentó indiferencia de las autoridades ante las dificultades de la sociedad, como tampoco hubo una demora injustificada en el desarrollo de la operación administrativa.

Anotó que el proceso liquidatorio y sus diversas etapas, entre estas la recepción de reclamaciones, el estudio de las mismas y la resolución de reconocimiento y calificación de acreencias, es lento, por cuanto los entes accionados se encontraban limitados por cuestiones de orden legal.

Estimó que la negativa a restablecer la sociedad intervenida o de entregar la misma a sus accionistas para terminar el proceso liquidatorio, así como el pago por desvalorización monetaria, estaban completamente justificados.

Respecto del dictamen pericial presentado, no compartió sus conclusiones porque no se explicó cómo se llegó a ellas; advirtió que no resultaban exactas y que existían contradicciones, todo lo cual le restaba la credibilidad necesaria para servir de base probatoria de algún daño en particular y su cuantificación, motivos por los cuales no podía tenerlo en cuenta.

Concluyó el tribunal que al encontrarse el proceso de liquidación de acuerdo con la ley no se pueden advertir daños para los accionistas y, en consecuencia, aduce que sin daño, no hay nexo de causalidad por demostrar y, por lo mismo, la demanda que perseguía la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas no podía prosperar.

6. Razones de la impugnación

6.1. Inconforme con la decisión adoptada por el *a quo*, la parte actora presentó recurso de apelación en el que solicita que el fallo sea revocado con fundamento en los siguientes argumentos:

6.1.1. Que la sentencia violó por omisión los artículos 170 del C.C.A. y 304 del Código de Procedimiento Civil, al cual refiere el 65 de la Ley 472 de 1998, porque no analizó el argumento y hecho central expuesto por el grupo demandante, ni decidió sobre la pretensión principal de la demanda, uno y otra consistentes en la responsabilidad de las demandadas por la demora injustificada de los liquidadores en concluir el proceso liquidatorio. Sostiene que la liquidación no fue conforme a derecho y que el Tribunal no analizó que la forma de liquidar los activos tuvo una demora injustificada, es decir, una tardanza negligente y culposa, de más de once años, contados a partir de que se tuvieron los activos líquidos para el pago de los pasivos, que desconoció los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad de que trata el artículo 3 del C.C.A.

6.1.2. Que la sentencia violó por omisión los artículos 170 del C.C.A. y 305 del C. de P. Civil, al cual remite la Ley 472 de 1998, *“porque la parte resolutive no analizó ni tuvo consonancia con los hechos en que se funda la controversia”*, en particular porque no tuvo en cuenta aquellos (15, 16, 25, 28, 29, 34, 36, 46, 49, 50, 55 y 60) relacionados con las advertencias realizadas oportunamente (17 de marzo de 1989), cuando la entidad tuvo los suficientes recursos para concluir el proceso (31 de diciembre de 1988), así como tampoco analizó los hechos relacionados con los errores de los liquidadores, como el de no acogerse a la amnistía tributaria y el retraso negligente que dio lugar al pago de una desvalorización monetaria, que se habría evitado de haberse concluido en tiempo el proceso.

6.1.3. Que la sentencia violó por omisión los artículos 174, 187 y 304 del C. de P.C. y 170 de C.C.A., porque no se fundó en las pruebas allegadas al proceso, ni éstas fueron apreciadas en conjunto, ni se hizo sobre las mismas el obligado examen crítico; en efecto: i.) El artículo 174, porque el Tribunal no mencionó los balances de la entidad intervenida y los oficios sobre los mismos de los funcionarios de la Superintendencia, en los que se da cuenta de la demora, la suficiencia de recursos líquidos para el pago de pasivos, el descuido de la amnistía tributaria y la cuantificación de perjuicios, además del examen sesgado y fragmentando con el que desechó el dictamen pericial. ii.) El artículo 187, porque a pesar de la existencia de las pruebas, éstas no fueron examinadas en conjunto, ni

se expuso el mérito a cada una; y iii.) Los artículos 304 del C. de P.C. y 170 de C.C.A, por cuanto al omitir lo anterior, se evidencia la falta de motivación de la sentencia.

6.2. El FOGAFIN, que había apelado la sentencia, desistió del recurso, desistimiento aceptado mediante auto de 18 de febrero de 2005.

7. Los alegatos de segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido mediante auto de 29 de octubre de 2004 y, según proveído de 18 de febrero de 2005, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión. Del término para alegar concedido en esta instancia, hicieron uso las partes. El Ministerio Público guardó silencio.

7.1. La parte actora, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Agregó que con los estados financieros allegados con la demanda se demuestra fehacientemente *“...la suficiencia de los recursos que para pagar los pasivos tuvo la sociedad intervenida desde el mes de diciembre de 1988, y por tanto en demostrar, desde el punto de vista del tiempo, que demorar la liquidación desde aquella fecha hasta el 31 de enero de 2001 constituye una actuación indebida e injustificada de los agentes de Estado, que compromete gravemente su responsabilidad...”*, lo que además quedó establecido con el dictamen pericial no objetado por las demandadas muy a pesar de ser desestimado por el tribunal.

En su concepto el *a quo* no realizó ningún análisis probatorio, no tuvo en cuenta los estados financieros puesto que no le merecieron ningún estudio y desestimó el dictamen sin adelantar lo ordenado en el artículo 233 del C. de P. Civil, esto es, ignoró del todo la prueba documental.

Agregó que la sentencia no dedicó ninguna frase a la demora injustificada en el proceso de liquidación, tema que constituye la esencia de las pretensiones del grupo demandante, lo cual representa una violación flagrante a los artículos 170 del C.C.A. y 304 del C. de P. Civil, que disponen que la sentencia debe ser motivada y contener la decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, entre otros pronunciamientos.

Finalmente, concluyó que están plenamente demostrados los elementos que configuran la responsabilidad de las demandadas, razón por la cual debe accederse a las súplicas de la demanda.

7.2. La Superbancaria consideró que el actor se equivoca en la interpretación que del fallo hace en el recurso de apelación, porque desde que el *a quo* aborda el análisis del caso concreto tiene total claridad sobre la finalidad perseguida por los accionantes con la instauración de la acción de grupo, lo cual examinó detalladamente en la sentencia.

Precisó que la providencia del tribunal se pronuncia sobre todos los aspectos de la litis en forma acertada, y que particularmente sobre la época en la cual estaba a cargo de la liquidación o tuvo competencia para vigilarla, no fue posible concluirla principalmente por limitaciones de orden legal como lo es la obligatoriedad de surtir etapas precisas y preclusivas contenidas en el Decreto 2217 de 1982, así como la orden de suspensión del pago de acreencias dada la suspensión provisional de que fueron objeto las resoluciones que establecieron los pagos con cargo a la masa y prelación de créditos.

Añadió que, por lo anterior, no estaban dados los presupuestos legales (art. 67 de la Ley 45 de 1923) para citar a asamblea de accionistas y devolver a ellos la compañía en la medida en que el pasivo para con el público no había sido cancelado en su totalidad, no se habían constituido las provisiones requeridas y los gastos de la liquidación no habían sido cubiertos.

En síntesis, afirmó que no le asiste razón al apelante *“...puesto que contrario a sus afirmaciones, de la lectura de la sentencia se concluye que el a quo se refiere a los hechos probados, ocurridos mientras se adelantó el proceso liquidatorio y, de manera particular, en el acápite de ‘Consideraciones’ de la sentencia, se alude precisamente a la demora injustificada y al supuesto daño alegado por el ahora apelante, el cual, dicho sea de paso, no logró ser demostrado en el transcurso de la primera instancia...”*.

7.3. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN, manifestó que se encuentra totalmente de acuerdo con el fallo de primera instancia, porque en la providencia se hizo un análisis suficiente de la presunta demora injustificada

en concluir el proceso liquidatorio, que sustentó la negativa a acceder a las pretensiones de la demanda.

Adujo que el apelante desconoce que por expreso mandato legal la finalidad esencial del proceso liquidatorio es restituir a los ahorradores y depositantes las sumas de dinero que confiaron a la entidad intervenida por la Superintendencia Bancaria, y que debe hacerse por regla general en moneda de curso forzoso y no mediante la cesión de bienes o derechos de propiedad de la entidad como lo propone el apelante.

En suma, indicó que las críticas del recurrente carecen de soporte, pues a lo largo de la sentencia impugnada van quedando establecidos los hechos que dan cuenta de que el proceso liquidatorio se realizó de conformidad con la ley.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para responder los problemas jurídicos que se plantean, la Sala se ocupará de los siguientes temas: 1) Cuestión previa: el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción; 2) Cuestión de fondo: 2.1. La responsabilidad extracontractual del Estado por el retardo injustificado en la expedición de actos; 2.2. La toma de posesión y la liquidación forzosa administrativa; 2.3. El cumplimiento de las etapas legales y otras circunstancias del proceso de liquidación forzosa administrativa de la Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas, Monssa, Continental. 2.4. Análisis de los hechos y conductas injustificadas, dilatorias o irregulares dentro del proceso de liquidación que se imputan a las entidades demandadas: la presunta demora “injustificada” de las demandadas en concluir el proceso de liquidación forzosa administrativa; los cargos efectuados contra pérdidas y ganancias, supuestamente sin ninguna necesidad; la venta de las acciones supuestamente por debajo de su precio en bolsa; la supuesta omisión para acogerse a la amnistía tributaria de la Ley 75 de 1986; el pago de la desvalorización monetaria a los acreedores. 3) La conclusión.

1) CUESTIÓN PREVIA: CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN.

La Constitución Política en su artículo 88 defirió al legislador la regulación de “*las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares*”, con esta perspectiva la Ley 472 dispuso en su artículo 3º:

“Art. 3.- ACCIONES DE GRUPO. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.¹

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.”. (Subrayas por fuera de texto original).

De modo que las acciones de grupo se enderezan a resarcir un perjuicio ocasionado a un número plural de personas, que la ley fijó en un mínimo de veinte². Se trata, entonces, de acciones de naturaleza eminentemente indemnizatoria³ la cuales se configuran a partir de la preexistencia de un daño que se busca reparar pecuniariamente y en forma individualizada, para todos aquellos que se han visto afectados⁴. (*Subraya la Sala*). Es decir, por medio de las acciones de grupo un conjunto de personas que hayan sufrido daños en condiciones uniformes respecto de una misma causa, pueden demandar la satisfacción de sus intereses individuales o subjetivos para que se les reconozca una indemnización que les repare los perjuicios padecidos.

Como 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 que ha sido causado a una pluralidad de personas -mínimo de 20-, con un mismo hecho o varios hechos siempre que constituyan causa común, debe ser ejercida con la exclusiva pretensión de reconocimiento y pago de los perjuicios. En efecto,

¹ Es de anotar que la expresión del aparte segundo que se contemplaba en esta disposición según el cual “[l]as condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad...”, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C- 569 de 2004.

² Cfr. Aunque se presente por un número inferior basta con que la demanda se señalen los criterios que permitan identificar el grupo a nombre del cual se interpone la acción y que éste se integra al menos por 20 afectados, vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 10 de febrero de 2005, Exp. No. AG-25000-23-06-000-2001-00213-01 fl. 1283, Actor: Jesús Emel Jaime Vacca y otros, Demandado: La Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA Moncaleano.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

en consonancia con la norma referida, el artículo 46 de la Ley 472 en forma reiterativa estableció:

“Artículo. 46. Procedencia de las acciones de grupo. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. [Aparte segundo de este inciso declarado inexecutable en sentencia C-59 de 2004 de la Corte Constitucional]

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

El grupo estará integrado al menos por veinte personas”.

Esas *condiciones uniformes* en un número plural de personas, a las que aluden los artículos 3 y 46 citados, implica que las personas afectadas deben compartir la misma situación respecto de la causa que originó los perjuicios individuales⁵. Por lo tanto, resulta de vital importancia para la procedencia de esta acción dilucidar el requisito de la “causa común”, toda vez que se constituye en el presupuesto procesal de la legitimación por activa, en el entendido de que sólo podrá intentarla el grupo significativo de ciudadanos previsto en la ley -20-, cuando todos ellos hayan sido afectados en forma directa por los mismos hechos ocasionados por el demandado y, por ende, posean un estatus jurídico semejante u homogéneo.⁶

Sin embargo, pese a que es uno de los elementos esenciales de las acciones de grupo, en tanto de él deriva su existencia como litis colectiva y no propia de una acumulación subjetiva de pretensiones, no pocas dificultades ha ofrecido a la jurisprudencia y a la doctrina concretar esta noción de “causa común” como requisito de procedibilidad de las acciones de grupo.

En nuestro medio, ni la Constitución Política ni la Ley suministran una respuesta al interrogante de qué se entiende por causa común en las acciones de grupo. Es cierto, el artículo 88 constitucional consagró este tipo de acciones como aquellas “...*originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas...*” y, por su parte, la Ley 472 de 1998, en varias de sus disposiciones introdujo expresiones tales como “*una misma causa*” o “*una misma acción u omisión*” o unos “*mismos hechos*”, pero no concretó qué habría de entenderse por esas expresiones.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Igualmente podrá intentarla el Defensor del Pueblo en determinados casos.

En efecto, nótese que en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, el Legislador al definir las acciones de grupo determinó que son aquellas *“interpuestas por un número o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”*; al paso que en el artículo 52 *ejusdem*, señaló que la demanda *“se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que lo motiva”*; y en el artículo 55 *in fine*, al regular la manera de integrar el grupo dispuso que *“Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivada de la vulneración de derechos colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte en el proceso...”*, y agregó que *“las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado...”*.

Si se recurre a la historia fidedigna del establecimiento de estos preceptos que regulan la acción de grupo (*voluntas legis*), se encuentra que en los antecedentes legislativos de la Ley 472 de 1998, al respecto someramente se señaló:

“En la actualidad este tipo de acciones se han diversificado y a instancias del derecho anglosajón se distingue también entre acciones de clase y ciudadanas. Las acciones de clase son aquellas que pueden ser interpuestas por cualquier interesado para proteger sectores específicos de la población y en las cuales la sentencia produce efectos respecto de todos ellos, siempre que exista un grupo numeroso de personas con puntos de hecho o derecho en común, cuando las peticiones del demandante sean las mismas de todo el grupo y cuenten con un representante adecuado de sus intereses que son comunes a la colectividad. Las acciones ciudadanas corresponden a todo individuo que desee defender los intereses que son comunes a una colectividad...”⁷ (*Subraya la sala*)

Sin embargo, los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, deben su texto a la modificación que se surtió durante el trámite legislativo en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República, en la cual expresamente se dijo:

“Respecto de las acciones de grupo, deben tenerse en cuenta estas observaciones en relación con el texto actual del proyecto:

“(...) Lo que hay en común en la situación es la autoría y la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica

⁷ Ponencia para primer debate en el Senado de la República de los Proyectos de Ley 005/95, 024/95, y 084/95 Cámara, Gaceta del Congreso No. 498 de 7 de noviembre de 1996, Pág. 4.

su actuación conjunta de los afectados en condiciones uniformes por un mismo evento dañino – la parte demandante integrada por una pluralidad de interesados.⁸ (*Subraya la Sala*)

Así las cosas, en relación con el concepto de causa común, esta Corporación consideró que este aspecto debía determinarse con fundamento en la identidad de los actos o hechos de los cuales se afirma proviene el daño:

“Si los perjuicios reclamados por los demandantes provienen de distintos actos o hechos aquéllos carecen de legitimación para ejercer la acción de grupo, en tanto que la diversidad de causas implica la improcedencia del trámite especial previsto para éste tipo de acciones”⁹.

No obstante, con un criterio más amplio, señaló también que la identidad de la causa no debe establecerse a partir de la uniformidad de los hechos considerados en sí mismos sino a partir de la unidad que pueda predicarse de la conducta o conductas imputables al demandado o a los demandados:

“...la unidad de causa tiene un entendimiento distinto; pues la ley no la predica desde el punto de vista numérico de los hechos constitutivos de la causa, SINO DE LA UNICIDAD DE CAUSA en la alegación del daño, así el hecho causal dañino sea uno o múltiple; lo que se exige es que la causa dañina para todos los actores provenga de la misma conducta o de las mismas conductas, de un demandado o de varios demandados, concurrentemente o independientemente en cuanto a la imputabilidad del daño. Se reitera entonces que la causa puede provenir de una o varias conductas (de acción o de omisión) y mantiene UNICIDAD respecto de las personas afectadas cuando ellas predicen la ocurrencia del daño sufrido, y por igual, a esas causas”¹⁰. (*Subraya la sala*)

Por su parte, la Corte Constitucional, al declarar la inexecutable de la expresión “*las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*” contenida en el inciso primero del artículo 3 y en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 472 de 1998¹¹, precisó en Sentencia C - 569 de 2004, sobre el particular lo siguiente:

⁸ Gaceta del Congreso No. 167 de 28 de mayo de 1997 y cuyo texto definitivo fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 210 de 16 de junio de 1997, Pág. 1.

⁹ Sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. AG-73001-23-31-000-2002-01089-01.

¹⁰ Providencia del 10 de junio de 2004, exp. AG-23001-23-31-000-1999-00116-02.

¹¹ Por considerarla, además de una repetición innecesaria de la exigencia de uniformidad en los miembros del grupo, fundamento legal de la doctrina de la exigencia de la preexistencia del mismo como requisito de procedibilidad de dichas acciones, lo cual resultaba desproporcionado y desconocía el derecho de acceso a la administración de justicia y la

“(…) [L]a noción de ‘condiciones uniformes respecto de una misma causa’, propia del régimen legal de las acciones de grupo, debe ser interpretada de conformidad con la Constitución, como un elemento estructural de la responsabilidad. La consideración básica en este punto no es novedosa: la noción de causalidad o de nexo causal debe ser interpretada de conformidad con el principio de efectividad de los derechos; consideración que está ligada con la necesidad de que el juez de la acción de grupo consulte la naturaleza de los elementos de la responsabilidad, no sólo bajo el prisma de su realidad naturalística, sino también de sus implicaciones en la sociedad postindustrial y de la concepción solidarista de la Carta (CP art 1). Ello implica que, de acuerdo con la moderna doctrina de la responsabilidad extracontractual, el elemento de la relación causal no debe ser estudiado como un fenómeno puramente natural sino esencialmente jurídico, y así mismo, que las particularidades de los intereses objeto de protección (intereses de grupo con objeto divisible) y de los hechos dañinos (por lo general diversos y complejos) obligan a una especial interpretación de este elemento de la responsabilidad, según la conocida exigencia legal de la existencia de unas “condiciones uniformes”.

“Para la Corte, la satisfacción de las condiciones uniformes respecto de la relación causal entre el hecho o los hechos dañinos, no puede ser interpretada únicamente desde el punto de vista fáctico. Una valoración del fenómeno de la responsabilidad por afectación a intereses de grupo orientada por este criterio haría imposible la construcción de la relación de identidad entre los diversos hechos dañinos que tienen aptitud para generar un daño común al interés del grupo. (…)

“(…) Por ello, una exigencia de uniformidad estricta desde el punto de vista fáctico, que confundiera la idea de causa jurídica común con la existencia de un solo hecho que ocasiona el perjuicio, haría fracasar la protección del interés de grupo por la vía del resarcimiento de los perjuicios individuales sufridos por sus miembros, pues una tal uniformidad es excepcional, desde una perspectiva puramente fáctica.”¹² (*Subraya la sala*)

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional consideró que la valoración de la relación de causalidad para determinar la “causa común” debe ser definida en términos jurídicos y atendiendo la naturaleza de los intereses protegidos y a la concepción solidarista de la Carta. Igualmente, infiere la Corte en la citada

naturaleza y finalidad de las acciones de grupo. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 569 de 8 de junio de 2004. M.P. Rodrigo Uprimy Yepes.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 569 de 8 de junio de 2004. M.P. Rodrigo Uprimy Yepes. Dice la Corte que “[e]l caso de la afectación de los derechos de los consumidores es ilustrativo: un empresario inunda el mercado con un producto defectuoso (principal hecho dañino) que solamente causará daño cuando dicho producto sea efectivamente adquirido por los consumidores (hecho dañino secundario: múltiples compraventas diferidas en el tiempo) y que tendrá la capacidad para generar diversos daños en situaciones diferentes (consecuencias del uso particular del producto defectuoso). Entre los diversos daños que se pueden causar con el hecho dañino de la fabricación defectuosa (sumado al de la adquisición y uso posterior), pueden existir diversos nexos de causalidad, que, a pesar de que comparten un elemento común, podrían ser considerados como hechos distintos, y algunos podrían concluir que las condiciones no son uniformes frente a la causa que originó el daño.”

sentencia que el aparte sobre las “*condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*” tiene como sentido obvio el requisito sobre “...*la necesidad de que los daños hayan sido ocasionados en una forma común, lo cual justifica, junto con la relevancia social del grupo afectado, que esos perjuicios individuales sean tramitados y resueltos colectivamente...*”

Posteriormente, esta Corporación en Sentencia de 6 de agosto de 2006, tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse sobre el punto; aceptó, inicialmente, la anterior forma de interpretación sobre las condiciones uniformes respecto de una misma causa, pero realizó dos precisiones adicionales, así:

“...Primero, frente a los elementos de la responsabilidad que se ven envueltos en la expresión ‘condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó los daños al grupo’, el Consejo de Estado considera que, no sólo se hace referencia al NEXO DE CAUSALIDAD, sino también y de forma principal, al HECHO GENERADOR DEL DAÑO, puesto que se habla de condiciones uniformes respecto de una misma CAUSA del daño, por lo que el primer paso que debe darse en este análisis, es identificar los hechos generadores del daño que se alegan en el caso concreto, los cuales deben aparecer como comunes a todos los miembros del grupo.”

“El HECHO GENERADOR DEL DAÑO es aquella circunstancia que genera los respectivos perjuicios sufridos, es la acción u omisión, en si misma considerada, por la cual se cree se causaron los daños; en frente de éste, la administración de justicia cuando va admitir una demanda de acción de grupo, debe identificar que los daños sufridos por la pluralidad de personas, se imputan a un mismo hecho generador, para de allí extraer las condiciones uniformes que los identifican como GRUPO. (...)

“(...)

“La segunda precisión que debe hacerse, se refiere al NEXO DE CAUSALIDAD, pues si bien el Consejo de Estado comparte que su estudio debe ser netamente jurídico más que fáctico, no sobra señalar que esta Corporación ha tratado este tema desde hace mucho tiempo, haciendo la distinción entre imputación fáctica y jurídica¹³. La primera referida al normal transcurso de los hechos, teniendo en cuenta que es

¹³ “En relación con los hechos que inciden en la producción de un daño, es importante diferenciar las imputaciones fácticas y jurídicas, entendidas las primeras como las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones, o el señalamiento de las causas materiales en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y que, se considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño. En tanto que las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones (constitucionales, administrativas, convencionales, legales o contractuales) en las cuales se plasma el derecho de reclamación.” CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004. Exp. 14338 Actor: Rafael Antonio Artunduaga Bastos y otros. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido: Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2002. Exp. 13818. Actor: Ana Lucía Reinoso Castañeda y otros. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.; Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Exp. 13774. Actor: Sociedad Jassir Gómez y Cía. Ltda. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.”

causa de un daño, toda aquella modificación del mundo exterior antecedente al daño y, la segunda, que va mucho más allá de los hechos, referida a los vínculos jurídicos que nacen del comportamiento humano y que de una u otra forma, unen a las personas, por ejemplo, la responsabilidad por el hecho de las cosas.

“El NEXO DE CAUSALIDAD se ha definido como aquella relación natural o jurídica que existe entre una conducta nociva y el daño. (...)

“La Sección Tercera del Consejo de Estado, ha determinado éste vínculo, la mayoría de las veces, teniendo en cuenta dos teorías: la de la equivalencia de las condiciones y, más recientemente, la teoría de la causalidad adecuada, la primera, referida a que toda condición anterior al resultado nocivo, es causa del mismo, siempre y cuando, de no haberse presentado ésta no se daría el resultado, lo que traía el problema de generar una regresión al infinito (por ejemplo, en la muerte causada por arma de fuego, aún el vendedor del arma sería causa de ésta) y, la segunda, según la cual, es causa del daño aquella condición que en un juicio ex-ante, se determina como la causa más probable -eficiente y determinante- del daño (teoría basada en las reglas de la probabilidad); una diferencia muy notada entre estas dos teorías radica en que la primera trata el nexo causal de forma esencialmente fáctica, pues mira directamente TODAS las condiciones anteriores al daño, mientras que la causalidad adecuada permite tener un enfoque más jurídico frente a este fenómeno...”¹⁴

De acuerdo con lo anterior, la Sala en el fallo transcrito puntualizó que en el análisis de las condiciones uniformes respecto de una misma causa que generó perjuicios, como requisito de procedibilidad de la acción, debe realizarse así: i) en primer término identificar el hecho o hechos generadores alegados en la demanda y determinar si éstos son uniformes para todo el grupo; ii) en segundo término, mediante el análisis de la teoría de la causalidad adecuada, determinar si éstos hechos generadores tienen un mismo nexo de causalidad con los daños sufridos por los miembros del grupo; y iii) finalmente, “...*el resultado de este análisis debe ser la identidad del grupo, como pluralidad de personas que sufren unos daños originados en uno o varios hechos generadores comunes a todos; si se descubre lo contrario, en cualquiera de los dos pasos, debe concluirse la inexistencia del grupo y por consiguiente la improcedencia de la acción...*”

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 2 de agosto de 2006, Exp. 250002324000-2005-(AG-0495)-01, Sección Tercera, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. La Sala aclaró en esta providencia que, en el ejemplo que citó la Corte Constitucional en la Sentencia C- 569 de 2004, relacionado con la afectación de los intereses de los consumidores por productos defectuosos y según el cual si se hacía una imputación puramente fáctica, existían tantos nexos de causalidad como contratos, por lo que no podría hablarse de condiciones uniformes respecto de una misma causa y no quedarían protegidos estos intereses por la acción de grupo, ello no se debe a un enfoque fáctico del nexo, sino a una mala identificación de las causas de un daño, pues, por el contrario, fácticamente la mala producción del bien también sería causa del daño.

En tal virtud, si una vez efectuado el análisis de la relación de causalidad, se concluye que los daños sufridos por el grupo tienen un mismo hecho o cadena de hechos como fuente eficiente única, se cumple con el requisito de comunidad en la causa que predicen las normas de la Ley 472 de 1998. Este análisis debe ser el resultado de la aplicación de criterios razonables por parte del Juez, que consulten la realidad que se le somete a su consideración con la acción de grupo y bajo la perspectiva de que el hecho común generador de los daños reclamados no tiene que ser entendido de manera esencialmente natural sino desde una óptica jurídica, porque es posible que se presenten varios eventos ligados en tal forma que legalmente sean uno mismo.

Es decir, en el estudio de la causa común el aspecto fáctico es relevante, pero también el fundamento de derecho aplicable a la situación fáctica en la que se encuentra el grupo respecto del orden jurídico. Por eso, con acierto afirma ANTONIO GIDI que, “[l]a existencia de la cuestión común en un determinado contexto dependerá exclusivamente de la peculiaridad de la situación de hecho y de la disciplina que el derecho material le da a la materia. Si la norma reguladora de la controversia colectiva atribuye a distintas situaciones fácticas individuales consecuencias jurídicas distintas, no existirá cuestión común congregando a todos los miembros en un único grupo homogéneo. Sin embargo, si para el derecho las diferencias entre las distintas situaciones individuales fueren irrelevantes, el requisito estará presente”.¹⁵

En consecuencia: ¿Cuándo podemos decir que un conjunto de derechos individuales tiene origen común? En palabras del ilustre tratadista citado:

“Bajo la óptica del derecho procesal civil es posible asociar el concepto de ‘origen común’, al de la ‘causa de pedir’. Las causas para solicitar de cada derecho individual deben ser, sino exactamente las mismas, por los menos similares a punto de ser indiferentes, para la decisión judicial, las peculiaridades de cada caso en particular.

“(…) el origen común no significa, necesariamente una ‘unidad de hecho temporal’, es decir, no es necesario que el hecho creador de los derechos sea el único o el mismo en todos los derechos individuales. Lo fundamental (...) es que sean situaciones ‘jurídicamente iguales’, aunque sean hechos diferentes en el plano empírico.

¹⁵ GIDI, Antonio, La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en una Perspectiva Comparada, Editorial Porrúa, 2004, Pág. 5.

“Obviamente, la ley no exige que las situaciones individuales de todos los miembros del grupo sean exactamente iguales o que todas las cuestiones de hecho o de derecho levantadas en el proceso sean comunes a todos. Es suficiente que la diversidad natural entre las innumerables situaciones particulares no perjudiquen la existencia de un núcleo de controversia que sea común en el grupo. Es este núcleo lo que es ‘la cuestión común juzgada en la acción colectiva’.”¹⁶

Como puede apreciarse, para que sea procedente una acción de grupo es necesario que la misma permita la decisión unitaria de la controversia y para ello se requiere la existencia de aspectos de hecho o de derecho comunes (condiciones uniformes) entre los miembros del grupo. No se trata de que las situaciones particulares de todos los miembros del grupo sean idénticas o iguales, pues es claro que pueden resultar diferencias o perjuicios o daños disímiles en cuanto a su modalidad e intensidad (tanto el *quantum* como la modalidad: patrimoniales, morales, etc.), sino que es menester que entre las mismas exista un común denominador o núcleo que pertenece o se extiende a todos ellos, derivado de la conducta dañina del demandado.

Por consiguiente, no obstante la naturaleza divisible de los daños subjetivos irrogados a un grupo por una misma acción u omisión o varias vulnerantes de derechos o intereses subjetivos, los cuales, en principio, podrían ser reclamados de manera individual o litisconsorcial a través de otras acciones (de nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación directa), ese núcleo en el cual convergen todos los miembros de ese conglomerado, aunado a la conveniencia y trascendencia social de la situación en que se encuentran, imponen que deba darse una solución a través de un único proceso tendiente a repararlos, juicio concentrado que, en caso de prosperar, culminará con la orden de pago de una indemnización colectiva, resultado de la suma ponderada de las indemnizaciones individuales.

El grupo y lo colectivo del objeto de la acción dependen, en verdad, de la comunidad en la causa o de la cuestión común, porque si cada miembro del grupo tuviera un derecho o interés disímil, con fundamento en hechos y pruebas diferentes, así como pretensiones distintas, se tornaría imposible la acción de

¹⁶ GIDI, Antonio, La tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica, Editorial Porrúa, 2004, Págs. 36 y 37.

grupo y la uniformidad de la decisión judicial.¹⁷ Y, como consecuencia de que los derechos subjetivos tienen una causa u origen común se reputan ellos como homogéneos, esto es, derechos individuales que surgen a propósito de los daños derivados por unos mismos hechos y, por ende, presentando aspectos fácticos y jurídicos similares.

Bajo este entendido, la resolución por una única cuerda o tratamiento procesal de pretensiones reparatorias en las acciones de grupo, en forma preferencial y sumaria¹⁸, persigue la satisfacción de unos objetivos muy claros, como el de economía procesal al resolverse a través de un mismo proceso un cúmulo grande de pretensiones que nacen en forma común¹⁹, lo que permite la reparación de pequeñas sumas, cuya reclamación individual sería por ese aspecto inviable.²⁰

En este orden de ideas, se puede colegir que el requisito de procedibilidad de la acción de grupo que versa sobre las “...condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas...”, se refiere a la existencia de aspectos de hecho o de derecho comunes entre los miembros del grupo, vistos o ubicados en una condición o estado semejante o uniforme, por la concurrencia de tres elementos, a saber: i) un mismo hecho o hechos dañinos, esto es, identidad de la acción u omisión o de la conducta dañina; ii) imputable a un mismo autor (o autores) que será la parte demandada; y iii) una relación de causalidad adecuada (natural o jurídica) entre el hecho o hechos

¹⁷ GIDI, Antonio, Procesos Colectivos, la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en una Perspectiva Comparada, Editorial Porrúa, segunda edición, 2004 pág. 4 y 5. Como dice este autor “...la individualidad de cada miembro se pierde en el anonimato del grupo y se cubre con el manto de la cuestión común.”

¹⁸ La Ley 472 de 1998 señala términos muy breves para el trámite del proceso: 10 días para la admisión de la demanda (art. 53), 20 días para practicar pruebas (art. 62), 5 días comunes para alegar de conclusión (art. 63), 20 días perentorios e improrrogables para dictar sentencia (art. 64) y máximo 20 días para resolver el recurso de apelación (art. 67). Además, la Corte Constitucional en la sentencia C-569 de 2004, señaló que las acciones de grupo gozan de ventajas procesales en relación con las demás acciones indemnizatorias, porque “pueden ser interpuestas por una sola persona a nombre del grupo, por el Defensor del Pueblo o los personeros, pueden ser subsidiadas, tienen un trámite preferencial, representan ingentes beneficios en materia de economía procesal, los miembros del grupo pueden acogerse a la sentencia favorable sin haber participado en el proceso, etc.”

¹⁹ “La acción de grupo se justifica por razones de economía procesal y coherencia en las decisiones judiciales, pues permite decidir en un solo proceso asuntos que, de no existir dicho mecanismo procesal, llevarían a litigios individuales repetitivos, que no sólo cuestan más al Estado sino que además provocan riesgos de decisiones contradictorias”. Corte Constitucional C-569 de 2004.

²⁰ “Ellas buscan solucionar problemas de acceso a la justicia (CP art. 229), puesto que con la acción de grupo, los costos del litigio son en cierta medida divididos entre todas las personas afectadas. Esto permite que pretensiones que, si fueran reclamadas individualmente, serían económicamente inviables, debido a su escaso valor, puedan ser reclamadas colectivamente, ya que, a pesar de poder ser modestas e incluso insignificantes individualmente, dichas pretensiones adquieren un significado económico importante al ser agrupadas, lo cual justifica su acceso y decisión por el aparato judicial”. Corte Constitucional C-569 de 2004.

atribuibles al demandado y la lesión o daño antijurídico sufridos por los miembros del grupo.

En síntesis, causa común en las acciones de grupo equivale a que el hecho dañoso o los hechos dañosos, concomitantes o sucesivos en el tiempo y en el espacio²¹, constituyan el origen de los perjuicios que se demandan, lo que permite que una o varias personas que han sufrido un daño individual puedan interponer una acción que beneficie al grupo, en lugar de presentar numerosas y múltiples acciones en interés particular, en el entendido de que las controversias son muy parecidas y la solución o decisión en derecho podrá ser la misma y con efectos respecto de todos ellos (cosa juzgada ultra partes).

Sin embargo, lo expuesto no significa que se exija la demostración de los presupuestos de la pretensión con la demanda, porque para dictar sentencia favorable se requiere la prueba de los elementos de la responsabilidad respecto del *grupo*: el hecho u omisión, el daño y la relación de causalidad entre el uno y el otro, acreditados en el curso del proceso. Lo que se requiere, es acreditar desde la demanda la existencia misma del grupo y su conformación por un número superior a veinte víctimas, para valorar la procedencia de la acción y, por tanto, al demandante le corresponde señalar cuáles son las razones por las cuales, en su concepto, resulta necesario acudir a la acción de grupo y no a las acciones ordinarias para que las víctimas que conforman el grupo al que se refiere la demanda, logren la indemnización de daños que se pretende en ella. Y, será el Juez quien en el auto admisorio de la demanda valore la procedencia de la acción de grupo por corresponder a una causa común y decida si ella es apropiada para resolver el asunto planteado en la demanda, sin perjuicio de que al momento de decidir el superior, por ejemplo, el recurso de apelación, verifique este presupuesto de la acción.

²¹ GIDI, Antonio, en "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil", Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, Pág. 62, se refiere a esa exigencia así: "Origen común" no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones comunes, como sería el caso de una explosión, un accidente de aviación o la destrucción de un edificio. El acontecimiento que es el 'origen común' de los derechos individuales homogéneos de hecho puede estar disperso en el tiempo y espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo. En el caso de la contaminación de una bahía, el daño puede haber sido causado durante años de interminables desperdicios nocivos que se esparcían, y no por un acto aislado. En el caso de un anuncio publicitario engañoso, no importa si algunos individuos fueron engañados durante una transmisión y otros por otra o en una ciudad diferente, siempre y cuando exista suficiente vínculo entre los anuncios".

Ahora bien, en cuanto se refiere al ejercicio de esa legitimación por activa del grupo afectado, quien instaura la acción de clase o grupo lo hace para reclamar el resarcimiento de perjuicios para la totalidad de sus miembros o integrantes²². La demanda en ejercicio de la acción de grupo puede ser interpuesta por una sola persona, de conformidad con lo establecido en los artículos 3, 46, 48-parágrafo y 52-4 de la Ley 472 de 1998, con la condición de que actúe a través de abogado – inciso primero art. 48 *ibídem*- y en nombre de un grupo del que se afirma la calidad de afectado, integrado, como se dijo, por un número no inferior a 20 personas, a las cuales debe identificar en la demanda o suministrar en la misma los datos para su identificación, como requisito de procedibilidad.²³

Es decir, no es necesario que todas las personas que integran el grupo demandante concurren al momento de presentación de la demanda, ni que quienes presentan la demanda sean por lo menos 20 demandantes, toda vez que *“en la acción de grupo el actor o quien actúe 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”* (artículo 48 de la Ley 472 de 1998); sin embargo, para dar satisfacción al requisito de titularidad de la acción, quien actúa como demandante debe hacerlo en nombre de un grupo no inferior a 20 personas al cual pertenece, demostrar su existencia con la presentación de la demandada y señalar los criterios que permitan la identificación de sus integrantes.

En cuanto al ejercicio oportuno de la acción de grupo, el artículo 47 *ejusdem* establece que la misma 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.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²³ En auto de 1 de junio de 2000, exp: AG-001, se afirmó: “De conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, la acción de grupo deberá ser interpuesta por un número plural o un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó un perjuicio. Este grupo de personas no podrá ser inferior a 20, según la última disposición. Ahora bien, el parágrafo del artículo 48 *ibídem* establece que el actor o quien actúe 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”. “Por su parte, el numeral 4 del artículo 52 de la misma ley establece como requisito de la demanda, que el actor proporcione los nombres de quienes integran el grupo, o al menos suministre los criterios para identificarlos. Al armonizar estas disposiciones, concluye la Sala que si bien la acción puede ser interpuesta por una sola persona, ésta no puede actuar en nombre de un grupo inferior a 20 personas, las cuales deberán individualizarse en la misma demanda, o identificarse con antelación a su admisión, a partir de los criterios que señale el actor”.

En este orden de ideas, en el *subjudice* observa la Sala que se dio cumplimiento a los requisitos de procedibilidad de la acción enunciados, porque:

1.1. La demanda fue interpuesta oportunamente, pues fue presentada el 17 de enero de 2002, esto es, dentro de los dos años siguientes al acaecimiento del hecho que se atribuye como supuesto causante de los daños cuya reparación se reclama, o sea la culminación, el 31 de enero de 2000, del proceso de liquidación forzosa administrativa de la Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, Profinanzas, Monssa, Continental, con la expedición de la Resolución 001, por medio de la cual se declaró la terminación de la existencia legal de esa sociedad.

Cabe precisar que no le asiste razón a los entes demandados cuando alegaron que había operado la caducidad, toda vez que, como lo advirtió el *a quo* en providencias de 28 de junio de 2002 y 13 de febrero de 2003²⁴, el punto de partida con el fin de comenzar a contar el término para el ejercicio oportuno de la acción, es aquél en que terminó el proceso de liquidación, habida cuenta de que sólo en ese momento se conocería de la existencia de un daño cierto y su cuantía y, en consecuencia, surge la posibilidad de ejercer la acción por quienes se sientan afectados en sus derechos, con la previsión de que si desde esa época no se promueve la acción dentro del lapso establecido en la ley, opera el fenómeno de la caducidad.

Este mismo pensamiento jurídico, ha sido expuesto por la Sala en varios pronunciamientos, como el que a continuación se transcribe:

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

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

“No es atendible la argumentación dada por la parte demandante en el sentido de que como la acción es de reparación directa por hechos u

²⁴ Al resolver el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y la excepción previa que a este respecto formularon las entidades demandadas.

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

“Se hace el cambio de jurisprudencia porque la decisión de fondo produciría cosa juzgada material sobre la responsabilidad estatal y podría entorpecer en esta forma, la eventual (sic) acción que podría intentarse luego de la culminación del mencionado proceso de liquidación. En otros términos, sólo cuando termine la liquidación de la persona intervenida se sabrá a ciencia cierta que perjuicio se produjo y su magnitud. Mientras tanto ese daño posee una indiscutible nota de incertidumbre que impide su reconocimiento.”²⁵

Es decir, bajo la premisa de que el daño debe ser real, cierto, presente o futuro, y no probable, incierto o hipotético, es claro que mientras no finaliza el proceso administrativo de liquidación no resulta posible determinar por los accionistas si definitivamente con el mismo se infirió un daño por la pérdida total o parcial de algún derecho a su favor en él involucrado. Al contrario, terminada la liquidación podrá demandarse a la administración por la presunta responsabilidad que pudiera incumbirle con ocasión a la misma y con independencia de que la tenga o no, situación que será materia del debate procesal, dado que en ese instante el daño deja de ser hipotético e incierto para los accionistas, toda vez que conocerán el estado en que quedaron los negocios, bienes y haberes de la sociedad liquidada.

En el presente caso, los hechos aparentemente causantes de los perjuicios cuyo resarcimiento persiguen los actores, están constituidos, se repite, por una supuesta demora injustificada endilgada a las entidades demandadas en el proceso de liquidación forzosa administrativa de la sociedad financiera intervenida de la que eran accionistas, de manera que una vez terminado el proceso nació el interés jurídico patrimonial de éstos para solicitar una declaración de responsabilidad extracontractual del Estado y, por lo mismo, es desde la

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 marzo de 1989, Exp. 5393, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. En igual sentido ver, entre otras: 7 de julio de 1986, Exp. 4246, 25 de mayo de 1990, Exp. 5739; 11 de junio de 1990, Exp. 4326; 28 de agosto de 1990, Exp. 5742; 4 de marzo de 1994, Exp. 6698; 17 de febrero de 1994, Exp. 6783; 27 de octubre de 1994, Exp. 9763; 7 mayo de 1998, Exp. 10397; 17 de agosto de 2000, Exp.11811; Sección Quinta, 10 de julio de 2003, Exp. 25000-23-24-000-2001-0002-02(AG). En todas ellas la Sala precisó que al encontrarse intervenida y no haber culminado aún el proceso liquidatorio de la entidad financiera, las pretensiones formuladas en la demanda lo son antes de tiempo, pues, en los casos que fueron estudiados, únicamente cuando se perfeccione y concluya éste trámite se podrá saber si se irrogó un perjuicio que reúna las características de cierto y determinado o determinable y, por lo tanto, si se tiene un interés jurídico para demandar a la Nación por su supuesta responsabilidad extracontractual; en contraste, mientras dicha situación no se presenta, el perjuicio permanece en el campo de lo eventual o hipotético.

expedición del acto con el cual se le pone fin cuando inician a correr los términos para intentar la acción resarcitoria, lo que determina, en el caso concreto, que entre el 31 de enero de 2000, fecha en la que se expidió la Resolución 001 con la cual se culminó dicho proceso por parte del liquidador designado y el 17 de enero de 2002 fecha en la que se interpuso la demanda, no habían transcurrido los dos años previstos en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998.

1.2. Además, se cumplieron las exigencias formales para la procedencia de la acción, relacionadas con:

1.2.1. El número mínimo de integrantes del grupo afectado y la titularidad de la acción que ostentan los demandantes.

En el caso concreto, la demanda fue interpuesta a través de apoderado judicial por el señor JORGE BERNAL MAZABEL y 20 personas más que actuando en nombre propio confirieron poder especial, así como en representación de otras 69, invocando para ello la calidad de accionistas de la UNIÓN FINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL PROFINANZAS, MONSSA, CONTINENTAL, para *“...obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados a los accionistas, con motivo de la operación administrativa que se inicio con la expedición de la Resolución 5758 del 29 de octubre de 1986 de la Superintendencia Bancaria...”* (fls. 1 a 85 C. 2).

Adicionalmente, quienes ejercieron la acción demostraron ser sus titulares, como quiera que pertenecen al grupo de personas que ostentaban la condición de accionistas de la extinta entidad financiera, calidad que acreditaron mediante el aporte de los respectivos títulos expedidos por los administradores o agentes especiales del Superintendente Bancario de la época, en los cuales consta la cantidad de acciones que les pertenecía en dicha sociedad (documentos en original a fls. 32, 34, 38, 42, 45, 49, 51, 53, 55, 57, 59, 61, 63, 65, 67, 73, 75, 77, 79, 81, 83), y que con ocasión de la liquidación forzosa administrativa reclaman el reconocimiento y pago de una indemnización.

1.2.2. En la demanda se suministraron los criterios para identificar al grupo de personas afectadas. Se afirmó en la misma que el grupo estaba integrado por los 90 accionistas de la sociedad que se denominó UNIÓN FINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL PROFINANZAS, MONSSA,

CONTINENTAL, cuya lista como prueba se solicitó requerir a las entidades demandadas, como en efecto lo hizo el tribunal *a quo* (fls. 475 a 476 C.1) recibiendo la respectiva respuesta por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras que obra en el expediente, en la cual se adjunta una relación de 91 accionistas, con su nombre, número de acciones y porcentaje de participación en la sociedad (fls. 483 a 484 C. 1).

1.2.3. Debe advertirse que para la procedencia de la acción no era necesario acreditar que el grupo afectado se había conformado antes de sufrir el daño.

La Sala abandonó el criterio relacionado con la necesidad de la preexistencia del grupo, como requisito de procedibilidad de la acción, con posterioridad a la Sentencia la C-569 de 8 de junio de 2004, de la Corte Constitucional, mediante la cual fueron declaradas inexecutable las expresiones “*Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad*”, contenidas en los primeros incisos de los artículo 3 y 46 de la ley 472 de 1998, por considerar que la exigencia legal de la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad, deducida del contenido de dichas expresiones, desconoce el diseño constitucional de la acción, restringe desproporcionadamente el acceso a la justicia e impide el cumplimiento de los fines que identifican esta acción, como son los de proteger grupos de especial relevancia social, reparar daños de gran entidad e inhibir comportamientos que puedan provocar hechos dañinos de grandes repercusiones.²⁶

1.2.4. Los demandantes actúan a través de abogado, dando así cumplimiento a lo establecido en el primer inciso del artículo 48 de la Ley 472 de 1998.

1.2.5. Como puede advertirse, la vulneración de los derechos individuales o subjetivos homogéneos se hace derivar por el grupo demandante de una causa común que se imputa a los demandados, Superintendencia Bancaria y Fondo de

²⁶ Sobre el alcance de la sentencia de constitucionalidad que se comenta, en Sentencia del 6 de octubre 2005, Exp: AG-410012331000200100948-01, dijo la Sala: “...Desaparecido este criterio diferenciador, para distinguir entre la procedencia de la acción de grupo y una acumulación subjetiva de pretensiones en las demás acciones reparatorias, no queda sino el número de personas afectadas con el daño proveniente de una misma causa. Así, si el daño fue sufrido por 20 o más personas procederá la acción de grupo, pero si se causó a un número inferior de personas, entonces esta acción no procede, debiendo acudir por parte de los afectados a las acciones indemnizatorias establecidas en los códigos que corresponda, es decir, si el daño fue causado por autoridad pública o por particular en ejercicio de función administrativa, los afectados dispondrán de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y contractual, según sea la causa del daño. Es decir la reclamada relevancia social del grupo se determinará por el número de sus integrantes...”

Garantías de Instituciones Financieras, esto es: las presuntas actuaciones culposas y negligentes por parte de estas autoridades públicas (un mismo autor o autores) que adelantaron -según se acusa en el texto de la demanda- con demora injustificada el proceso de liquidación de la desaparecida sociedad UNIÓN FINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL PROFINANZAS, MONSSA, CONTINENTAL (un mismo hecho dañino), lo que ocasionó perjuicios individuales en su patrimonio al haber perdido en su calidad de accionistas la totalidad de los aportes en la misma (una lesión con ocasión del hecho atribuible a los demandados).

En efecto, en el presente caso, el grupo demandante invoca la calidad de accionistas en la extinta sociedad y en virtud de esa condición demandan a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras respecto de una misma causa que, a su juicio, originó presuntos perjuicios individuales para sus miembros, por el retardo sin justificación alguna en que incurrieron las demandadas en el proceso de liquidación forzosa administrativa iniciado con la expedición de la Resolución 5758 de 29 de octubre de 1986, mediante la cual se ordenó la toma de posesión con fines de liquidación de los bienes, haberes y negocios de la sociedad intervenida de la cual hacían parte y que culminó con la Resolución 001 de 31 de enero de 2001, por medio de la cual se declaró la terminación de su existencia legal, sin el reconocimiento de algún remanente para distribuir entre los mismos.

Por lo tanto, en la demanda se justifica la existencia de una causa común y condiciones uniformes –fácticas y jurídicas- respecto a un presunto hecho dañoso en los términos de los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, con independencia de que la parte demandante tenga o no la razón, lo cual sólo se conocerá a partir del análisis de fondo que se haga sobre los elementos que configuran la responsabilidad endilgada a las demandadas, con base en los hechos, las normas jurídicas aplicables y las pruebas aducidas en el proceso.

En efecto, como el conjunto de los presuntos daños sufridos por el grupo que se reivindican en la demanda es referible causalmente a un mismo evento o cadena de eventos, esto es, con motivo de la operación administrativa de la liquidación forzosa administrativa de la sociedad de la cual tenían el vínculo jurídico de socios derivado del contrato social, se cumple el estándar de la comunidad de origen.

En consecuencia, es menester anotar que se satisface el requisito de procedibilidad de la acción previsto en el numeral 6° del artículo 52 *in fine*, tal y como lo advirtió también la Sección Cuarta de esta Corporación, mediante auto de 18 de abril de 2002, en el que revocó la decisión del *a quo* de 1 de febrero de 2002 que rechazaba la demanda por un presunto incumplimiento de la anterior circunstancia.

1.2.6. Las pretensiones son netamente reparatorias. En efecto, están orientadas a obtener la indemnización de los perjuicios individuales que sufrieron los integrantes del grupo como consecuencia de la demora injustificada en el desarrollo del proceso de liquidación forzosa administrativa de la UNIÓN FINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL PROFINANZAS, MONSSA, CONTINENTAL y cuya estimación se encuentra a folio 3 del cuaderno 2 del expediente.

La indemnización que reclaman los demandantes se deriva de perjuicios de naturaleza individual y no colectiva, en relación con lo cual no existe ninguna objeción²⁷. A este respecto, es claro que la reparación de perjuicios que se reclama a través de la acción de grupo puede derivarse de la vulneración de derechos de cualquier naturaleza y no necesariamente de derechos colectivos²⁸.

Para que prosperen las pretensiones indemnizatorias, deben ser demostrados por los demandantes los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, la acción u omisión generadora del daño; el daño; y el nexo causal entre éste y aquéllas; en relación con el daño es de anotar que si el objeto de la acción es obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados al grupo, el mismo debe aparecer plenamente demostrado en el proceso, porque, en caso

²⁷ La Corte Constitucional señaló que si bien la acción de grupo es procesalmente colectiva y se indemniza al individuo en tanto que es un miembro de un grupo, las reparaciones son individualizables y divisibles, por cuanto el daño es subjetivo: "Estas acciones, tienen como propósito garantizar la reparación de los daños ocasionados a *un número plural de personas*". Esto significa que el propósito de esta acción *"es el de obtener la reparación por un daño subjetivo, individualmente considerado, causado por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares"*. Por consiguiente, la acción de grupo pretende reparar el daño ocasionado a unas personas que hacen parte de un grupo, en la medida en que todas esas personas fueron afectadas por un daño originado en circunstancias comunes, que ameritan un tratamiento procesal unitario. La determinación de la responsabilidad es entonces tramitada colectivamente pero las reparaciones concretas son en principio individualizadas, puesto que se ampara el daño subjetivo de cada miembro del grupo". Sentencia de la Corte Constitucional C-569 de 2004.

²⁸ En la sentencia C-1062 de 2000, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión "derivados de la vulneración de derechos e intereses colectivos" contenida en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998 "en el entendido de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo".

contrario, el sentenciador no podrá ordenar su reparación.

Vale decir que, como se trata de una acción indemnizatoria, existen puntos de identidad entre esta acción y la de reparación directa, en tanto ambas se tramitan a través de procesos diseñados para que a lo largo de los mismos se discuta y demuestre la existencia de los elementos que estructuran la responsabilidad, esto es, la calidad que se predica de los miembros del grupo afectado y en cuya condición reclaman indemnización; la existencia del daño; su antijuridicidad; su proveniencia de una causa común y, por último, su imputabilidad al demandado, lo cual pasará a analizar la Sala para determinar el mérito de las pretensiones.

2) LA CUESTIÓN DE FONDO

Con la acción interpuesta por los señores Jorge Bernal Mazabel y otros se pretende la reparación de los presuntos perjuicios sufridos por los accionistas²⁹ de la UNION FINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL PROFINANZAS, MONSSA, CONTINENTAL, por la supuesta demora injustificada por parte de las entidades demandadas a través de sus agentes o liquidadores designados en concluir el proceso de liquidación iniciado el 29 de octubre de 1986, con la expedición de la Resolución 5758 por parte de la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se tomó la posesión de sus negocios, bienes y haberes y que culminó con la Resolución 001 de 31 de enero de 2000, por medio de la cual se declaró la terminación de su existencia legal.

Para cuantificar el daño sufrido, el grupo actor afirma en la demanda haber perdido las siguientes sumas:

“a) \$155'607.747, valor del patrimonio neto de la sociedad según balance de cierre del 31 de diciembre de 1989, fecha en la cual debió estar concluido el proceso liquidatorio de la sociedad;

“b) \$75.695.402, valor del cargo efectuado en 1989 contra pérdidas y ganancias, para aumentar, sin ninguna necesidad, la cuenta de 'otros gastos estimados por pagar', cuenta que para diciembre 31 de 1988 era ya superior al pasivo externo de la sociedad intervenida.

“c) \$174'595.118, valor que por no haber hecho uso de una amnistía tributaria, a la cual la sociedad intervenida tenía pleno derecho, quedó

²⁹ Más de 20.

como pasivo –y debió cancelarse- a favor de la Administración de Impuestos Nacionales, y

“d) \$34'749.939, por concepto de la pérdida ocasionada por haber vendido 3.357.482 acciones de la Corporación Financiera Unión, por fuera de bolsa y sin avalúo especial, a precios notoriamente inferiores a los de bolsa.”

Por lo tanto, para el grupo accionante el valor de los daños asciende a un total de \$440'648.206 (sin la actualización pedida), ocasionados con motivo de la operación administrativa de la liquidación forzosa de la sociedad y que imputan a las entidades demandadas³⁰ por los siguientes hechos y conductas que consideran injustificadas, dilatorias o irregulares en el proceso: a) una presunta demora injustificada de las demandadas en la terminación del proceso de liquidación, pues debió haber concluido a más tardar el 31 de diciembre de 1989; b) los cargos efectuados contra pérdidas y ganancias, supuestamente, sin ninguna necesidad; c) la venta de las acciones supuestamente por debajo de su precio en bolsa; d) la supuesta omisión para acogerse a la amnistía tributaria de la Ley 75 de 1986; y e) los pagos por desvalorización monetaria que pudieron evitarse.

Para el tribunal *a quo* “...la forma como se desarrolló el proceso de toma de posesión, y en particular la forma como se procedió a liquidar los activos de la entidad fue conforme a derecho...” y “no hubo demora injustificada en el desarrollo de la operación administrativa...”.

En el recurso de apelación el grupo demandante formuló tres cargos contra la sentencia, a saber: a) no estudió o analizó el argumento central de la demanda referente a la demora injustificada de las demandadas en concluir el proceso de liquidación; b) es incongruente por no referirse a todos los hechos de la demanda; y, c) omitió el examen y valoración crítica de las pruebas del proceso.

Planteada así la materia en concreto objeto de esta instancia, para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala verificará de acuerdo con el acervo probatorio³¹ en primer término si existen o se encuentran

³⁰ Luego de recalcar en la demanda una supuesta indiferencia por parte de las autoridades ante las dificultades de la sociedad intervenida; la negativa de la Superintendencia a suministrar informes y convocar a la asamblea de socios para restablecer la sociedad intervenida y entregarla a sus accionistas con el fin de terminar el proceso de liquidación, y un presunto velo que el liquidador habría puesto a los accionistas respecto de su gestión.

³¹ El acervo probatorio en el presente proceso está constituido fundamentalmente por prueba documental, la cual se estudiará a la luz de los artículos 251 y ss. del Código de Procedimiento Civil, en especial, en cuanto a su alcance probatorio. Por ende, no sobra advertir que para la decisión de este asunto se analizará el mérito de las pruebas

demostrados los hechos y conductas injustificadas, dilatorias o irregulares dentro del proceso de liquidación y que se imputan a las entidades demandadas como causante de los daños antijurídicos cuyos perjuicios se reclaman, en el mismo orden propuesto en la demanda³², y en segundo término, cotejará las conclusiones a las cuales se llegue con la decisión del *a quo*, para determinar si ella se ajustó o no a los supuestos fácticos y pretensiones en que se funda la controversia y a las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, en conformidad con las normas que se estimaron violadas por el actor en el recurso (artículos 170 de C.C.A, 187, 304 y 305 del C. de P. Civil).

Con este propósito se abordarán, previamente, los aspectos generales de la responsabilidad del Estado por falla del servicio derivada del retardo injustificado y de las figuras de toma de posesión y la liquidación forzosa administrativa de las entidades financieras a la luz de la normatividad que rigió por el período en que duró el proceso que se cuestiona y, posteriormente, se analizará si se cumplieron en el *sub examine* dichas normas que imponen deberes jurídicos a la administración, de acuerdo con la valoración del acervo probatorio que obra en el expediente.

2.1. La responsabilidad del Estado por el retardo injustificado en la expedición de actos administrativos

Observa la Sala que las acusaciones realizadas en la demanda versan sobre la existencia de unos supuestos perjuicios ocasionados por presuntas conductas culposas, negligentes e irregulares cometidas por las entidades demandadas en el proceso de liquidación de la sociedad intervenida, es decir, que el título de imputación elegido por el grupo actor corresponde al de la falla del servicio, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación Estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración.

documentales aportadas en copia auténtica, dentro de las oportunidades procesales, así como del dictamen pericial decretado en el proceso.

³² Si bien el análisis de los elementos de la responsabilidad se efectúa partiendo del daño, como fuente que es de la responsabilidad, para luego examinar la imputación o hecho generador de éste y, por último, el nexo o relación de causalidad fáctica o jurídica que existe entre la conducta y el daño, en el presente asunto, teniendo en cuenta el objeto de la apelación, se iniciará por la verificación de la actuación de la administración.

Así las cosas, no debe perderse de vista que para la prosperidad de la acción de grupo y, por ende, para que el sentenciador pueda ordenar la reparación pretendida, deben estar acreditados con las pruebas que obran en el proceso los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual por falla del servicio a saber: i) la existencia de un daño, lesión o menoscabo de tipo patrimonial o moral, cierto y determinado, que afecta de forma individual a una pluralidad de sujetos; ii) la conducta activa u omisiva de la autoridad que lo infiere; y iii) la relación de causalidad entre ésta y aquél, es decir, que el daño se originó como consecuencia directa de la actuación atribuida a la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.³³

Por lo demás, como criterio de identificación para la determinación de la falla del servicio, en forma constante la jurisprudencia ha dicho que, por regla general, *“...las obligaciones a cargo de la administración (...) deben ser determinadas, especificadas, por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo haya de ejecutar...”*³⁴

En tal virtud, cabe precisar que la morosidad o el retardo como fundamento de la responsabilidad del Estado surge por el incumplimiento injustificado del deber jurídico de la Administración de resolver dentro de un plazo determinado en la ley o determinable por el cumplimiento de los supuestos de hecho de las normas que le ordenan actuar en relación con un asunto en concreto, en ejercicio de la función pública a cargo de la misma.

Sin duda, este postulado y deber jurídico según el cual los procedimientos administrativos deben ser finalizados o terminados antes de que transcurra un período de tiempo, sin que, por tanto, estén sometidos a la indefinición e incertidumbre, es corolario de los principios constitucionales y legales que rigen la

³³ La responsabilidad patrimonial por falla del servicio, como se ha manifestado por la Corporación de tiempo atrás, se configura por los siguientes elementos: “a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración; “b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;”c) Un daño que, implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.; “d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de junio de 1990, Exp. 3510, C.P. Antonio J. Irisarri Restrepo. En igual sentido, Sentencia de 27 de abril de 1989, Exp. 4992.

función administrativa. En efecto, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; en forma armónica, el artículo 2 superior consagra los fines esenciales del Estado colombiano y la misión confiada a las autoridades de la República así como la responsabilidad de las mismas, según la cual están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; el artículo 6 *in fine*, desarrolla el principio de legalidad fundante del Estado Social de Derecho, según el cual los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y los servidores públicos por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y en concordancia con los preceptos anteriores, el artículo 121 superior, fija explícitamente que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la propia Carta y la ley, prohibición que, a la par que se constituye en un deber para aquél, representa una garantía para el asociado en las relaciones con la administración.

Con idéntico sentido normativo, el artículo 4° de la Ley 489 de 1998, al indicar las finalidades de la función administrativa determinó que “...[l]os organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general...; y a su turno, el Código Contencioso Administrativo consagra en su artículo 3° los Principios Orientadores de las actuaciones administrativas, dentro de los cuales se encuentran los de “economía, “celeridad” y “eficacia”, así:

“En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo (...)

“En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados”.

“En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias”.

Ese deber u obligación de resolver sin que el procedimiento se prolongue de manera indefinida en el tiempo, es también garantía del principio constitucional del debido proceso (artículo 29 C.P), aplicable a las actuaciones administrativas, en tanto una de sus manifestaciones y expresiones es el trámite de los procesos sin dilaciones injustificadas; y del principio de la buena fe (artículo 83 C.P.) dado que quien pone en movimiento el aparato estatal o se encuentra involucrado o afecto a una actuación de la Administración confía que ésta habrá de resolverla y culminarla con una decisión definitiva.

Como se puede apreciar, corresponde a la Administración en el marco expuesto su buen funcionamiento para el cumplimiento de sus cometidos y fines constitucionales, de manera que cuando en las actuaciones administrativas por él iniciadas no expide el acto administrativo que culmine o termine la respectiva actuación en el plazo fijado por las normas jurídicas o, ante el silencio de éstas, en el que resulte razonable por el cumplimiento de los presupuestos normativos que le ordenan actuar, compromete su responsabilidad en el evento de que ese retraso administrativo no encuentre justificación y, por el contrario, obedezca a dilaciones indebidas y, por ende, configurativas de una falla del servicio por anormal funcionamiento.

El tratadista Luis Medina Alcoz desarrolla la anterior idea así:

“Transcurrido el término máximo establecido, si la Administración no ha dictado una resolución expresa o, habiéndolo hecho, no la notifica, incumple uno de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental. Y si este incumplimiento genera daños y es imputable a la Administración, el interesado tiene derecho a ser indemnizado. Esta modalidad de incumplimiento es expresiva de un funcionamiento anormal, por lo que, conforme al planteamiento general anteriormente expuesto, la Administración ha de reparar los daños que produzca.”³⁵

La jurisprudencia de la Corporación no ha sido ajena a este tipo de responsabilidad y bajo un criterio jurídico coincidente ha reconocido el derecho a la indemnización por fallas en el servicio, en aquellos eventos en que a pesar de que la Administración no ha cesado de actuar, pero ha finalizado en forma tardía el asunto administrativo sometido a su consideración, resulta responsable de los

³⁵ MEDINA ALCOZ, Luis, La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo, Thomson Civitas, Edt. Aranzadi, 2005, pág. 312. Cita como ejemplos en los que se puede presentar esta responsabilidad aquellos eventos en que se amplía la esfera jurídica del interesado en la actuación administrativa, tales como, los actos de adjudicación de contratos; autorizaciones, licencias, concesiones, homologaciones de títulos académicos, admisiones a centros públicos, remoción de sanciones.

daños que con su retardo haya podido ocasionar al interesado, porque en estos casos los perjuicios son consecuencia del incumplimiento del deber de resolver en un plazo oportuno o razonable.

En efecto, así lo ha manifestado cuando confirmó la decisión de indemnizar los perjuicios causados por el Municipio de Bogotá al no conceder en tiempo una licencia de construcción de un edificio:

“Para la Sala es evidente que la omisión u abstención de la Administración en expedir una licencia, es una causa eficiente del perjuicio consistente en que no pudieron los demandantes explotar el lote de terreno mediante un edificio, porque sin licencia no podía edificar”.³⁶

Y sobre esta misma materia reiteró categóricamente en otra oportunidad:

“...Parece que los funcionarios que tuvieron que ver con este asunto tenían la consigna de no dejar construir el edificio de la sociedad actora. Trabas, dilaciones, actos administrativos, conceptos jurídicos encontrados, interpretaciones acomodaticias, revocatorias, comisiones y nuevos decretos generales y particulares para el caso, se conjugaron para no dejar hacer o para obligar a hacer lo no querido por la sociedad mientras en los predios aledaños sometidos a idéntica reglamentación, se levantaron y continúan levantándose edificios de 8, 11 y más pisos, con la autorización de los mismos organismos y funcionarios. Aquí lo que podía decirse con cierto margen de discrecionalidad se tornó en arbitrario y con tintes de desviación de poder.

“(...) se puso en evidencia que el procedimiento que cumplió la administración a iniciativa de la parte actora, fue a todas luces irregular y perjudicial. Esta pretendió con sus gestiones obtener una licencia que le permitiera construir una edificación en terrenos de su propiedad en la Urbanización “Los Rosales” de ésta ciudad, previo el cambio de los niveles de conservación que presentaba y que no permitían el desarrollo del proyecto arquitectónico que presentó en abril de 1985, y fue sometida a un tratamiento indebido y dilatorio que hasta la fecha le ha impedido cumplir su cometido con graves perjuicios para su patrimonio.

“El derrotero que se dejó explicado atrás acredita no sólo la existencia de la actuación administrativa en sus distintas etapas, sin que muestra la conducta perjudicial que lesionó los derechos de la Sociedad Durán Muñoz y Cía. Ltda.”³⁷

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 24 de junio de 1965, C.P. Alejandro Domínguez Molina.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 1995, Exp. 7095, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. De igual forma, se ha aplicado a la falla del servicio médico derivada del retardo en la prestación del servicio, ver Sentencia de 26 de marzo de 1992, exp. 6255, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, cuando señaló que pese a que era una obligación de medio a cargo del prestador del servicio, no la cumplió, entre otras razones porque se dejó por mucho tiempo al enfermo sin atención médica alguna y se procedió a operar al paciente sin la asistencia de un neumólogo y agregó que la obligación del médico, sin ser de resultado, se cumple proporcionando al

De acuerdo con lo expuesto, la responsabilidad con ocasión del retardo de la Administración se ha fundamentado en la falla del servicio (o culpa en la actuación administrativa), producto del incumplimiento del deber de resolver en tiempo y expresamente el procedimiento, privando así a los interesados de la obtención de un resultado favorable, beneficio o ventaja esperada.³⁸ Nótese que, en estos eventos, no se trata de la ilegalidad o validez del acto administrativo -excepto, claro está, las hipótesis en que el desconocimiento del término determine una incompetencia funcional de la autoridad que lo expide por el factor temporal-, sino que la responsabilidad del Estado estriba en que la morosidad administrativa es la causa eficiente de daños.

Conducta retardataria que no es imputable a la Administración cuando la dilación puede ser considerada como razonable en atención a factores como la complejidad del procedimiento o su extraordinaria complicación, cuando esta no rebasa los estándares exigibles para poner fin a los mismos, o por eximentes como fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima (una conducta del interesado que obstruya el procedimiento) o de un tercero.

Por lo tanto, los elementos que perfilan la responsabilidad de la Administración por falla administrativa derivada del retardo y de cuya concurrencia surge el deber de reparar los daños que se ocasionen, se pueden resumir en los siguientes: i) la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el

paciente cuidados concienzudos, atentos, y conforme a los datos adquiridos de la ciencia. Y también se recurrió a esta modalidad de falla del servicio, ver Sentencia de 30 de mayo de 1985, Sección Tercera, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, cuando encontró responsable una universidad pública por los perjuicios causados por las omisiones y retardos que concluyeron con el aplazamiento o negativa de otorgarle el grado o título profesional a un estudiante de derecho.

³⁸ MEDINA ALCOZ, Luis, Ob. cit. págs. 317 a 319. "Puede haber daños imputables a la morosidad administrativa cuando una tempestiva finalización del procedimiento habría podido deparar un resultado favorable al interesado. (...) supuestos en los que el momento en que finaliza el procedimiento cobra una importancia determinante porque la resolución puede ser favorable si se dicta en una determinada fecha, pero necesariamente denegatoria o menos beneficiosa si se adopta en otra posterior (...). En estos casos el incumplimiento del deber ha podido mutilar la oportunidad de obtener la ventaja apetecida o impedir que el solicitante desarrolle una actividad lucrativa (...). Son daños que causa el retraso y que se imputan a la Administración por el dato del incumplimiento del deber de resolver en plazo. (...) Si tales medidas se llevan a cabo en fecha posteriores a aquella en que debió adoptarse la resolución final, los efectos perjudiciales que se produzcan son imputables a la Administración porque ella lo ha propiciado al prolongar más allá de lo debido la situación de incertidumbre del administrado respecto del definitivo desenlace del procedimiento (...). Dicho de otra forma, la superación del término legal o reglamentario del procedimiento, cuando no deriva de un silencio positivo, convierte en ilícito el estado de inseguridad que sufre el interesado que decide esperar la resolución tardía; y ese estado, que puede influir negativamente en las decisiones del particular cuando el resultado del procedimiento es finalmente contrario a sus intereses, puede justificar la responsabilidad patrimonial de la Administración porque deriva de su inactividad formal. "

supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios³⁹; ii) el incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; iii) un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y iv) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño⁴⁰.

En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas del servicio de la administración derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración.⁴¹

En este orden de ideas, se procederá a examinar cuáles eran las obligaciones legales concretas que tenían las entidades demandadas en relación con el proceso de liquidación forzosa administrativa de la sociedad intervenida; si tales obligaciones fueron incumplidas por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio por dichas entidades públicas, y de ser así si de haberse cumplido esas obligaciones de manera oportuna se hubiera podido interrumpir el proceso causal que produjo el presunto daño.

³⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 23 de mayo de 1994, Exp: 7616.

⁴⁰ Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp: 14.122.

⁴¹ “Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías y de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe todo cuanto esté a su alcance”. Sentencia del 15 de febrero de 1996, exp: 9940.

2.2. La toma de posesión y la liquidación forzosa administrativa.

2.2.1. Aspectos Generales.

Es un principio en nuestro modelo de Estado la intervención de éste en la economía, según así lo ordena el artículo 334 de la Constitución Política⁴², y como corolario del anterior postulado constitucional -y por disposición expresa del artículo 335 *in fine*- el que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación se consideren de interés público y sólo puedan ser ejercidas previa autorización del Estado, de conformidad con la ley, la cual regula la forma de intervención del gobierno en estas materias.

Corresponde, entonces, al Congreso regular mediante la expedición de leyes estas actividades (artículo 150, numeral 19, letra d) *ibídem*) y al Presidente de la República ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que las realicen (artículo 189, numeral 24 *eiusdem*), quien ha delegado algunas de esas funciones a la Superintendencia Financiera (antes Bancaria)⁴³, organismo técnico cuyo objetivo es el de supervisar el sistema financiero colombiano para preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

Así pues, compete a la Superintendencia Financiera, entre otras, ejercer las funciones de control y vigilancia y de prevención y sanción respecto a las entidades bajo la órbita de su intervención dedicadas al manejo, aprovechamiento e inversión de recursos, para lo cual cuenta con una variada gama de

⁴² "ART. 334.—La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. "El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos." "También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

⁴³ De acuerdo con el Decreto 4327 de 25 de noviembre de 2005, la Superintendencia Bancaria se fusionó con la Superintendencia de Valores, para dar nacimiento a la Superintendencia Financiera de Colombia, organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio.

herramientas legales, entre las que están las de impartir órdenes, realizar requerimientos, tomar las medidas de seguridad que autorizan las normas legales, imponer sanciones administrativas, y tomar en posesión los bienes, haberes y negocios de las entidades vigiladas para administrarlas o liquidarlas, cuando se presente alguno de los hechos previstos en la ley, según el caso, con el fin de proteger el interés público y el de los acreedores y usuarios del sistema financiero.

Desde este punto de vista la toma de posesión se erige en una herramienta o mecanismo jurídico de carácter administrativo que se funda en factores políticos, técnicos y jurídicos para el ejercicio de la función pública de intervención del Estado en materia de control y vigilancia y de prevención y sanción en la actividad financiera desempeñada por sociedades especializadas que intermedian con los recursos captados del público, las que, por tal razón, son intervenidas, en tanto en el desarrollo de su objeto social se involucran y comprometen intereses generales, como el ahorro público y privado, el derecho a la propiedad, la economía nacional y el orden público económico, que imponen límites a la libertad de empresa en este ámbito para preservar el bien común y el cumplimiento de la función social que le son inherentes a las mismas (artículo 333 C.P).

Cabe precisar que la toma de posesión es un mecanismo de intervención anterior a la Constitución Política de 1991, cuyos antecedentes se remontan a la Ley 45 de 1923⁴⁴, que en sus artículos 48 y ss. otorgaban competencia al Superintendente Bancario para tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario cuando hubiere incurrido en conductas y prácticas consideradas irregulares, nocivas y riesgosas para su actividad, que podían poner en peligro los intereses y derechos de sus usuarios y ahorradores y, por ende, afectar la economía en general, tales como la cesación de pagos de sus obligaciones; rehusarse a someter sus negocios a la respectiva inspección o a ser interrogado en relación con los mismos; incumplir bien por descuido o renuencia las órdenes del Superintendente; persistir en violar los estatutos o la ley; manejar

⁴⁴ "...[L]a (...) toma de posesión sobre bienes y haberes de instituciones financieras no es nada diferente a un medio de tutela más eficaz de los intereses públicos, destinados fundamentalmente a eliminar el complejo en la economía nacional empresarial, de esa naturaleza que, por variadas circunstancias enumeradas por el artículo 48 de la Ley 45 de 1923, revelan la falta de idoneidad para la consecución de sus fines y, de manera general, para desarrollar su objeto social; en consecuencia, la medida comentada se traduce en que la autoridad administrativa competente asume el derecho de gestión y de disposición de la empresa afectada, terreno éste que es de gran amplitud y cuyo contenido fue claramente definido por los legisladores de 1923 en la siguiente forma: *'...Estos artículos (los Arts. 48 a 69 de la ley bancaria promulgada en ese año) autorizan al Superintendente Bancario para tomar a su cargo el banco culpable, y lo invisten de la autoridad necesaria para rehabilitarlo y devolverlo a sus accionistas, o para liquidarlo en beneficio de los depositantes y otros acreedores...'* (Cfr. Superintendencia Bancaria, Concepto OJ221 de 1 de junio de 1983).

los negocios en forma no autorizada o insegura; o sufrir un quebranto de su capital por debajo del mínimo exigido.

Imperioso resulta recordar que la denominada “Ley de Bancos”, autorizaba al Superintendente Bancario para tomar a su cargo el establecimiento o sociedad transgresora y lo dotaba de las facultades necesarias para rehabilitarla y devolverla a sus accionistas, o para liquidarla en beneficio de los depositantes y otros acreedores.⁴⁵ Con algunas modificaciones y adiciones (Ley 105 de 1927, Ley 57 de 1931; Ley 66 de 1947, Ley 52 de 1977), esta Ley 45 de 1923 fue principalmente desarrollada en los Decretos 2216 y 2217 de 1982, 1215 de 1984 y 2277 de 1989.

Luego, se expidió la Ley 45 de 1990, que le asignó la competencia al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para conocer de los procesos de liquidación (artículo 18); y el Decreto 1730 de 4 de julio de 1991, sustituyó los decretos 2217 y el 1215, y modificó el procedimiento aplicable. Con la Ley 35 de 1993, reglamentada por el Decreto 655 de 1 de abril de 1993, el legislador le asignó a los Liquidadores la competencia para conocer de los procesos de liquidación, parámetros incorporados también en el Decreto ley 663 de 2 de abril de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF. Posteriormente, con la expedición de la Ley 510 de 1999, reglamentada por el Decreto No. 2418 de 1999, se modificaron nuevamente algunas etapas del proceso de liquidación previstas en el EOSF.

En suma, bajo el anterior contexto normativo, corresponde al Superintendente Financiero (antes Bancario) tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes

⁴⁵ “...Sólo con los efectos ocasionados en la posguerra de 1.918 se entrevió la necesidad de ubicar en su verdadero sitio a la actividad bancaria, y recoger para el Estado la soberanía monetaria. La Quiebra del Banco López en 1.923 fue la demostración más palmaria de la necesidad de un cambio que tan juiciosamente indicó la Misión Edwin Kemmerer en la exposición de motivos de la Ley 45 de 1.923 al decir que “la estabilidad financiera de Colombia y su progreso económico en el futuro, exigen un sistema bancario sólido y bien organizado (...) En la misma forma se expresaba Jesús María Marulanda, primer Superintendente Bancario, en el informe de labores rendido en 1.924 al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al referirse a la supervigilancia bancaria dice: “Los establecimientos bancarios son los receptores e intermediarios de la economía nacional, el que luego distribuyen entre las diferentes industrias. De allí que tales establecimientos tengan una extraordinaria importancia social y que esa circunstancia les dé el carácter de establecimientos casi-públicos. La sociedad está vivamente interesada en que los capitales que mantengan los bancos se coloquen en condiciones tales, que consulten la mayor seguridad, pues en el evento de una quiebra sufren todos los núcleos de la producción, así los grupos financieros más fuertes, como las pequeñas industrias; lo mismo el capitalista que el obrero que deposita en las cajas de esos establecimientos de crédito sus sufridos ahorros. La resonancia y los efectos de una quiebra bancaria son más perniciosos y más funestos que las quiebras de las demás empresas industriales.” (Cfr. Vélez Trujillo, Luís Guillermo, Toma de Posesión y liquidación de un establecimiento bancario, publicaciones Superbancaria, 1968, págs. 8 y 9).

hechos que se consideran especialmente graves o anormales y que, a su juicio, hagan necesaria la medida⁴⁶, previo concepto del Consejo Asesor de la institución a su cargo y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público (artículo 114º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 20 de la Ley 510 de 1999):

- a) Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
- b) Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
- c) Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;
- d) Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;
- e) Cuando persista en violar sus estatutos o alguna ley;
- f) Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura;
- g) Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito.⁴⁷

De modo que, si una entidad financiera queda incurso en alguna de las anteriores causales es del resorte de la Superintendencia Financiera ordenar la toma de posesión, con el propósito de tutelar la confianza en el sistema financiero y la protección de los derechos de los depositantes, ahorradores y terceros de buena fe, para lo cual podrá hacer uso de los medios a su alcance para que la sociedad afectada no continúe desarrollando su objeto en condiciones que puedan ser lesivas para la buena marcha del sector.

⁴⁶ Recientemente también se expidieron para regular esta materia la Ley 795 de 2003 y el Decreto 2211 de 2004, a los cuales no se hará referencia por ser posteriores al proceso de liquidación que se controvierte.

⁴⁷ Las leyes 510 de 1999 y 795 de 2003, adicionaron las siguientes causales: h) Adicionado. L. 510/99, art. 20. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de ésta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad; i) Adicionado. L. 510/99, art. 20. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este estatuto; j) Adicionado. L. 510/99, art. 20. Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados. k) Adicionado. L. 795/2003, art. 33. Cuando incumpla la orden de exclusión de activos y pasivos que le sea impartida por la Superintendencia Bancaria, y l) Adicionado. L. 795/2003, art. 33. Cuando se incumpla el programa de desmonte progresivo acordado con la Superintendencia Bancaria. 2. Adicionado. L. 510/99, art. 20. La Superintendencia Bancaria deberá tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando se presente alguno de los siguientes hechos: a) Cuando se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado; Adicionado. L. 795/2003, art. 34. Tratándose de las entidades aseguradoras, se entenderá configurada esta causal por defecto del fondo de garantía. b) Cuando haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general señale el Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 48, literal i).

Este instituto considerado como de salvamento y protección de la confianza pública tiene por objeto establecer si la entidad debe ser liquidada; o si es posible sanearla financiera y administrativamente en forma tal que pueda realizar sin inconvenientes o disfunciones su objeto social, o determinar si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas obtengan el pago total o parcial de sus acreencias.

Es decir, como atrás se enunció, esta medida cautelar de asunción por parte del Estado de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada puede ser adoptada de dos maneras:

a) Toma de posesión para administrar, con el objeto de colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social de acuerdo con las disposiciones legales, para lo cual conservará la medida hasta cuando se subsanen las causas que hayan dado lugar a su adopción. Esta modalidad conlleva, de suyo, la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida y del revisor fiscal y otros efectos de protección patrimonial, como la improcedencia del registro de la cancelación de gravamen constituido a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación esté sujeta a registro y de la inscripción de algún acto que afecte el dominio de los bienes de su propiedad so pena de ineficacia.

b) Toma de posesión para liquidar, cuyo objeto es terminar la existencia legal de la sociedad intervenida, lo cual implica varios efectos legales, a saber: i) la disolución de la institución de la que se toma posesión; ii) la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida y del revisor fiscal; iii) la inmediata exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas; iv) la formación de la masa de bienes; v) la cancelación de los embargos decretados con anterioridad que afecten bienes de la intervenida; vi.) la terminación de toda clase de procesos de ejecución que cursen contra la intervenida para su acumulación dentro del proceso, cuyos títulos ejecutivos se harán valer en el proceso liquidatorio; vii) la imposibilidad de iniciar procesos ejecutivos contra la entidad en liquidación, por obligaciones contraídas con anterioridad a la toma de posesión; viii) la improcedencia del registro de la cancelación del gravamen

constituido a favor de la intervenida sobre cualquier bien, así como de la inscripción de actos que afecten el dominio de los bienes de propiedad de la intervenida, so pena de ineficacia; ix) la terminación automática al vencimiento del plazo de dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de los contratos de seguros vigentes, celebrados por una entidad aseguradora respecto de la cual se disponga su liquidación; x) la suspensión en el pago de las obligaciones causadas, cuando sea del caso; xi) la interrupción de la prescripción o caducidad respecto de las obligaciones a cargo de la intervenida; xii) la protección legal de los derechos de los trabajadores.

En otros términos, en la toma de posesión para administrar se despoja a la entidad intervenida de los negocios, bienes y haberes, para asumir la guarda y gestión de los mismos, desplazando a los órganos de administración, a fin de salvaguardar los intereses de terceros que eventual o efectivamente resulten perjudicados por la falta de idoneidad técnica o moral por la que atraviesa en un momento determinado la entidad intervenida, y para adoptar las medidas tendientes a asegurar la continuidad de manera adecuada de la empresa; al paso que en la toma de posesión para liquidar, se asume la guarda y administración de la masa de bienes de la intervenida, para los exclusivos efectos de adelantar el trámite de liquidación y terminación de la existencia legal de la misma.

De otra parte, la medida de toma de posesión para liquidar estará vigente hasta cuando se declare terminada la existencia legal de la entidad financiera, salvo que, una vez cancelados todos los pasivos para con el público, constituido las provisiones requeridas y cubierto los gastos de la liquidación, subsistan activos, caso en el cual se convocará una asamblea de accionistas que podrá nombrar un liquidador a quien se le entregará la sociedad en el estado en que se encuentre para que continúe con la liquidación.⁴⁸

En consecuencia, la liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada, que deviene como consecuencia de la toma de posesión que realiza la Superintendencia Financiera, es un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores, sin perjuicio de las

⁴⁸ Así lo preveía el numeral 1 del artículo 116 y numeral 17 del artículo 30 del Decreto 663 de 1993, EOSF, ahora contemplado en términos similares por el artículo 57 del Decreto 2211 de 2004.

disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos (artículo 293 del Decreto 663 de 1993).⁴⁹

Por ende, la sociedad intervenida que entra en proceso de liquidación no puede continuar desarrollando las actividades propias de su objeto social, ni sus órganos de administración acometer o desempeñar sus funciones las cuales se trasladan al liquidador, con el único fin de que éste mediante el proceso fijado en el orden jurídico realice el patrimonio social para satisfacer los créditos de los acreedores.

2.2.2. Principios, reglas y etapas legales de la liquidación forzosa administrativa.

Para adelantar la toma de posesión con fines liquidatorios y la consecuente liquidación forzosa administrativa, existe un cuerpo normativo especial que regula en forma integral el procedimiento a seguir (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF)⁵⁰, y que establece los principios y reglas que los rigen, los cuales se pueden resumir así:

- i.) Sólo puede adoptarse por las causales previstas en la ley.
- ii.) Tiene por objeto la protección del sistema financiero y de los depositantes y ahorradores con el fin de que puedan obtener el pago de sus acreencias con cargo a los activos de la entidad y, si es del caso, al seguro de depósito.
- iii.) Las decisiones que se adopten deben tener en cuenta la posibilidad real de subsanar las causas que dieron lugar a la toma de posesión y la necesidad de

⁴⁹ “...Una vez se decreta la intervención liquidatoria la entidad correspondiente subsiste para los únicos efectos de llevar adelante el proceso de liquidación de su patrimonio, de acuerdo con las normas de orden público que se fundan en la necesidad de preservar los derechos de los distintos titulares de créditos, según la naturaleza de los mismos, en lo que constituye un verdadero concurso de acreedores. Por lo tanto, la empresa financiera deja de operar: se habla entonces de la intervención con cierre de puertas...”. (Cfr. Martínez Neira, Néstor Humberto, “Sistemas Financieros”, Biblioteca Felabán, 1994, pág. 465).

⁵⁰ Al respecto ha dicho la Corte Constitucional que, “...Sin duda alguna, se trata de una modalidad fluida de control y de resolución de situaciones críticas de contenido económico de especial atención para el Derecho Público, y de extrema gravedad, que no pueden dejarse bajo el régimen ordinario de los concursos entre comerciantes, pues, naturalmente, su régimen es y debe corresponder a un estatuto legal especial...“(...) Se trata, por esta vía extrema, de solucionar con carácter definitivo los vínculos económicos resultantes entre los activos de una entidad que capta recursos provenientes del ahorro público o privado y los acreedores de la misma, siempre que las actividades de la primera queden comprendidas en las específicas hipótesis que dan lugar a la toma de posesión, con fines de liquidación, previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; con ello se quiere desatar una situación de crisis, que obliga a tomar posesión de la entidad y a desplazar a sus administradores e inclusive a los propietarios de la misma, para impedir los efectos masivos y generalizables de la situación anormal.” Sentencia C-248 de 26 de mayo de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

evitar situaciones que pongan en juego la estabilidad del sector financiero y de la economía en general; la decisión es de cumplimiento inmediato;

iv.) Corresponde al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designar al agente especial (con posterioridad a la Ley 45 de 1990 pues antes lo hacía la Superintendencia Bancaria) quien ejercerá funciones públicas transitorias y desarrollará las actividades que le sean confiadas bajo su inmediata responsabilidad (a partir de la Ley 30 de 1993), y podrá contar con una junta asesora con representación de los acreedores. Los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas son adelantados por los liquidadores y se rigen en primer término por sus disposiciones especiales, y en las cuestiones procesales no previstas en tales normas que correspondan a actuaciones orientadas a la expedición de actos administrativos se aplican las disposiciones de la parte primera del Código Contencioso Administrativo y los principios de los procedimientos administrativos (art. 293 num. 2o. del Decreto 663 de 1993).

vii.) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras debe realizar el seguimiento de la actividad del agente especial liquidador, sin perjuicio de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la entidad objeto de administración, mientras no se decida su liquidación.

viii.) Se deben propiciar mecanismos de solución en la liquidación que permitan la participación del sector privado.

ix). Las medidas que se adopten pueden incluir, entre otras, la reducción de capital, la emisión y colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, la cesión de activos o pasivos, las fusiones o escisiones, el pago de créditos por medio de la entrega de derechos fiduciarios en fideicomisos en los cuales se encuentren los activos de la entidad, el pago anticipado de los títulos, la creación de mecanismos temporales de administración con o sin personería jurídica con el objeto de procurar la optimización de la gestión de los activos para responder a los pasivos, y la cancelación de gravámenes sobre bienes de la entidad, sin perjuicio del privilegio del acreedor sobre el valor correspondiente.

ix). La liquidación de los activos de la entidad, cuando sea del caso, se debe realizar a través de mecanismos de mercado y en condiciones que permitan obtener el valor en el mismo de dichos activos.

x.) Puede suspenderse el proceso cuando las circunstancias así lo justifiquen.

xi.) Se deben realizar las actividades destinadas a culminar la liquidación, cuando existan activos que no han podido ser enajenados o situaciones jurídicas que no hayan podido ser definidas, que podrán incluir, entre otras, la adjudicación de los activos remanentes a los acreedores como pago de sus créditos o a los accionistas, si es del caso, o la entrega de dichos activos a una determinada entidad en la cual aquellos y éstos, si es del caso, convengan.

xii.) La toma de posesión y en general los procesos concursales no impiden cumplir las operaciones realizadas por la entidad o por cuenta de ella en el mercado de valores, cuando ello sea conveniente para la misma.

xiii.) De las reclamaciones que se presenten oportunamente se debe dar traslado a los interesados y sobre ellas deberá decidir el agente especial por acto administrativo que se notifica por edicto.

xiv.) Se deben aplicar los mecanismos para compensar con cargo a los activos de la entidad la pérdida de poder adquisitivo o los perjuicios por razón de la pérdida de rendimiento que puedan sufrir los depositantes, ahorradores o inversionistas por la falta de pago oportuno (pago por desvalorización monetaria previsto a partir del Decreto 1730 de 1991).

xvi.) Durante todo el proceso, incluyendo la administración de la entidad o su liquidación, podrán celebrarse acuerdos entre los acreedores y la entidad intervenida, aprobados por el voto favorable del 51% de las acreencias y como mínimo de la mitad más uno de los acreedores, incluyendo en este cómputo el valor de los depósitos en que el fondo se haya subrogado. En los demás aspectos dichos acuerdos se sujetarán en lo pertinente a las normas del régimen concordatario.

xvii.) Las medidas que se adopten deben tener en cuenta la necesidad de proteger los activos de la entidad y evitar su pérdida de valor.

De otra parte, en el marco normativo citado⁵¹, el proceso de liquidación forzosa administrativa se desarrolla de acuerdo con las siguientes etapas y actividades:

a) Realización de actos previos, relacionados con los conceptos (junta asesora de la Superintendencia) y aprobaciones (Ministro de Hacienda y Crédito Público) anteriores o simultáneos a la adopción de la medida⁵²; b) expedición del acto administrativo que ordena la toma de posesión y la liquidación; c) ejecución y notificación del acto que ordena la medida; d) emplazamiento a los acreedores de la entidad en liquidación (avisos); e) presentación y traslado de reclamaciones; f) calificación y graduación de las reclamaciones presentadas oportunamente, esto es orden de restitución y prelación de créditos para pago siguiendo las reglas previstas en la ley; g) recursos contra la resolución de calificación y graduación de reclamaciones, en el caso de que se interpongan; h) pago de seguros de depósitos; i) inventarios, esto es, valoración de activos de la entidad intervenida, que incluye los trámites de notificación del acto que acepta la valoración del inventario y la decisión; j) enajenación de activos de la entidad en liquidación; k) restitución de sumas y bienes excluidos de la masa de liquidación; l) provisión para restitución de sumas excluidas de la masa de la liquidación; m) pago de los créditos a cargo de la masa de la liquidación; n) provisión para el pago de créditos a cargo de la masa de liquidación; ñ) pago del pasivo cierto no reclamado; o) pago de desvalorización monetaria (si existiere remanente para cubrirlo); p) medidas ante activos no entregados o situaciones indefinidas; q) convocatoria de la asamblea de accionistas de la entidad en liquidación (en caso de que subsistan activos se podría nombrar liquidador para continuar con el proceso); y r) terminación de la existencia legal de la sociedad, expedición del acto, inscripción en el registro mercantil y publicación.

Finalmente, la Ley 510 de 1999 (arts. 23 y 25), modificó ciertos aspectos de las etapas del proceso liquidatorio y estableció entre otras medidas de singular importancia para culminar el proceso, las siguientes:

⁵¹ El Artículo 300 del EOSF establecía de manera detallada las etapas del proceso liquidatorio, sin embargo, fue modificado integralmente por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999 y el procedimiento y etapas desarrollado en el Decreto 2418 de 1999, en especial, en su artículo 5.

⁵² A partir de la Ley 510 de 1990, para que la Superintendencia Financiera pueda ordenar la iniciación del proceso de liquidación forzosa administrativa, requiere el concepto previo del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

i) La entrega al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con destino a la reserva correspondiente, de las sumas que correspondan a pasivos no reclamados oportunamente por los acreedores o los accionistas durante el proceso de liquidación, según sea el caso; ii) La reapertura de la liquidación cuando con posterioridad a la declaración de terminación de la existencia legal de una persona jurídica se tenga conocimiento de la existencia de bienes o derechos de propiedad de tal entidad, o de situaciones jurídicas no definidas, con el exclusivo fin de liquidar dichos activos o definir tales situaciones jurídicas; iii) La fijación de un plazo máximo de cuatro (4) años para adelantar el proceso de liquidación forzosa administrativa, sin perjuicio de que el gobierno lo pueda prorrogar por un término mayor, en razón del tamaño de la entidad y las condiciones de la liquidación (art. 23 *ejusdem*).⁵³

2.2.3. El tránsito de legislación.

En el entendido de que la toma de posesión y liquidación forzosa administrativa que se discute en este proceso, según la demanda, se desarrolló entre el 29 de octubre de 1986 (expedición de la Resolución No. 5759, que adopta la medida) y el 31 de enero de 2000 (expedición de la Resolución No. 001 que termina la existencia de la sociedad), es menester concluir que se surtió bajo el imperio de las normas jurídicas a que se hizo alusión, es decir:

a) En un primer momento al adoptarse la medida de toma de posesión de la sociedad e iniciar su liquidación, se encontraban vigentes la Ley 45 de 1923 y el Decreto 2217 de 1982, modificado por el Decreto 1215 de 1984, cuya competencia para la adopción de la medida y para adelantar el proceso se radicó en la Superintendencia Bancaria;

b) Luego, con la expedición de la Ley 45 de 1990, la liquidación pasó a ser competencia del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y con el Decreto 1730 de 4 de julio de 1991, se cambió el procedimiento para adelantarlo;

⁵³ Esta misma filosofía normativa se utilizó por la Ley 1105 de 13 de diciembre de 2006, que en su artículo 21 modificó el Decreto Ley 254 de 2000 -aplicable a las entidades públicas de la Rama Ejecutiva-, en el sentido de fijar un plazo máximo e improrrogable de dos años, contados a partir de la vigencia de la citada ley, para que las entidades públicas que se encontraban en proceso de liquidación, sin un plazo establecido al momento de regir el citado decreto, culminaran dicho proceso.

c) Posteriormente la Ley 35 de 1993, reglamentada por el Decreto 655 de 1 de abril de 1993, asignó a los liquidadores esa competencia y responsabilidad para conocer de los procesos de liquidación, parámetros que junto con los de la normativa precedente fueron compilados en el Decreto - ley 663 de 2 de abril de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF-; y,

d) Finalmente, con la Ley 510 de 1999, que modificó el EOSF, reglamentada por el Decreto No. 2418 de 1999, se habría culminado dicho proceso.

Estas normas por revestir carácter procesal y ser de orden público, en el tránsito de vigencia de unas a otras, se aplicaron con efecto general e inmediato a los procesos liquidatorios en curso, durante el tiempo en que ellas rigieron, de acuerdo con el régimen expreso de transición que se contempló en las mismas o por aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, debiéndose anotar, por tanto, que bajo la normativa que rigió con anterioridad a la Ley 510 de 1999 no existía un plazo máximo para adelantar el proceso, el cual sólo vino a fijarse en el artículo 23 de la citada ley (cuatro años prorrogable por un término mayor por el Gobierno), no siendo tampoco, por lo demás, aplicable al proceso de liquidación del *sub lite* el término de dos años previsto en la Ley 1105 de 13 de diciembre de 2006 (art. 21), por regular exclusivamente el proceso de liquidación de las entidades públicas de la Rama Ejecutiva y ser posterior a su finalización.

2.3. El cumplimiento de las etapas legales y otras circunstancias del proceso de liquidación forzosa administrativa de la Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas, Monssa, Continental.

Vista la noción, fines y características que el orden jurídico aplicable le otorga al proceso de liquidación forzosa administrativa, corresponde indagar cómo se ejecutó en el *sub lite* y si se cumplió esta regulación, es decir, verificar lo demostrado en relación con lo sucedido en dicho proceso para determinar si existió o no una falla del servicio imputable a las entidades demandadas.

Para la Sala se encuentra acreditado en el proceso que se adoptó la medida de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la UNIÓN FINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL PROFINANZAS, MONSSA, CONTINENTAL, así como también que esta sociedad fue objeto de un proceso de

liquidación forzosa administrativa que cumplió todos los pasos establecidos en las normas jurídicas aplicables para esta clase de procesos concursales.

La adopción de la medida y el proceso de liquidación, así como otras circunstancias que se dieron durante el mismo, se encuentran establecidos con las pruebas documentales (copias auténticas) que obran en el expediente allegadas con la demanda o por solicitud del tribunal *a quo* y que dan cuenta de cada una de las etapas y actividades que se surtieron, así:

2.3.1. En cuanto a los actos previos, la adopción de la medida y su ejecución, se observa que la liquidación forzosa administrativa se inició con la expedición de la Resolución No 5758 de 29 de octubre de 1986 (documento público en copia auténtica a fls. 192 a 196 del cd. Anexo 1), por medio de la cual el Superintendente Bancario en ejercicio de sus facultades legales, oído los días 10 y 27 de octubre de 1986 el Consejo Asesor a que se refiere el artículo 36 del Decreto 1939 de 1986, y en conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1970 de 1979, el artículo 48 de la Ley 25 de 1923 y el literal q) del artículo 3 del Decreto 1939 de 1986, ordenó la toma de posesión con fines de liquidación de los negocios, bienes y haberes de la sociedad Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas Monssa, Continental, y nombró para tales efectos el agente especial del Superintendente (art. 4 Decreto 2217 de 1982).

La copia del acto administrativo aportado al expediente, el cual aparece aprobado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, hace constar: i.) Que la citada sociedad incurrió en la causal del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 45 de 1923 relativa a la suspensión de pago de sus obligaciones a sus ahorradores (sede Bucaramanga) y a establecimientos bancarios (Banco Tequendama y Banco Ganadero); ii.) Que, también, la citada sociedad se encontraba incurso en la causal del numeral 7 *ibídem* concerniente a la reducción de su patrimonio neto por debajo del 50%, dado que sus estados financieros mostraban una pérdida acumulada a esa fecha de \$235.5 millones que lo redujo al 18.6% de su capital suscrito y pagado. iii) Que la toma de posesión tuvo “...como objeto la liquidación de los bienes, negocios y haberes...” de la sociedad, en los términos establecidos en la Ley 45 de 1923 y en los Decretos 2217 de 1982, 1215 de 1984 y 1939 de 1989.

Este acto de toma de posesión fue notificado personalmente a la intervenida el mismo día de su expedición, 29 de octubre de 1986 (fl. 192 reverso anexo 1), y comunicado a la ciudadanía en general, mediante dos avisos en diarios de amplia circulación el 30 de octubre de 1986 (fls. 312 y 313 cd.1).

Adicionalmente, esta resolución junto con la del nombramiento del agente especial (resolución 5759 de 29 de octubre de 1986), fueron protocolizadas mediante Escritura Pública de 3 de diciembre de 1986, en la Notaría Décima de Bogotá (documento en copia auténtica a fls. 332 a 338 c.1).

2.3.2. En lo que respecta a la valoración de los activos, por Escritura Pública No. 2854 de 15 de diciembre de 1986 de la Notaría 30 de Bogotá -y previa prórroga realizada por el Superintendente mediante Resolución No. 6055 de 21 de noviembre de 1986 (fl. 64 c. 1, informe de rendición de cuentas)-, se protocolizó la elaboración de los inventarios de la entidad intervenida (copia auténtica a fls. 330 y 331 c. 1).

2.3.3. Los días 4, 12, 20 y 28 de noviembre de 1986, mediante avisos publicados en diarios de amplia circulación nacional (fls. 314 a 316 cd. 1), se realizaron los emplazamientos para que las personas que se consideraran con derecho formularan las reclamaciones a la entidad intervenida, hasta el 29 de diciembre de 1986, término fijado por el Superintendente Bancario (art. 8 del Decreto 2217 de 1982, modificado por el art. 3 del Decreto 1215 de 1984).

2.3.4. A través de la Resolución No. 0731 de 4 de marzo de 1987, el Superintendente Bancario, en desarrollo de los artículos 51 de la Ley 45 de 1923, 4 del Decreto 2216 y 2217 de 1987 y 2 del Decreto 1215 de 1984, nombró auditor externo de la liquidación (fls. 236 a 237, c.1).

2.3.5. En cuanto a la presentación y traslado de reclamaciones (arts. 11 y 12 del Decreto 2217 de 1982), el 10 de febrero de 1987, por medio de Resolución 0435 (visible a fls. 310 y 311 cd. 1), se prorrogó por treinta días más el término para expedir el acto administrativo de aceptación o rechazo de las reclamaciones.

Dentro de dicho término, se expidió la Resolución No. 0658 de 26 de febrero de 1987, en la que se aceptaron y rechazaron las reclamaciones presentadas oportunamente (obra a fls. 251 a 309 cd. 1), la cual fue notificada por edicto fijado

entre el 9 y 20 de marzo de 1987 y comunicada a la opinión pública mediante 2 avisos en diarios los días 1 y 24 de marzo del mismo año (fls. 317 a 319 cd. 1). Contra esta resolución se presentaron 26 recursos de reposición, los cuales fueron resueltos mediante la Resolución No. 2442 de 18 de junio de 1987 (cd. 240 a 250 cd. 1), notificada por edicto entre el 1 y 14 de julio de 1987 (fls. 238 a 239 cd. 1).

El 8 de septiembre de 1987 se protocolizaron mediante la escritura pública No. 2123 de la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, las resoluciones Nos. 0435, 0658 y 2442 de 1987 (informe del liquidador a folio 80 c.1).

2.3.6. Para la calificación y graduación de las reclamaciones presentadas oportunamente (arts. 13 inciso 4. modificado por el art. 5 del Decreto 1215 de 1984), el Superintendente Bancario por medio de Resolución No. 3315 de 29 de julio de 1987 (copia que obra a fls. 234 y 235, c.1), en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 9 del Decreto 1215 de 1984, prorrogó por quince (15) días más el término establecido para tal efecto.

Dentro del plazo anterior, el 21 de agosto de 1987, se expidió la Resolución No. 3580 en la que determinó la prelación de pagos (cuya copia reposa a fls. 177 a 233 c.1). Contra esta resolución, se interpusieron varios recursos de reposición, tres de los cuales fueron resueltos por medio de la Resolución No. 5453 de 18 de diciembre de 1987 (fls. 160 a 172 c.1). Y el 11 de abril de 1990, mediante la Resolución 1283, se resolvió un recurso de reposición interpuesto por la Administración de Impuestos Nacionales (DIAN) contra las resoluciones Nos. 0658 y 3580 ya referidas (informes del liquidador a fls. 68 y 285 cd.2).

2.3.7. El 21 de agosto de 1987, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 9 del Decreto 2217 de 1982, mediante la Resolución No. 3581, el Superintendente Bancario también determinó los bienes que no hacían parte de la masa de liquidación y estableció el orden de devolución de los mismos (fls. 173 a 176, c.1).

2.3.8. En cuanto a la enajenación de activos de la entidad en liquidación⁵⁴, se observa que las rendiciones de cuentas de los diferentes liquidadores informan de esta gestión (por el período de 29 de octubre de 1986 a 30 de agosto de 1989, fls.

⁵⁴ Una vez en firme dicho inventario elaborado, el liquidador podía comenzar su realización con base en el precio de los mismos (art. 19 del Decreto 2217 de 1982 modificado por el artículo 8 del Decreto 1215 de 1984).

108 a 115 cd.1; por el período de 1 de septiembre de 1989 a 31 de julio de 1990, fl. 54 cd.2; por el periodo de 23 de agosto de 1990 a 31 de mayo de 1991 y así en los sucesivos que obran en los cds. 1 y 2).

Sobre las políticas adoptadas en esta materia, el liquidador informó a los accionistas que en términos generales la venta de los activos se hacía en la medida de que las condiciones fueren favorables para ello y bajo la premisa de la existencia de avalúos previos, oferta pública y mejor postor, según consta en oficio No. LFG-758 de 9 de septiembre de 1992 (documento en original aportado con la demanda visible a folios 154 y 155 del cd. ppal).

2.3.9. En relación con la cancelación de los créditos a cargo de la masa de la liquidación, se observa que el 1º de junio de 1988, se realizó el primer pago a los ahorradores a quienes el Fondo de Garantías no compró sus créditos y también se hizo el primer abono a los créditos adquiridos por dicho Fondo; y el 1 de junio de 1988, el 19 de septiembre de 1988, el 22 de diciembre de 1988, el 16 de febrero de 1989 y el 10 de agosto de 1989, respectivamente, se hicieron el segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto abono a los créditos adquiridos por el Fondo de Garantías. Así lo señalaron los dos primeros agentes del Superintendente para la liquidación de la entidad intervenida, en sus informes de rendición de cuentas con cortes a 30 de agosto de 1989 y a 17 de diciembre de 1990 (visibles a fls.79 y 80 c.1 y fls. 66, 67 y 68 cd. 2):

“(...)JUNIO DE 1988	1	Primer pago a los ahorradores a quienes el Fondo de Garantías no compró acreencias.	Con motivo de la renuncia por parte del Fondo de Garantías a su derecho de preferencia en iguales condiciones que estos ahorradores se realizó el pago el 100% de sus acreencias.
“JUNIO 1988	DE	Primer abono a las acreencias adquiridas por el Fondo de Garantías.	Se pagaron \$1.107.181.657,17 del monto total de acreencias adquiridas por el Fondo de Garantías (\$1.463.775.495,17)
“SEPTIEMBRE 19 DE 1988		Segundo abono a las acreencias adquiridas por el Fondo de Garantías.	Se dieron en pago 1.746,442 acciones del Banco Anglo Colombiano por \$127,490.266. El saldo son \$229.490.266,00 por

			acreencias adquiridas a los ahorradores.
“DICIEMBRE 22 DE 1988		Tercer abono a las acreencias adquiridas por el Fondo de Garantías.	Se dieron en pago títulos de inversión por valor de \$134.120.105 y cartera corriente por valor de \$126.018.581, para pagar un total de \$260.138.686. Queda un saldo de \$6.337.803 por acreencias adquiridas a los ahorradores que reclamaron en forma extemporánea.
“FEBRERO 16 DE 1989		Cuarto abono a las acreencias adquiridas por el Fondo de Garantías.	Se verificó la liquidación de cartera corriente por parte del Fondo, registrándose un cambio el cual originó un mayor valor pagado de \$39.520. (...)
“AGOSTO 10 DE 1989		Quinto abono a las acreencias adquiridas por el Fondo de Garantías.	Se efectuó dicho abono por \$455.750.
“AGOSTO 10 DE 1989		Sexto abono a las acreencias adquiridas por el Fondo de Garantías.	Se efectuó dicho abono por \$5.236. (...)”

2.3.10. Mediante auto de 11 de mayo de 1990, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, se decretó la suspensión provisional de las Resoluciones 3580 y 3581 de 21 de agosto de 1987, solicitada en demanda de nulidad formulada por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras contra las mismas, por considerar que no se había dado cumplimiento al artículo 18 de la Ley 117 de 1985, que excluye el pago de las acreencias del Fondo de la masa de liquidación (demanda visible a fls. 151 a 159, c.1 y providencia que reposa a fls. 567 a 571 cd. ppal.).

En virtud del auto de 11 de mayo de 1990, el proceso de pagos fue suspendido. El Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, así lo corroboró mediante Oficio 1159 de 5 de julio de 1991 (original aportado en la demanda que obra a fls. 147 a 148 cd. ppal), en el que manifestó que no adelantaría actuación o tomaría decisión al respecto hasta tanto se produjera un fallo por parte del Consejo de Estado. Esta situación fue confirmada por el Fondo de Garantías de

Instituciones Financieras –FOGAFIN- quien por conducto de la Secretaria General en comunicación de 24 de abril de 2003 DJU-03069 al dar respuesta a los Oficios SC-03-154 y SC 03 – 157 señaló que “...*el desarrollo de las etapas del proceso de liquidación se suspendió por la medida de suspensión provisional decretada por el Consejo de Estado mediante auto del 11 de mayo de 1990...*” (fls.483 a 484 cd. ppal).

Posteriormente, por providencia de 19 de febrero de 1993 (copia hábil allegada al expediente visible a fls. 572 a 574 cd. ppal.), el Consejo de Estado declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso iniciado ante esta Corporación por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras contra las decisiones de la Superintendencia Bancaria, porque consideró que de acuerdo con la cuantía debía ser un juicio de dos instancias.

Como consecuencia de lo anterior, según da cuenta el informe del liquidador por el período de 17 de junio de 1991 a 31 de diciembre de 1993 (fls. 334 y ss. cd.2), a partir del 26 de marzo de 1993, se reanudaron los pagos para atender las acreencias de la primera clase y, en virtud de esta nueva etapa, durante los meses de mayo y junio de 1993, se hicieron pagos del pasivo reclamado y no cobrado por valor por de \$34.174.973, a la Administración de Impuestos Nacionales por la suma de \$324.857.861 y a la Tesorería Distrital por \$2.489.107; también, el 26 de mayo de ese año, se suscribieron contratos de transacción con los acreedores reconocidos como de tercera clase – prendarios, cancelándose la suma de \$11.668.098; y después se atendió a los reclamantes del quinto orden, que eran los únicos que faltaban en la prelación de pagos y para los cuales se puso a disposición la suma de \$43.754.743, cancelándose el 99.67% de este total.

2.3.11. Concluido el plazo de la anterior etapa de pagos, el 31 de julio de 1993, mediante aviso publicado en un diario de circulación nacional (copia a fl. 321 del c. 1), se informó la realización de la provisión para el pago de créditos a cargo de la masa de liquidación, cuyos titulares no se habían presentado para recibir en los plazos fijados (artículo 300 numeral 13 del Decreto 663 de 1993. EOSF), y se señaló que las sumas no cobradas se encontraban a disposición por el término de tres meses, vencido el cual los remanentes se destinarían al pago del pasivo cierto no reclamado o para atender procesos en curso; así lo muestra el informe del liquidador por el período de 17 de junio de 1991 a 31 de diciembre de 1993 (fl. 334 cd.2).

2.3.12. El 18 de agosto de 1993, por medio de la Resolución No. 1 (de acuerdo con los considerandos del acto visible a fls. 59 a 60. c.3), el Liquidador de la Sociedad Intervenida determinó el pasivo cierto no reclamado (artículo 300 numeral 14 del Decreto 663 de 1993, EOSF). La medida fue informada mediante avisos publicados en un diario de amplia circulación el 19 de agosto y 6 de diciembre de 1993, para lo cual se fijó un plazo hasta el 8 de enero de 1994 para el pago de las acreencias (fls. 322 y 323 c.1).

Los pagos por este concepto se cancelaron, de acuerdo con lo manifestado en el informe presentado por el liquidador por el período comprendido entre el 1 de enero y 31 de marzo de 1994 (fls. 298 cd.2), *“...en el 48% del monto total reconocido, el remanente de \$14.421.114.61 del Pasivo Cierto No Reclamado se destinó al Seguro de Depósito, conforme a lo establecido en el Artículo 300 del numeral 14 del Decreto 663 de 1993, suma que se entregó al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras el pasado 8 de Febrero de 1994...”*

2.3.13. En el año de 1994 *“...[s]e decretó la etapa para atender a los tenedores de Bonos convertibles en acciones, de Unión Financiera S.A., reconocidos y prelaciónados en la Resolución No. 3580. En esta oportunidad se canceló la suma de \$2.975.140.00 para un total del 100% de los valores adeudados.”*, conforme lo registra el informe del liquidador por el período comprendido entre el 1 de enero y 31 de marzo de 1994 (fls. 298 cd.2).

Para el 7 de marzo de 1994, en virtud de certificación expedida por el Contralor de la Sociedad en liquidación con fecha 16 de los mismos mes y año (documento original aportado con la demanda que reposa a fl. 17 del cd. ppal.), de acuerdo con los libros y registros de la entidad en liquidación figuraban cuatro (4) acreedores de la compañía por un valor de \$11.188.563, sin incluir, se advierte, el pasivo por desvalorización monetaria ordenada por el Decreto 663 de 1993 por estar aún en liquidación.

2.3.14. El 28 de agosto de 1995, el Liquidador de la Sociedad expidió la Resolución No. 01 (a fls. 59 a 62 cd. 3), mediante la cual reconoció y decretó el pago de la desvalorización monetaria a favor de las acreencias presentadas y aceptadas a cargo de la no masa de liquidación conforme al cálculo y de acuerdo con las disponibilidades de hasta \$322.753.180,52 prorrateados entre los acreedores

(Decreto 1730 de 1991, artículo 1.8.2.3.5, letra s., subrogado por el artículo 300 numeral 15 artículo 300 numeral 15 del Decreto 663 de 1993).

Muestra el informe de cuentas del liquidador por el período de 1 de enero a 31 de diciembre de 1998, en el cual se consolidan actividades de años anteriores, que el 22 de noviembre de 1996 profirió la Resolución No 02 (fls. 382 a 383 cd. 1 en concordancia con lo señalado en los considerandos de las resoluciones 006 y 007 de 1997, las cuales aparecen a fls. 456 a 459 y 451 a 454, respectivamente, c.1), en la que reconoció y ordenó el pago de la desvalorización monetaria a favor de las acreencias de la masa de la liquidación por valor de \$650.000.000, equivalente al 18.70% sobre la totalidad de las desvalorización monetaria reconocida contablemente [\$3.473.834.333, según el informe del contralor a 29 de marzo de 1997 visible a fls. 11 y 12 cd.3], para lo cual dio un plazo de dos meses, los cuales transcurrieron entre el 8 de julio y el 8 de septiembre de 1997, período durante el cual se resolvieron unas reposiciones y una acción de tutela – que resultó favorable- contra la mencionada resolución.

Con posterioridad, mediante la Resolución No. 06 de 5 de septiembre de 1997, se amplió el plazo anterior en dos meses más, pues sólo se había alcanzado a atender el 5% de los acreedores (fls. 456 a 459, c.1). En el transcurso de ese plazo, mediante la Resolución No. 007 de 21 de noviembre de 1997, la Liquidadora de la sociedad intervenida, invocando la protección del interés social de los acreedores, como principio rector del proceso de liquidación forzosa administrativa, resolvió suspender los pagos del primer reconocimiento de desvalorización monetaria sobre las acreencias a cargo de la masa de la liquidación, por cuanto únicamente el 21% de los acreedores habían recibido a esa fecha el pago (fls. 451 a 454 c.1).

Por último, mediante las resoluciones No. 01 de 27 de febrero de 1998 y No. 02 de 8 de abril de 1998, se continuó con el pago de la desvalorización monetaria (informe del liquidador a 31 de diciembre de 1998 a fls. 382 a 383 cd. 1).

2.3.15. Respecto a las medidas ante activos no entregados o situaciones indefinidas (Decreto 2418 de 30 de noviembre de 1999 art. 5 numeral 22, 20, 22 y Ley 510 de 1999), el liquidador suscribió un contrato de depósito con Alpopular Almacén General de Depósito, para la conservación y guarda de los archivos de la entidad por el término de cinco años y su posterior destrucción; y un contrato de

mandato con representación con el Fondo de Garantía de Instituciones Financieras para que esta continuara con la atención de los procesos en que fuera parte hasta su culminación, una vez terminada la existencia legal de la sociedad en liquidación (considerandos del acto a folios 487 a 488 cd. ppal).

2.3.16. Finalmente, se profirió por parte de la liquidadora la Resolución No. 001 de 31 de enero de 2000, por la cual se declaró la terminación de la existencia legal de la Sociedad Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas Monssa Continental – En liquidación (numeral 5 del artículo 22 del Decreto 2418 de 1999), teniendo en cuenta que: i) se habían agotado todos sus activos sin que subsistieran remanentes a distribuir entre sus accionistas; ii) se había producido el cierre contable (a 31 de julio de 1999); iii) se cumplió con el traslado a los acreedores de la sociedad de la rendición final de cuentas y de los estados financieros, por el término de dos meses, vencido el cual sin presentarse objeción ni acción judicial alguna se consideraron aprobados; y iv) se cumplieron los demás requisitos de ley, en particular con el Decreto 2418 de 30 de noviembre de 1999, paz y salvo de la DIAN, protocolización de cuentas en Escritura Pública 0061 de 31 de enero de 2000 de la Notaría 32 de Bogotá, inscripciones en Cámara de Comercio, conservación de archivo, mandato con representación, entre otros- (Copias auténticas del acto a fls. 485 a 486 cd. ppal., así como original del certificado de Cámara de Comercio a folios 84 y 85 del mismo cuaderno).

2.3.17. De manera paralela a las etapas antes descritas del proceso de liquidación, los accionistas de la sociedad intervenida, por conducto de representante o en vez de una comisión integrada por los mismos, se dirigieron a la administración (bien a la Superbancaria, al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y a los agentes especiales para la liquidación) a través de sendas comunicaciones en las cuales realizaron varias solicitudes principalmente con los siguientes propósitos: i) obtener información y documentación sobre el proceso de liquidación; ii) convocar una asamblea de accionistas para restablecer la sociedad y reanudar el desarrollo de su objeto social, o para que le fuera esta entregada con el fin de continuar los accionistas con su liquidación; iii) terminar prontamente la liquidación por encontrarse dados los presupuestos para ello, en particular por considerar que existían activos líquidos, fácilmente divisibles y suficientes para el

pago de los pasivos de la sociedad, bien a través de los mismos o mediante cesión de dichos activos, así como para constituir los pasivos requeridos.⁵⁵

Por su parte, la administración (Superbancaria, Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y los agentes especiales para la liquidación), si bien en un incipiente comienzo de la liquidación e invocando restricciones de orden legal se abstuvo de remitir cierta información que consideraba de reserva⁵⁶, posteriormente les contestó a los accionistas durante el trámite de la misma así⁵⁷:

- i.) Remitió a los accionistas la información que sin restricciones legales fuera solicitada (balances y explicaciones sobre las actuaciones cumplidas);
- ii.) Manifestó su voluntad de terminar en el menor término posible la liquidación;
- iii.) Informó las restricciones de orden legal, técnico o económico o propias de las etapas legales del proceso que se iban dando o presentado en la liquidación;
- iv.) Señaló reiteradamente que no se presentaba el cumplimiento de las condiciones previstas para dar viabilidad a la solicitud de los accionistas de concluir el proceso liquidatorio, rendir cuentas comprobadas de la gestión adelantada y convocar a la asamblea de socios, tal y como éstos lo pretendían, dado que para ello la ley señalaba que debían encontrarse cancelados todos los pasivos para con el público, constituido las provisiones requeridas y cubierto todos los gastos de la liquidación.

2.4. Análisis de los hechos y conductas injustificadas, dilatorias o irregulares dentro del proceso de liquidación que se imputan a las entidades demandadas.

Con base en el marco teórico esbozado, los fundamentos jurídicos explicados y las situaciones fácticas demostradas que se expusieron en precedencia, la Sala

⁵⁵ Comunicaciones cuyo original fue aportado con la demanda y que de acuerdo con el tipo de solicitud antes expuesto son de fechas: i) Las primeras del 3 de mayo de 1988 –fls.99 a 100-; 21 de octubre de 1998 –fls.102 a 103-; 30 de marzo de 1989 –fls 107 a 108- 16 de mayo de 1989 –fls. 123 a 126- 30 de junio de 1989 – fls. 132 a 136-; 3 de agosto de 1992 - fls. 152 a 153-; 17 de abril de 1995 –fls.177 a 179-; ii) Las segundas de 22 de febrero de 1990 –fls. 136; 4 de octubre de 1990- 10 de mayo de 1991 -143 a 145, 9 de julio de 1993 –fls.167 y 168; 20 de octubre de 1993 -171 y 172-; 6 de marzo de 1995 –fls. 174 a 175-; y iii) Las terceras de 10 de mayo de 1991; 26 de marzo de 1993; 5 de abril de 1993 –fls.159 a 160-, 15 de abril de 1993 –fls. 162 a 163-; 6 de marzo de 1995 fls. 174 a 175-; 17 de abril de 1995 -fls. 177 a 179- (del cuaderno principal).

⁵⁶ De acuerdo con lo expresado con los oficios aportados en original con la demanda que reposan en el cuaderno principal de fechas 28 de septiembre de 1987 -fls. 95 a 96-; 20 de noviembre de 1987.

⁵⁷ Según se desprende de los oficios aportados en original con la demanda que obran el cuaderno principal de fechas 11 de abril de 1989 –fls. 111 a 113; 5 de julio de 1991 –fls.147 a 148-; 26 de mayo de 1992 -149 a 151; 30 de marzo de 1993 -158-; 9 de julio de 1993 –fl.165 a 166-.

procede a estudiar los hechos dañinos o causas que se imputan a las entidades demandadas, en los siguientes términos:

2.4.1. La presunta demora “injustificada” de las demandadas en concluir el proceso de liquidación forzosa administrativa.

La parte demandante concreta su pretensión de responsabilidad en la demanda argumentando que la causa del daño a ellos irrogado fue la demora injustificada por parte de las demandadas para desarrollar el proceso de liquidación, el cual se prolongó por espacio de catorce (14) años, cuando al 31 de diciembre de 1988 o por los menos al 31 de diciembre de 1989, se encontraban reunidas las condiciones para terminar con la liquidación con un patrimonio por distribuir a los accionistas o para entregar la empresa a los mismos con el fin de que éstos continuaran desarrollando su objeto. No comparte la Sala este criterio de los demandantes por lo siguiente:

2.4.1.1. De la prueba de la responsabilidad del Estado por falla del servicio en los procesos de liquidación forzosa administrativa con ocasión del retardo o mora de la administración aplicada al caso concreto.

En el caso de los procesos de liquidación forzosa administrativa de una entidad financiera privada, como el que es materia de estudio, no existía un término legal dentro del cual debía surtirse la totalidad de las etapas del trámite de liquidación. La Ley 45 de 1923, el Decreto 2117 de 1982 y su modificatorio Decreto 1215 de 1986, el Decreto 1730 de 1991 o el Decreto 663 de 1993, no consagran un término específico para tal efecto, y sólo hasta la expedición de la Ley 510 de 1999, en el numeral 2 del artículo 23 se consagró un plazo según el cual este tipo de procesos no pueden prolongarse por más de cuatro (4) años desde su inicio, sin perjuicio de que el Gobierno pueda prorrogarlos por un término mayor en razón del tamaño de la entidad y las condiciones (económicas y jurídicas) de la liquidación, es decir, por la complejidad de los mismos.

Ello no significa que esas liquidaciones fueran indefinidas, toda vez que, como en todo proceso reglado -y este lo es-, el cumplimiento sustancial de los requisitos y condiciones jurídicas, económicas o financieras de una etapa constituyen el presupuesto para continuar con la siguiente, de suerte que el aspecto temporal y finalmente el plazo de las liquidaciones está determinado por la consumación o

agotamiento material de dichas etapas y no por la mera voluntad o capricho de la administración, la cual se encuentra obligada a ejecutarlas e impulsarlas en forma ordenada hasta la culminación del respectivo proceso, bajo los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad que rigen las actuaciones administrativas, según se explicó ya en esta providencia.

Sin embargo, lo cierto es que como consecuencia del anterior tránsito de legislación, respecto de la responsabilidad del Estado por falla del servicio en los procesos de liquidación forzosa administrativa con ocasión del retardo o mora de la administración, es menester distinguir dos hipótesis:

a) Aquellos procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades iniciados de acuerdo con la legislación en la que no se establecía un término o plazo para su culminación o terminación, evento en el cual para que se estructure la responsabilidad por falla del servicio, corresponde al demandante demostrar la demora injustificada de la administración, es decir, el actor tiene la carga de probar no sólo el retardo administrativo sino que éste no tiene justificación;

b) Aquellos procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades iniciados bajo la legislación que estableció o fijó un término de culminación (4 años prorrogables a juicio del Gobierno Nacional, según el art. 23 No. 2 de la Ley 510 de 1999), caso en el cual para que surja la responsabilidad por falla del servicio, incumbe al actor tan sólo probar el vencimiento del plazo sin que la administración haya terminado el respectivo proceso, es decir, el incumplimiento del término para expedir del acto administrativo que lo finalice; y a la administración le corresponderá demostrar la justificación de la mora o que ésta no le es imputable por concurrir un eximente de responsabilidad.

Así pues, la diferencia entre uno y otro evento para estructurar la falla del servicio que compromete la responsabilidad del Estado por mora administrativa, estriba en el régimen jurídico aplicable al proceso de liquidación respecto de si este fijó o no un plazo perentorio para su finalización, lo cual tiene repercusiones en la carga de la prueba, en tanto en el primer evento, es decir, cuando no existía un plazo determinado en la ley, el *onus probandi* de la injustificación de la mora incumbe al actor; y en la segunda, esto es, a partir del establecimiento del término para tal efecto, el *onus probandi* se trasladó al demandado, a quien le corresponderá establecer cuál fue la causa de la tardanza y acreditar si ella se encuentra

justificada, es decir, deberá probar si actuó con la diligencia y cuidado que le eran exigibles en consideración a las específicas y concretas circunstancias de la situación o que existió una causa extraña que propició la misma, dado que al actor sólo le bastará probar el incumplimiento del deber jurídico u obligación de la Administración de resolver dentro del plazo determinado en la ley o reglamento y la relación entre aquél y el daño percibido para configurar o comprometer la responsabilidad de la entidad pública.

El asunto objeto de esta causa corresponde a la primera de las hipótesis, es decir, a aquellos procesos de liquidación forzosa administrativa en los que el régimen jurídico no imponía un término dentro del cual debía surtirse la totalidad de las etapas del trámite de liquidación, de manera que tenía el grupo actor la carga de demostrar no sólo el retardo en el proceso sino que se trató de una dilación injustificada en el tiempo.

Así las cosas, de conformidad con las actuaciones surtidas y agotadas a las cuales se hizo referencia en el acápite anterior, se observa que en el *sub lite* las entidades demandadas cumplieron sus funciones y adelantaron las actividades, trámites y etapas de la liquidación forzosa administrativa, dentro de los parámetros legales que regulaban cada una de ellas. De ahí que, aún cuando está demostrado que el proceso comenzó el 29 de octubre de 1986 –con la expedición de la Resolución 5778- y terminó 14 años después –con la Resolución 01 de 31 de enero de 2000, lo que representa un tiempo considerable, esta sola circunstancia *per se* no es constitutiva de irregularidades o mucho menos es la causa del daño que afirma haber sufrido el grupo accionante, toda vez que para que tenga tal virtualidad se requiere la prueba de la injustificación del período que se tomó la administración para ello y que ésta además resulta ser la causa eficiente de los perjuicios reclamados, tal y como atrás se explicó.

La demora en la adopción de decisiones definitivas no es atribuible al capricho o negligencia de las entidades accionadas, ni menos aún resulta injustificada puesto que el actor no demostró dicha circunstancia y, al contrario, se acreditó que obedeció al cumplimiento de las situaciones fácticas que permitían el desarrollo de las etapas, esto es, a las situaciones señaladas en el capítulo precedente conforme se fueron presentando en el desenvolvimiento del proceso de liquidación, entre las que se destacan la existencia de obligaciones o pasivos a cargo de la intervenida según que estuvieran en la masa o no de la liquidación,

según los recursos de reposición interpuestos contra la resolución que resolvió las reclamaciones de créditos en el proceso; obligaciones a cargo de la intervenida solicitadas en forma extemporánea o que no habían sido solicitadas y cuyo pago debía realizarse, una vez cancelados los créditos graduados y reconocidos; obligaciones pendientes de pago por suscripción de bonos emitidos por la sociedad; el cumplimiento del orden de prelación legal de las acreencias; las disponibilidades de recursos líquidos; la aceptación o no de los acreedores de recibir pago mediante cesión de activos; el pago de pasivos ciertos no reclamados; la constitución legal de ciertas provisiones; la atención de los procesos judiciales terminada la existencia legal de la entidad; las ventas de activos que dependían de la existencia de condiciones favorables para ello; la suspensión de pagos con fundamento en la medida de suspensión provisional proferida en su momento por el Consejo de Estado; el pago del pasivo denominado desvalorización monetaria y el propio tránsito de legislación que trajo consigo modificaciones que debieron aplicarse en el lapso de ejecución de la liquidación.

En este sentido, no es de recibo el criterio del grupo demandante según el cual a 31 de diciembre de 1988 o por los menos al 31 de diciembre de 1989, se encontraban reunidas las condiciones para terminar con la liquidación y ésta haber quedado con un patrimonio de \$155'607.747, de conformidad con el balance de esas fechas, o para entregar la empresa a los accionistas con el objeto de continuar con la misma. Cabe observar que en las fecha citadas no se había concluido el pago de la totalidad de pasivos de la no masa, ni de los créditos reconocidos y graduados, ni de las obligaciones reclamadas en forma extemporánea, razón por la cual no era procedente la terminación de la liquidación, situación que fue explicada por el Superintendente Bancario en la comunicación de 14 de abril de 1989 (visible en original aportado con la demanda a fls. 111 a 113 del cd. principal), cuando dijo:

“...Por otra parte existen obligaciones a cargo de la intervenida que fueron reclamadas en forma extemporánea, o no han sido reclamadas, y cuyo pago debe realizarse una vez se cancelen los créditos reconocidos.

“Así mismo, están pendientes de pago las acreencias por concepto de suscripción de Bonos emitidos por la Unión Financiera S.A.

“Una vez se realice la cancelación total de los créditos privilegiados, correspondientes a los ahorradores de buena fe, proseguirán los pagos de las órdenes subsiguientes de la primera clase y de la segunda clase y quinta clase, conforme la disponibilidad de los recursos líquidos lo

permitan, o se acepte por parte de los acreedores el recibo de los bienes de la intervenida. Veo oportuno señalar que la Administración de impuestos nacionales no acepta daciones en pago, con lo cual se exige una liquidez bastante considerable para atender los créditos fiscales.”

Además, no puede deducirse que en la citada comunicación de 14 de abril de 1989 del Superintendente Bancario, como arguyó la parte demandante durante el proceso, se hubiera comprometido con una fecha para la conclusión de la liquidación, puesto que en ella tan sólo se expresó el propósito y voluntad de acometerla en el “...*menor tiempo posible*...”; en efecto, la citada comunicación es del siguiente tenor:

“Esta Superintendencia está empeñada en agotar el mencionado proceso en el menor tiempo posible y con este objetivo, ha adelantado gestiones conjuntamente con el señor Agente Especial. Ahora bien, los recursos líquidos no han permitido continuar realizando pagos a los acreedores reconocidos. La cesión de bienes o derechos para realizar el pago de créditos, ya fue contemplada dentro de las estrategias para la agilización de la liquidación y, de hecho, dicha fórmula se utilizó para la cancelación de créditos a favor del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.”

Como puede apreciarse, al 31 de diciembre de 1988 o al 31 de diciembre de 1989 no era posible finalizar la liquidación, pues ello hubiera implicado el desconocimiento de los presupuestos jurídicos establecidos para adelantar en forma sucesiva las etapas y actos pendientes del proceso de liquidación (las de los numerales 2.2.10 y ss. del acápite anterior) y la disponibilidad económica de la intervenida que marcaba la pauta para la fijación de los períodos de pagos de las acreencias, en conformidad con la prelación legal a la que se encuentra sometido cualquier proceso de liquidación y dependiendo de si se encontraban o no en la masa de la liquidación o por fuera de ella.

Repárese, también, que con posterioridad a esa fecha el proceso de pagos y el desarrollo de las etapas fueron suspendidas como consecuencia del auto de 11 de mayo de 1990, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que decretó la suspensión provisional de las Resoluciones 3580 y 3581 de 21 de agosto de 1987, reanudándose a partir del 26 de marzo de 1993, por virtud de la providencia de 19 de febrero de ese año en el que la corporación declaró la nulidad del proceso.

Así mismo, tampoco hubiera sido posible culminar el proceso hacia el año de 1993, tal y como lo explicó el liquidador de ese entonces mediante comunicación

LFG de 9 de julio de 1993 (original aportado con la demanda y que obra a fl. 165 cd. principal), en la cual informó que:

“En la actualidad ésta intervenida, adelanta la etapa de pagos de los acreedores de quinta (5ª) Clase de créditos prelaciónados en la Resolución 3580 del 21 de agosto de 1987 (...). Agotado el término fijado para atender a los acreedores quirografarios, se procederá a constituir la provisión de que trata el artículo 300, numeral 13 del Decreto 663 (...) Constituída la provisión para el pago de las acreencias reconocidas y no reclamadas, el liquidador mediante acto administrativo motivado determinará y reconocerá el Pasivo Cierto No Reclamado.”

Año de 1993 en el que -según se vio en acápite anterior-, por medio de la Resolución No. 1 de 18 de agosto de 1993, el liquidador determinó el pasivo cierto no reclamado y procedió a su pago. O aún en el año de 1994, en el que se pagó a los tenedores de los Bonos convertibles en acciones de la Unión Financiera S.A.; o, incluso en el año de 1995 en adelante período en el que se tramitó, reconoció, decretó y pagó la desvalorización monetaria ordenada por el Decreto ley 1730 de 1991 a favor de las acreencias presentadas y aceptadas que sólo alcanzó a \$650.000.000, equivalente al 18.70% sobre la totalidad (\$3.473.834.333), después de haber afrontado la sociedad en liquidación reclamaciones por parte de los acreedores y una acción judicial sobre la materia.

Así las cosas, no podía procederse para los años de 1988 y 1989 a la terminación de la liquidación de la sociedad intervenida o a la entrega a los accionistas para que ellos la finalizaran, dado que no se presentaban los presupuestos de la norma vigente ni de las subsiguientes para ello. Las diferentes normas que rigieron el proceso de liquidación forzosa administrativa establecieron expresamente que el liquidador sólo podía convocar a la asamblea de accionistas cuando hubiera cancelado todos los pasivos para con el público, constituido las provisiones requeridas y cubierto los gastos de la liquidación (numeral 21 del artículo 5 del Decreto 2418 de 1999; numeral 17 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993; artículo 1.8.23.22 del Decreto 1730 de 1991; artículo 25 del Decreto 2217 de 1982).

Por ello, no puede endilgarse alguna actuación irregular a la administración respecto de la contestación negativa a las múltiples solicitudes del grupo demandante para convocar la asamblea de accionistas o relacionadas con las advertencias de terminar con el proceso de liquidación (entre otras las relatadas en los hechos 25, 29, 34, 36, 46, 49 de la demanda), habida cuenta de que no se

encontraban cumplidos los presupuestos fácticos previstos en las disposiciones jurídicas respecto de cada una de las etapas, como, por ejemplo, el pago del pasivo para con el público constituido por los créditos con cargo a la masa, o el pasivo cierto no reclamado, o el pasivo por desvalorización monetaria.

Igualmente, no se observa que las autoridades hayan dado un tratamiento indiferente o indebido a los accionistas, porque además de que cada actuación de las autoridades que intervinieron en el proceso se fundamentó en el régimen legal que regula este tipo de procesos concursales, en las diversas comunicaciones de respuesta expedidas por la Superintendencia, el FOGAFIN o el liquidador, se exponen, a la comisión de accionistas que estuvo atenta al proceso, las razones de sus decisiones y se suministró información en relación con la liquidación.

En el caso concreto, observa la Sala que era menester adelantar paulatinamente los diversos actos, trámites y etapas procesales en el orden establecido de manera imperativa por la ley para su ejecución y culminación, en un proceso que, como éstos, resulta de suyo complejo y dispendioso, como se puede deducir de lo probado, y que tiene por finalidad esencial la realización de los activos y el pago gradual y ordenado del pasivo externo en igualdad de condiciones para los acreedores.

En conclusión, no puede afirmarse que se incurrió de manera “injustificada” en demora o retardo en la liquidación de la Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas Monssa Continental, dado que se observa que la parte actora debió probar -y no lo hizo-, que en los otros órdenes de la liquidación a más del financiero, esto es, jurídicos y administrativos no existían limitaciones, restricciones u obstáculos de ninguna índole y que se encontraban satisfechos todos los requisitos para el cumplimiento de las etapas legales de la misma en una fecha determinada, para que de una evaluación integral de esas situaciones y conjunta de las probanzas aducidas pudiera inferirse la demora o retardo injustificado que acusa el grupo actor en la actuación de los encargados de la liquidación.

2.4.1.2. De la Prueba de los Estados Financieros

Ahora bien, aunque el grupo demandante alegó en el recurso de apelación que no fueron evaluados los estados financieros que demuestran, en su concepto, la

demora en la liquidación, porque a través de los mismos se acredita la suficiencia de recursos líquidos para pagar los pasivos, la realización de provisiones injustificadas y además la medición y cálculo de los perjuicios, tal circunstancia, a juicio de la Sala no varía la conclusión anterior, como se pasa a explicar.

2.4.1.2.1. Los balances generales a los cuales alude la parte actora se refieren a los años de 1988 y 1989 y fueron aportados a la demanda como documento adjunto a un oficio del Superintendente Bancario de 14 de abril de 1989 (fls. 111 a 114 cd. ppal) y como anexo en copia simple (fls. 189 a 194 cd. ppal.). El grupo demandante solicitó oficiar a la Superintendencia Bancaria para que ese despacho remitiera copias auténticas de los mismos (fl. 26 c.ppal), y así lo hizo el tribunal *a quo*; sin embargo, la citada entidad no los envió porque los había remitido el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y ésta, a su vez, sostuvo que no cuenta con los documentos de la liquidación anteriores a 1990. Dentro del proceso se discutió esta situación lo que dio lugar a que el *a quo* postergara su valoración a la oportunidad procesal correspondiente (auto de 13 de febrero de 2003 -sic: 2004- a fls. 655 a 657 cd.1).

La Sala considera que las copias aportadas de los balances financieros de los años de 1988 y 1989, pueden ser valoradas en el proceso, por los siguientes motivos:

Sobre el valor probatorio de las copias de los documentos, por expresa remisión que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la admisibilidad, práctica y valoración de esta prueba documental, es aplicable el artículo 254 de este último, de acuerdo con el cual:

“Artículo 254.- [Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. numeral 117]. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Entonces, como las copias de los estados financieros del año de 1988 aportadas con la demanda, fueron remitidas como documento anexo a un oficio del Superintendente Bancario de 14 de abril de 1989 (fls. 111 a 114 cd. ppal), en el que éste expresamente señala a la comisión de accionistas: “...con el fin de que obtengan mayor información sobre la situación actual de la entidad intervenida adjunto copia del balance enviado por el Agente Especial con fecha 31 de diciembre de 1988...” (fls 111 a 113 cd. ppal.), se entiende respecto de ellas que cumplen con lo exigido en el numeral 1 del artículo 254 del C. de P. Civil para ser valoradas, en tanto han sido autorizadas por el director de la entidad en la que deben reposar los originales. Además, dicho documento no fue tachado de falso por las demandadas, las cuales estaban en el deber ante la solicitud del *a quo* de remitirlas como quiera que es en sus archivos en donde debe encontrarse el original.

Esta misma conclusión jurídica es extensiva a los documentos que se encuentran a folios 189 a 194 del cuaderno principal, relacionados con los estados financieros de la sociedad intervenida en liquidación del año de 1989, los cuales si bien fueron aportados al inicio con la demanda en copia simple a esta altura del proceso se tendrán con el mismo valor del original por la actitud procesal desplegada por las entidades públicas demandadas.

En efecto, si bien la parte actora adjuntó en su demanda copias simples del balance de la sociedad en liquidación con corte a 1989, también pidió oportunamente al *a quo* solicitar copias auténticas del mismo a la Superintendencia Financiera (antes Bancaria), prueba que fue decretada pero que no se obtuvo porque estas manifestaron no tenerlos en sus archivos, teniendo en verdad el deber de contar con los mismos, dado que la posesión y guarda de dichos documentos se encuentra a su cargo, pues el proceso de liquidación fue adelantado bajo su responsabilidad por los agentes liquidadores que fueron sus autores.

Nótese que en este caso en el que se pidió a las entidades públicas demandadas aportar copias auténticas de los estados financieros de 1989 de la sociedad intervenida en liquidación y que deben encontrarse en su poder, por ser ellas quienes los elaboraron, produjeron y expidieron a través de sus agentes o por haberseles confiado su conservación o archivo, al omitir las mismas arrimarlas al proceso sin aducir una razón jurídica atendible, tornó no sólo difícil sino imposible

la obtención de la prueba en las condiciones formales de que trata el artículo 254 del C. de P. Civil, limitando así la posibilidad de valorarla con el fin de verificar la verdad de los hechos que con ellas se pretenden demostrar por el grupo demandante y en forma independiente a que a una vez analizada se estimen como ciertos o no tales hechos.

Esta situación de inequidad procesal, impone a la Sala la búsqueda dentro del marco jurídico de una solución procesal justa para el caso y que equilibre la posición de las partes en la causa, tal y como lo ordena el artículo 5 de la Ley 472 de 1998, a cuyo tenor en el trámite de las acciones populares y de grupo reguladas en esa ley, el Juez debe velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, con fundamento en los principios constitucionales y los generales del Código de Procedimiento Civil, siempre que éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.⁵⁸

En tal virtud, la Sala considera que cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.

Es decir que el incumplimiento o renuencia en aportar el documento en dichas condiciones legales pese a la orden judicial proferida por el *a quo* en tal sentido, acarrea como consecuencia en aplicación del principio de la comunidad de la prueba que deba otorgársele valor o mérito probatorio a las copias aportadas con la demanda, solución procesal que restablece el equilibrio de las partes en el proceso, y que se sustenta en los principios constitucionales de igualdad procesal (art. 13 C.P.), del debido proceso y derecho de defensa (art. 29 de la C.P), y de presunción de buena fe respecto de ellas (art. 83 C.P.), honrando con ella además los deberes de probidad, lealtad procesal y colaboración de las partes en el proceso (art. 71 del C. de P. Civil).

⁵⁸ El artículo 68 y 76 señalan que en los aspectos no regulados en la citada ley y, en particular, para la práctica de pruebas, se aplicarán a las Acciones de Grupo las normas del Código de Procedimiento Civil, en cuanto no contraríen las normas dispuestas para las mismas.

La equidad que debe gobernar la actuación judicial en estas circunstancias (artículo 238 C.P.), determina que se garantice el derecho a la obtención de la prueba que tiene la parte que, como en el *sub lite*, realizó todo lo que legalmente estuvo a su alcance para la producción en debida forma de aquel elemento de convicción con el que pretende hacer valer sus argumentos, toda vez que no resultan admisibles las conductas procesales en las que la contraparte gozando de una posición privilegiada se abstiene de aportar la prueba, pues ello perturba la investigación de la verdad real en el proceso y, por ende, el correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia, en contraposición al deber que le atañe a todos los colombianos de colaborar con ésta (numeral 7 del artículo 95 C.P.).

Por lo tanto, como quiera que eran las entidades públicas demandadas las que estaban en condiciones de aportar a la causa las copias auténticas de los documentos -balance financiero de 1989- y no las trajeron, no se puede, bajo el criterio de la sana crítica, valorar a su favor esta actitud o conducta pasiva dentro del proceso y, al contrario, esa falta de remisión sin justificación jurídica atendible de los documentos solicitados por el *a quo*, debe ser estimada en forma desfavorable a la parte incumplida, con el rigor de dar mérito probatorio a las documentos aportados con la demanda a efectos de ser apreciados y valorados.

Es así como, en el caso concreto, habrá de aplicarse en toda su extensión la presunción de buena fe en relación con la veracidad de los datos que se consignan en las copias del balance de 1989 aportadas con la demanda, principio superior al cual se hizo alusión y consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, por cuya inteligencia “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten antes éstas.”

Esta consecuencia no resulta extraña al ordenamiento procesal⁵⁹, dado que en varias de sus normas establece este efecto en aquellas situaciones en las que se presenta una renuencia o reticencia de una de las partes para la elaboración de la prueba documental o la constancia de autenticidad de ésta, es decir, para darle valor probatorio a documentos que sean aportados en copia simple por una de las

59 El artículo 5 del C. de P. Civil, ordena que cualquier vacío en las disposiciones de ese código para solucionar asuntos que atañen al proceso, deben llenarse con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

partes, como por ejemplo: a) en el numeral 6 del artículo 133 del C. de P. Civil a propósito del trámite de reconstrucción por pérdida total o parcial de un expediente, se establece que si sólo concurriere a la audiencia que para el efecto se cita una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el proceso con base en su exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en aquélla, dentro de las cuales pueden ser aportadas copias simples de documentos que obraban en el proceso y que estuvieren en su poder; o b) en el artículo 274 *ibídem*, cuando una vez citado al autor del documento para su reconocimiento⁶⁰, se presenta renuencia por parte del mismo porque no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas, en cuyos casos no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento.

En suma, es claro que en el *sub lite* corresponde ponderar con criterio dúctil las copias aportadas por el grupo demandante, dado que como parte que solicitó la prueba documental autenticada quedó sujeta y a merced de la conducta procesal de la parte contraria que estaba en una mejor aptitud o en una posición privilegiada para su producción y remisión a la causa con las formalidades exigidas (autenticación del documento), pues lo cierto es que no está dentro de la esfera del primero la posibilidad jurídica y material de acceder a la misma para arrimarla al proceso, por la sencilla razón de que es en los archivos de la Superintendencia Financiera (antes Bancaria) o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en donde debe reposar la información y el original del documento que se pidió remitir en forma autenticada al proceso o estar el archivo en donde se encuentre a su disposición y control.

2.4.1.2.2. Así las cosas, muestra el primer balance general que la realidad económica de la sociedad en liquidación a 31 de diciembre de 1988, era en resumen la siguiente:

⁶⁰ C. de P. Civil: "ARTÍCULO 272. CITACION PARA RECONOCIMIENTO. [Artículo modificado por el artículo 1, numeral 122 del Decreto 2282 de 1989] El que presente un documento privado en original o reproducción mecánica, podrá pedir su reconocimiento por el autor, sus herederos, un mandatario con facultades para obligar al mandante en actos de la misma índole, o el representante de la persona jurídica a quien se atribuye..."

- a) Un activo⁶¹ total por \$690'401.338,98, compuesto así: i) activo corriente por \$632'736.564,44, dividido este en disponible por \$14'0453.032,82 (caja, bancos y otros depósitos); realizable \$367'362.093,26 (inversiones obligatorias, voluntarias, préstamos, descuentos y bienes recibidos en pago); ii) activo fijo por \$9'543.076,10 (muebles e inmuebles); y iii) otros activos por \$ 48'121.698,44 (deudas de dudoso recaudo con garantía personal o real menos provisión de esta deuda, diferidos, valorizaciones y desvalorizaciones y otros).
- b) Un pasivo⁶² total por \$553'522.129,93, compuesto así: a) Pasivo corriente por \$140'486.719,67 (sobregiros, obligaciones bancarias, documentos por pagar, otras exigibilidades, cesantías consolidadas, fondo de garantías: avales y acreencias); b) Pasivo a largo plazo por \$413'035.410,26 (diferidos, pasivos estimados y provisiones, bonos convertibles en acciones).
- c) Un patrimonio⁶³ por \$136'879.209,05.; capital pagado por \$184'331,160; superávit ganado \$73'837.355,36; superávit por \$ 4'220.983,44; pérdidas de \$125'510.299,75, por la diferencia entre la utilidad de ese ejercicio anual por \$82'979.773 y las pérdidas de ejercicios anteriores por \$208'490.023,28; y que por fuera del balance existían unas cuentas de orden en el activo por \$864'518.066,78 y cuentas de orden en el pasivo de \$864'518.066,78., entre otros hechos económicos.⁶⁴

Y el segundo balance general que la realidad económica de la sociedad en liquidación a 31 de diciembre de 1989, arrojaba los siguientes datos:

- a) Un activo total por \$801'267.249,86, compuesto así: i) activo corriente por \$744'998.771,86, dividido este en disponible por \$5'795.562,04 (caja, bancos y otros depósitos); realizable \$434'685.806,66 (inversiones obligatorias,

⁶¹ "Un activo es la representación financiera de un recurso obtenido por el ente económico como resultado de eventos pasados, de cuya utilización se espera que fluyan a la empresa beneficios económicos futuros." (Artículo 35 del Decreto 2649 de 1993).

⁶² "Un pasivo es la representación financiera de una obligación presente del ente económico, derivada de eventos pasados, en virtud de la cual se reconoce que en el futuro se deberá transferir recursos o proveer servicios a otros entes." (Artículo 36 del Decreto 2649 de 1993).

⁶³ "El patrimonio es el valor residual de los activos del ente económico, después de deducir todos sus pasivos." (Artículo 37 del Decreto 2649 de 1993).

⁶⁴ Las cuales pueden ser contingentes, fiduciarias, fiscales o de control; siendo de las primeras aquellas que reflejan hechos o circunstancias que pueden llegar a afectar la estructura financiera de un ente económico (arts. 42 y ss. del Decreto 2649 de 1993).

voluntarias, préstamos, descuentos y bienes recibidos en pago); ii) activo fijo por \$7'406.661,00 (muebles e inmuebles); y iii) otros activos por \$48'861.817,00 (deudas de dudoso recaudo con garantía personal o real menos provisión de esta deuda, diferidos, valorizaciones y desvalorizaciones y otros).

- b) Un pasivo total por \$645.659.501 compuesto así: a) Pasivo corriente por \$135'908.367 (sobregiros, obligaciones bancarias, documentos por pagar, otras exigibilidades, cesantías consolidadas, fondo de garantías: avales y acreencias); b) Pasivo a largo plazo por \$509'751.114 (diferidos, pasivos estimados y provisiones, bonos convertibles en acciones).
- c) Un patrimonio por \$155'607.747; capital pagado por \$184'331,160; superávit ganado \$73'837.355; déficit por \$ 194.517; pérdidas de \$102'366.250, por la diferencia entre la utilidad de ese ejercicio anual por \$23'144.038 y las pérdidas de ejercicios anteriores por \$125'510.289; y que por fuera del balance existían unas cuentas de orden en el activo por \$1.241.840.995.00 y cuentas de orden en el pasivo de \$1.241.840.995, entre otros hechos económicos.

No obstante lo anterior, además de las cifras de la operación económica del ente societario, debe tenerse en cuenta en un proceso de liquidación que los activos no pueden realizarse inmediatamente, pues requieren de un tiempo que está sujeto a las condiciones favorables del mercado en relación con cada uno de ellos y dependiendo de su naturaleza unos serán de más fácil realización que otros; por ejemplo, aquellos que están representados en cartera dependen del estudio de su calificación y posibilidad de recuperación, entre otras condiciones. En fin, la suficiencia de activos para el pago de pasivos es un aspecto importante en la liquidación pero no el único o determinante para efectuarla de inmediato, dado que se presentan variables para que todos los activos puedan recaudarse y realizarse en un solo instante, así como para pagarse las deudas con la celeridad que en veces se quiere, máxime cuando el pago del pasivo está sujeto a los actos y etapas legales que ordenan las disposiciones jurídicas para ello, todo lo cual implica un término mayor al que alega la parte actora.

Es importante precisar que repasadas las disposiciones jurídicas que regulan la liquidación forzosa administrativa, se infiere con meridiana claridad que este proceso no se trata simplemente de un manejo de cuentas o rubros que aparecen

consignados en los estados financieros para determinar la posibilidad económica en un momento determinado de la misma de distribuir un patrimonio neto entre los socios, como lo pretende la parte actora, por cuanto si bien los balances son el reflejo de la realidad económica de la sociedad en liquidación y constituyen una de las herramientas para evaluar la gestión de los administradores -o liquidadores en este caso- del ente económico, no es menos cierto que ellos *per se* no explican todas las actividades que legalmente se deben desarrollar para efectuar un proceso de liquidación o las limitaciones de diferentes órdenes que se puedan presentar en desarrollo del mismo.

Es decir, el sólo balance general no permite determinar una fecha cierta para la liquidación de la sociedad, proceso cuya culminación está condicionada a la realización secuencial en el tiempo de múltiples etapas y actos dentro de los cuales pueden estar presentándose una serie de circunstancias y variables de diversa índole bien para la realización del activo o para el pago de las obligaciones pendientes de la sociedad intervenida, en conformidad con las normas legales que lo rigen.

Como bien lo señala el notable tratadista Gabino Pinzón: *“...el patrimonio social no es una simple masa de activos que puedan ser tratados de manera independiente del pasivo, resulta evidente que la liquidación no puede ser una simple distribución de bienes entre los socios, sino todo un proceso de liberación de los activos, mediante el pago de las obligaciones pendientes por razón de la existencia y los negocios de la sociedad, para que sólo entonces puedan ejercer plenamente los asociados su derecho a que se les entregue, a título de reparto de utilidades finales y de reembolso de sus aportes, la parte que les corresponda en el remanente de los activos.”*⁶⁵

Por consiguiente, no puede afirmarse con los estados financieros de los años de 1988 y de 1989, que se incurrió de manera “injustificada” en demora en la liquidación de la Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas Monssa Continental, toda vez que, como ya se concluyó en esta providencia, inciden en este proceso diversos factores -jurídicos y administrativos- que no dependen en todos los eventos de la exclusiva voluntad de quienes estuvieren a cargo de la liquidación, como la conducta que despliegan los

⁶⁵ GABINO PINZÓN, José, “Sociedades Comerciales”, Volumen I, Teoría General, Editorial Temis, Quinta Edición, 1988, Pág. 271.

acreedores en el proceso en la obtención del pago de sus créditos y las otras situaciones a las cuales se ha hecho referencia.

En síntesis, no le asiste razón al grupo accionante, porque, se reitera, para el 31 de diciembre de 1988 o el 31 de diciembre de 1989 no era posible terminar con el proceso de liquidación y convocar a la Asamblea de Accionistas, en tanto no se encontraban cumplidos los requisitos establecidos para ello, esto es, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2217 de 1982, no se habían *“...cancelado todos los pasivos para con el público, reconocido todas las reclamaciones debidamente comprobadas, efectuado las provisiones requeridas y cubierto los gastos de la liquidación...”*.

2.4.1.3. De la prueba pericial

De otra parte, los demandantes afirman que sufrieron los perjuicios indicados y para probar la materialidad del daño y su cuantía solicitaron la práctica de un dictamen pericial, que no le mereció credibilidad al juez de primera instancia, porque no lo consideró idóneo para acreditar los aspectos que se le sometieron a su concepto.

En el recurso de apelación la parte actora argumenta que la calificación del dictamen pericial realizada en la sentencia fue sesgada y fragmentaria, puesto que el Tribunal lo desestimó sin un análisis crítico y sin ningún fundamento jurídico, sino más bien por no resultarle algunas frases de su agrado. Por el contrario, aduce que debe otorgársele validez al experticio, toda vez que el trabajo fue serio, y su autor un perito calificado e idóneo, con conocimientos suficientes sobre la materia y escogido por el propio tribunal para realizar la labor.

Al respecto, conviene advertir que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal⁶⁶ y

⁶⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Editorial ABC, 1984, págs. 339 y ss.

contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.).

Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte de perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen.⁶⁷ El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 *ejusdem*).

A su turno, el artículo 241 *ibídem* señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a “...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores...”⁶⁸.

En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica,

⁶⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Ob. Cit. Págs. 346 a 350 y ss.

⁶⁸ PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Pág. 649.

ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.

En este contexto, no se observa que el *a quo* hubiera desechado infundadamente la prueba pericial practicada y su aclaración y complementación (experticio que reposa en el expediente a fls. 599 a 612 y 634 a 642 cd. ppal). En efecto, el *a quo* en la sentencia analizó el dictamen y manifestó que aún cuando respetaba el criterio no compartía sus conclusiones por varias razones a saber:

“En primer lugar, en dicho dictamen no aparece el fundamento de sus conclusiones, el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, por lo que en consideración de la Sala el dictamen carece de eficacia probatoria.

“Así mismo, se observa que sus conclusiones no son exactas, presenta vacilaciones que impiden llegar al convencimiento del fallador y por lo tanto le quita eficacia probatoria al dictamen. Lo anterior, no obstante haberse ordenado su aclaración y complementación, con lo cual no se logró subsanar sus deficiencias.

“Mientras en un aparte del dictamen se señala: ‘Todo parece indicar que no se calculó técnica ni financieramente el monto total del impuesto’, en otro aparte señala: ‘No tiene el perito el punto de información sobre la forma como se haya calculado la provisión de impuestos...’

“Cuando se refiere al efecto que hubiera tenido la provisión para impuestos la amnistía tributaria que la sociedad intervenida no utilizó teniendo derecho de hacerlo, expresó que ‘el efecto hubiera sido favorable..’, pero no dio las razones o fundamento de ello, no obstante, posteriormente señaló: “No es posible... que el perito pueda analizar efecto alguno sobre lo que no se hizo...”

“De igual forma se observa como en el dictamen cuando absuelve el interrogante acerca de sí toda la suma de \$251.321.438, oo constitutiva del activo exigible a 31 de diciembre de 1988, o una parte de ella podía reclamarse por la sociedad intervenida en forma inmediata por estar constituida por obligaciones a favor de ella, no sometidas a plazo o término, inicialmente señala que ‘En su totalidad \$251.321.438,oo pues no estaba sujetos a términos y si era exigible debió procederse a su inmediata recuperación’, posteriormente sobre el mismo punto expresa ‘Esta respuesta no puede precisarla el perito en razón a que visto el Estado de pérdidas y ganancias, el Balance muestra más valores que no podría identificar como obligaciones a favor de la Sociedad.

“Al requerírsele acerca de sí la provisión para impuestos de renta por \$333.398.951 se aplicó a su finalidad, dio como respuesta: ‘El perito no tiene como función investigar si se hicieron determinados pagos como el que se expone’. Para la Sala no cabe duda alguna respecto a que la labor del perito debe girar en torno a lograr que las conclusiones de su dictamen sean claras y firmes, para que aparezcan exactas y el fallador pueda adoptarlas, considerarlas, de ser el caso, no sólo convincentes

sino además merecedoras de credibilidad, pues sólo ante su firmeza y ausencia de vacilaciones, el dictamen puede tener eficacia probatoria, que es su fin último.

“En otras palabras, con su actuar, el perito debe buscar por un lado, que el dictamen se convierta en el medio conducente respecto al hecho a probar, por otro, que, las conclusiones del mismo sean claras, firmes y en consecuencia lógica de fundamentos, evitando así la existencia de vacilaciones que le resten credibilidad.

“Por estas razones, la Sala considera que el dictamen no sirve como base para conclusiones definitivas respecto a la supuesta afectación ocasionada a los accionantes y para acceder a las pretensiones de la demanda.

“Así mismo, no se aprecia el daño en particular, pues del dictamen rendido, no se logra constatar los daños. En el dictamen en mención no se individualiza los supuestos daños sufridos por cada uno de los accionantes.”

De la anterior transcripción *in extenso* de la providencia, se evidencia que no es cierto que el Tribunal *a quo* desestimaré el valor del dictamen sin ningún análisis crítico o fundamento jurídico y porque no le agradaron las frases en él incluidas; *contrario sensu*, se aprecia que fueron fundadas y potísimas las razones por las cuales le restó mérito a la prueba pericial, producto de las vacilaciones, contradicciones e inconsistencias detectadas que impiden llegar al convencimiento del fallador sobre la validez y exactitud de las conclusiones consignadas en el experticio, y que contrastan con la finalidad prevista para esta prueba en el artículo 233 del C. de P. Civil.

En verdad, además de que en el recurso no fueron rebatidas las consideraciones expuestas por el *a quo* en torno al dictamen, en cuanto no explicó el por qué y cómo no se presentaron las inconsistencias manifestadas en la sentencia, se aprecia que el informe del perito abogado designado para el experticio carece de fundamentos técnicos y contables en varios apartes, como quiera que no efectúa un análisis concienzudo sobre los factores y variables que puedan afectar la realización de los activos para hacerlos líquidos y la posibilidad de hacerlo en el corto plazo, o como precisó el *a quo* respecto del activo exigible o la provisión para impuestos.

Adicionalmente, la Sala advierte que adolece de otras inconsistencias, tales como:

i) Cuando se le pregunta al perito si analizadas las cuentas de la liquidación, los activos eran suficientes para cubrir las acreencias, responde que *“Todo parece indicar que...”* y prosigue *“...de acuerdo con las siguientes cifras del año de 1986/1989 se tiene que los activos eran suficientes para cubrir las acreencias...”*, sin que pueda advertirse de dónde se tomaron las cifras de los años 1986 y 1987, si el perito, según afirma al comienzo del dictamen, habría tenido en consideración los balances de los años de 1988 y 1989; o

ii.) Cuando se le interroga si los activos de la sociedad en liquidación eran comerciales y responde: *“Si. Eran comerciales algunos de sus activos, pues muchos de ellos...”* y tan sólo cita las acciones sin referirse a otra clase de activos y el por qué de esta característica de los mismos; o

iii.) Cuando se le indaga respecto de las provisiones para el pago de procesos y categóricamente señaló que: *“No era necesario, con las provisiones establecidas en la liquidación y venta de los activos se podía pagar las acreencias...”*; y en la aclaración y complementación a este punto dijo: *“En primer lugar se desconoce por el perito cuales son los procesos en curso y la cuantía pretendida, pero desde luego es costumbre establecida por las empresas, cuando quiera que afronta procesos judiciales, estimar las correspondientes provisiones...”*, de lo cual se deduce que no tenía el soporte para hacer la primera afirmación; o

iv.) Cuando se le inquiere respecto al punto relativo a la amnistía tributaria y finalmente concluye en la aclaración y complementación del dictamen que lo manifestado por él *“...no es un concepto prevenido del perito, sino del propio asesor jurídico de la Superintendencia...”* y remata al final *“...que el no haberse procurado gestión para aprovechar la amnistía, conforme lo predicaron el asesor tributario y el asesor jurídico de la Superintendencia, posiblemente se hubieran obtenido condiciones más favorables...”*, evidenciando con la primera afirmación la carencia del carácter personal que debe acompañar el concepto del experto y con la segunda la falta de certeza de los efectos que sobre la situación se le indagaba; o

v.) Cuando se le averigua respecto de cuánto tiempo podía durar una liquidación y en particular la que es objeto de controversia -preguntas de medular importancia- contesta con afirmaciones que no se acompañan de una explicación técnica y razonada.

Por lo anterior, la Sala respalda las consideraciones que condujeron al *a quo* a desechar el experticio practicado y, por ende, a inferir que el mismo no puede servir como base para conclusiones definitivas respecto a la supuesta afectación ocasionada a los accionantes y para acceder a las pretensiones de la demanda.

2.4.2. Los cargos efectuados contra pérdidas y ganancias supuestamente sin ninguna necesidad.

Sostuvo la parte actora que perdió \$75.695.402, valor del cargo efectuado en 1989 contra pérdidas y ganancias, para aumentar, sin ninguna necesidad, la cuenta de “otros gastos estimados por pagar”, cuenta que para diciembre 31 de 1988 era ya superior al pasivo externo de la sociedad intervenida.

Frente a esta afirmación encuentra la Sala que no aparece dentro de la demanda el fundamento de esta solicitud. En efecto, en los hechos 27 y 28 se dice que en la realidad económica el patrimonio neto de la sociedad era más elevado al que mostraban los balances de 1988, porque “...se *habían ordenado provisiones injustificadas, con cargo a gastos, por \$82.593.877, a pesar de que la intervenida traía \$266.558.363 para el mismo fin. Así se completaron provisiones por \$449.152.240 para proteger activos por \$420.033.676 (en su mayoría depósitos a término en bancos y corporaciones de primer orden, que no requerían provisión), lo que resulta claramente exagerado*”, pero no existe coincidencia entre la suma reclamada en la pretensión b) del numeral 3 de la demanda y las cifras de los hechos 27 y 28 ya mencionados, ni menos aún se explica y prueba como estos cargos incidieron al terminar la liquidación en la pérdida del patrimonio a su favor alegada y, en consecuencia, de un valor por repartir al grupo actor al culminar la misma por haberse a su vez destinado finalmente a cubrir conceptos innecesarios que no debían cancelarse dentro de la liquidación, en contravía a la naturaleza de protección de las provisiones cuestionadas.

Por lo anterior, respecto a este cargo se concluye que no hay forma de estudiar a partir del mismo la configuración de un perjuicio derivado de la actuación de los demandantes, dado que no se explicó claramente la fuente de este supuesto daño -\$75.695.402- y su relación eficiente con el daño reclamado, razones por las cuales no está llamado a prosperar.

2.4.3. La supuesta omisión para acogerse a la amnistía tributaria de la Ley 75 de 1986.

Afirmó la parte actora que por no acogerse a una amnistía tributaria la sociedad en liquidación perdió \$174'595.118.

En efecto, sostuvo que el 30 de enero de 1987, el asesor tributario al servicio de la sociedad antes de su intervención, le sugirió por escrito al liquidador que aprovechara la amnistía tributaria de la Ley 75 de 1986, para lo cual precisó que *“...con el pago de \$18.967.222 (\$18.767.573 equivalentes al 50% del mayor impuesto aceptado más \$199.649 equivalentes al 50% de la sanción aceptada) se arreglaría el mayor valor liquidado por capital más intereses en el momento de la amnistía. Aunque se calculan \$124.198.575 por capital más \$150.058.376 por intereses al tiempo de la amnistía, al cierre del balance de 1.989 –después de haber perdido la oportunidad de ejercer el derecho – figuró tan solo la cantidad de \$174.595.118.”* (hecho 16, fl. 6 cd. ppal). Y que no obstante que el Jefe de la Oficina Jurídica de la Superbancaria opinó favorablemente sobre esta propuesta, el Superintendente Delegado en forma *“improvidente (sic) y temeraria”*, se opuso al ejercicio del derecho a la amnistía con el argumento de que atentaba contra las normas de prelación de pagos, con lo cual desconoció la realidad económica de la empresa y la propia prelación de pagos cuando hay suficientes activos; evitó mejorar los estados financieros de la entidad; insinuó una práctica evasiva, y precalificó los resultados del proceso al asegurar indebidamente que *“en todo caso, los créditos fiscales en ningún momento alcanzarán a ser pagados”*.

Sobre el particular, una vez revisado el expediente, encuentra la Sala que en la comunicación de 30 de marzo de 1987 (visible en copia auténtica a fls. 185 a 186 del cd. Anexo 1), el Superintendente Bancario Segundo Delegado explicó los motivos jurídicos, económicos y de procedimiento, por los cuales, con el fin de proteger la generalidad de intereses dentro del proceso de liquidación, consideró en ese momento improcedente el pago de impuestos por parte de la Unión Financiera S.A. al amparo de la amnistía tributaria de la Ley 75 de 1986. Al efecto dijo:

“...Resulta muy dudosa la calificación del pago de los impuestos como gasto dirigido a proteger los activos de la empresa, en los términos del artículo 3 del Decreto 2217 de 1982; parece tratarse más bien de un crédito fiscal, sometido a las normas de prelación normales, tal y como lo expresa el numeral 6º del artículo 2495 del Código Civil...

“...El concepto de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria distinguido con el No. OJ-179 de Marzo 24 de 1987, concluyó que dicho pago no sería posible salvo por la vía del artículo 30 del Decreto 2215 de 1982, esto es, contando con el acuerdo de los acreedores involucrados en la liquidación de la sociedad, acuerdo que se hace imposible en las condiciones actuales...”

Por consiguiente, en el evento de haberse cancelado tales créditos anticipadamente, incluso antes de la restitución de los bienes excluidos de la masa, es claro que se habría alterado la prelación legal de pagos del proceso de liquidación, con inobservancia de las normas que la establecen en favor de los acreedores y, por ende, en detrimento del principio de igualdad de los acreedores, según el cual no es posible que a uno o varios de ellos se le trate en una forma preferente no prevista en las prelación que la ley establece, para evitar situaciones discriminatorias en las cuales a algunos se les pague totalmente mientras a otros no se les satisfaga su crédito.⁶⁹

De otra parte, el artículo 30 del Decreto 2217 de 1982 disponía que el pago a realizar por concepto de la amnistía sería viable siempre que mediara acuerdo de los acreedores involucrados en la liquidación, lo cual en el estado de la misma para esa época no era posible, según lo expresado en el oficio de 30 de marzo de 1987. Esta aseveración realizada en el citado oficio encuentra respaldo probatorio si se tiene en cuenta que apenas mediante la Resolución No. 0658 de 26 de febrero de 1987 se habían aceptado y rechazado las reclamaciones presentadas oportunamente y en la Resolución No. 2442 de 18 de junio de 1987 resuelto los recursos de reposición contra las mismas; y que sólo hasta el 21 de agosto de 1987, se expidió la Resolución No. 3580, en la que se determinó la prelación de pagos, de todo lo cual se colige que el 30 de marzo de 1987, época para la cual se sugirió aprovechar la amnistía tributaria, no podía contarse con el acuerdo de los acreedores para que impartieran la respectiva autorización.

Ahora bien, no se advierte que los motivos que adujo el Superintendente Bancario para pronunciarse en forma negativa frente a la amnistía tributaria de la Ley 75 de 1986, fueron contrarios al concepto de la Oficina Jurídica de dicha entidad, puesto que éste sostenía que se podía acoger a la amnistía en el entendido de que se

⁶⁹ Recuérdese que “[u]no de los principios que rige este proceso, es el de la igualdad entre acreedores -par conditio creditorum-, según el cual cada acreedor tiene derecho a que se le pague el valor de su acreencia, en proporción a los activos existentes, sin que pueda preferenciarse a un acreedor sobre otro. La existencia de ese principio, entonces, no admite la aplicación de concesiones o de mecanismos que puedan redundar en beneficio de unos, y en desmedro de otros”. Corte Constitucional, Sentencia T-065 del 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

cumpliera con los presupuestos establecidos en el artículo 30⁷⁰ del Decreto 2217 de 1982 (Memorando OJ-179 de 24 de marzo de 1987 que obra a fls. 187 a 192 del cd. anexo 1). Precisamente, a la misma conclusión llegó el Superintendente, quien además verificó que esos presupuestos no se podían cumplir en la situación que en ese momento presentaba la sociedad intervenida, para lo cual agregó en su oficio que el Fondo de Garantías (acreedor), se había abstenido de dar su consentimiento al respecto, por considerar que tal y como estaban las cosas el Fondo no podía actuar como único acreedor, por dos razones: la primera, porque la compra de algunas acreencias no estaba perfeccionada y, por ende, no se había producido la subrogación de créditos; y la segunda, porque la compra no era sobre todas las acreencias y en consecuencia seguirían existiendo otros acreedores.

En síntesis, la decisión que adoptó en su momento la Superbancaria no fue contraria a la ley ni ha quedado evidenciado que su decisión de no aplicar la amnistía tributaria a la sociedad intervenida haya sido injustificada y generado algún perjuicio dentro de la operación administrativa de la liquidación.

2.4.4. La venta de las acciones por debajo de su precio en bolsa

La parte actora aseveró que perdió la suma de \$34'749.939, porque dentro del proceso de liquidación forzosa administrativa se vendieron 3.357.482 acciones a precios notoriamente inferiores a los de la bolsa, por fuera de ella y sin avalúo. Sostiene en la demanda (hecho 15 fl. 6), que en *"...diciembre de 1986, el liquidador de la intervenida vendió 3.357.482 acciones de la Corporación Financiera Unión "Corfiunión" a razón de \$14,65 cada una, cuando a esa fecha su cotización en la Bolsa de Bogotá era de \$25..."*.

En primer término, no resulta cierto que el artículo 19 del Decreto 2217 de 1982, sustituido por el artículo 8 del Decreto 1215 de 1984, ordenara que la transacción se hiciera a través de la bolsa, en tanto ella señala que *"...los bienes muebles cotizados en bolsa se podrán vender a través de ésta, caso en el cual no habrá*

⁷⁰ "El Superintendente podrá acordar con los acreedores de la entidad intervenida, una de las medidas siguientes: 1. La concesión de quitas las deudas. (..) 2. Cualquier otra que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regulen las relaciones de éste con sus acreedores."

necesidad de avalúo...”, lo cual, por tanto, no era obligatorio sino facultativo dado que representaba una alternativa para la realización de este tipo de activos.

En segundo término, no le asiste razón a la parte accionante respecto de un menor valor en la venta, toda vez que de conformidad con las pruebas recaudadas dentro del proceso se acreditó que el precio promedio de las acciones durante los meses de noviembre y diciembre de 1986, fue de \$13.50; así lo certificó la Bolsa de Bogotá - en Liquidación de conformidad con el oficio de 18 de junio de 2003 (fl. 593 cd. ppal.); es decir, si la venta de las acciones fue por valor de \$14.65 cada una, tal como se afirmó en la demanda, la transacción bursátil, por el contrario, fue favorable a la sociedad intervenida.

2.4.5. El pago de la desvalorización monetaria a los acreedores

Finalmente, la parte actora es categórica en afirmar que el pasivo por desvalorización monetaria *“...es el que, en últimas, dejó sin patrimonio a la sociedad. Fue un pasivo al que se llegó por la demora que se ha descrito en los hechos anteriores, que no hubiera existido si la sociedad se devuelve a los accionistas y se liquida a principios de 1989 como anunció el Superintendente Bancario a la vista de los balances de cierre de 1988...”* (hechos 42 y 50 de la demanda, folio 14 cd. ppal.)

Vista la aseveración anterior, no resulta aventurado sostener que no se presenta una relación de causalidad entre las conductas de la administración, referentes al pago de una obligación impuesta en la ley -desvalorización monetaria- con cargo a la liquidación y los supuestos perjuicios ocasionados al efectuarse el pago por desvalorización monetaria. El artículo 1.8.2.3.5, letra s. del Decreto 1730 de 4 de julio de 1991, el numeral 9 letra p. del artículo 295 y el numeral 15 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993, y el numeral 18 del artículo 5 del Decreto 2418 de 1999, dispusieron que una vez atendidas las obligaciones presentadas y aceptadas, o el pasivo cierto no reclamado si había lugar a él, si quedare un remanente de activos se debía reconocer y pagar una desvalorización monetaria a los titulares de los créditos atendidos por la liquidación, cualquiera que fuere su naturaleza, prelación o calificación de los mismos, con excepción de los créditos que correspondieran a gastos de administración y de las obligaciones que por derivarse de operaciones

de cambio, debían pagarse en la divisa estipulada o en moneda legal al tipo de cambio del día del pago.

Por lo tanto, los presuntos perjuicios que alega la parte actora por este hecho, no se habrían causado por conductas culposas o negligentes de las entidades que adelantaron y tuvieron a su cargo el proceso, sino que serían producto de la aplicación de una norma de orden público contenida en el Decreto 1730 de 1991 y las subsiguientes normas dictadas posteriormente sobre la materia, que ordenaron con carácter imperativo el pago de una desvalorización monetaria a favor de los acreedores de la sociedad en liquidación, con el fin de compensar con cargo a los recursos de la liquidación la pérdida del poder adquisitivo sufrida por los depositantes, ahorradores o inversionistas sobre las acreencias que se sujetaron al proceso liquidatorio, modificaciones legales cuyos efectos en su aplicación no le serían desde ningún punto de vista imputables a las demandadas. Igualmente, la Sala advierte que el cumplimiento en todos los casos de procesos de liquidación forzosa administrativa de una obligación legal, como es el pago de la desvalorización monetaria, fundada en el interés general y por razones de equidad, no es una carga excepcional que no deba ser soportada por la sociedad intervenida.

En estas condiciones, no se le puede atribuir ninguna responsabilidad por el pago de este concepto a la Superintendencia Financiera (antes Bancaria) o al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

3. LA CONCLUSIÓN

En el caso concreto, una vez estudiados los extremos de la litis, se concluye que no se demostró que el presunto daño antijurídico alegado por los actores, provenga como consecuencia de actuaciones injustificadas, dilatorias o irregulares por parte de las entidades demandadas y, al contrario, se observa que las mismas en el trámite de la liquidación actuaron de conformidad con las etapas previstas en la ley, por lo que no cabe un juicio de reproche a las mismas habida cuenta de que actuaron en derecho y no se demostró por la parte actora que el período en que duró el proceso haya sido injustificado y que, en tal virtud, esa fue la causa eficiente de los daños reclamados.

En efecto, en el proceso quedó demostrado: i) Que para los años de 1988 y 1989 no era posible culminar con el proceso de liquidación, dado que existían etapas legales aún por agotar, las cuales el liquidador no podía soslayar; ii) Que para los años de 1990 y 1993, encontrándose suspendidas provisionalmente por orden judicial las resoluciones de pago del proceso de liquidación, tampoco se podía haber terminado el mismo; iii) Que entre la fecha en que comenzó la liquidación (1989) y estando suspendidos los pagos en la liquidación por la razón anterior (1993), entró en vigencia el Decreto 1730 de 1991, que estableció la figura del pago por desvalorización monetaria a los acreedores, norma de obligatorio cumplimiento dentro del proceso de liquidación; iv) Que si bien hubo una demora para la culminación del proceso de liquidación, ésta no fue la causa eficiente del daño alegado por los actores, esto es, la pérdida de valores por repartir entre los accionistas de la sociedad liquidada, por cuanto lo cierto es, como la afirma el grupo demandante, que el pago del pasivo por desvalorización monetaria fue el que finalmente dejó sin patrimonio a la entidad, pago a partir del cual, como se explicó, no se le puede atribuir alguna responsabilidad a la Superintendencia Financiera (antes Bancaria) o al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Por lo tanto, no se probó un daño antijurídico causado por una irregular actuación de las demandadas y por el cual deban responder, esto es, una actividad injustificadamente tardía o irregular por parte de ellas; por ende, como no quedó establecida la existencia de los hechos causantes del perjuicio aducido, esto es, no demostró que el término que duró el proceso fue injustificado, no existe nexo causal entre la operación administrativa examinada y la alegada pérdida de un patrimonio por repartir para los accionistas o el valor de las acciones o de los derechos que estas representaban en la sociedad liquidada para el grupo accionante.

Cabe anotar que la sociedad de la cual hacía parte el grupo demandante como accionistas perdió su patrimonio dentro del proceso de liquidación, pero no por la actuación de las entidades demandadas en el proceso de liquidación forzosa administrativa de la que fue objeto, sino como consecuencia mediata de las actividades precedentes realizadas por la sociedad contrarias a sus deberes en el desarrollo de la actividad financiera (cesación de pagos a sus usuarios y patrimonio neto por debajo del 50%), atribuibles exclusivamente a la misma y que dieron origen a la adopción de la toma de posesión de sus negocios, bienes y haberes por la Superintendencia Financiera (antes Bancaria), conductas constitutivas de incumplimiento de sus obligaciones con los usuarios o de manejo

inseguro de los negocios con las cuales propiciaron y quedaron expuestas a un riesgo de sufrir pérdidas, como en efecto ocurrió.

En otras palabras, si los activos de la sociedad no fueron suficientes para distribuir un remanente entre los accionistas a prorrata de sus derechos, no se debió a una conducta negligente desplegada por la administración a través de la entidades públicas demandadas o a un retardo injustificado por parte de la mismas, sino a la propia dinámica jurídica, financiera y económica del proceso al cual se vio avocada la entidad intervenida por su propio comportamiento irregular en el desarrollo de su objeto social, proceso en el cual su patrimonio estaba destinado al cubrimiento total de los pasivos para con el público, la constitución de las provisiones requeridas y el cubrimiento de todos los gastos de la liquidación, situación que estaba la sociedad intervenida en el deber jurídico de soportar.

La Sala precisa que no se trata de que a los accionistas de sociedades intervenidas no puedan irrogárseles daños en los procesos de liquidación forzosa administrativa con ocasión de la operación administrativa, sino que para tal efecto deben probar, como se explicó al comienzo de la providencia, la acción u omisión que origina el daño, es decir, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío de la obligación legal a su cargo; el perjuicio infligido y la relación de causalidad entre éste y aquélla; pudiendo la administración, por supuesto, en este régimen de responsabilidad subjetiva, alegar las causales de exoneración.

De otra parte, también aclara que la decisión que se adopta no impide el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que se puedan interponer contra los actos administrativos individualmente considerados que se hayan proferido en el transcurso de la operación administrativa del proceso de liquidación forzosa administrativa objeto del *sub lite*, de ser estas oportunas.

En este sentido, no le asiste razón al apelante que conduzca a revocar la decisión del *a quo*, por falta de motivación, incongruencia o ausencia de análisis crítico de las pruebas, toda vez que en el proceso de la liquidación forzosa administrativa de la Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas, Monssa, Continental, no se vislumbra una demora que se pueda calificar como “injustificada” u otras irregularidades causantes de daños, que comprometan la responsabilidad de la administración a través de las entidades demandadas.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia recurrida, esto es, aquella proferida el 10 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección ‘C’.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE CUMPLASE Y DEVUÉLVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA