

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Contra entidades de vigilancia y control a sociedades administradoras de consorcios comerciales / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Diferencias entre legitimación de hecho y legitimación en la causa material

Se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. (...) Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa, no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la diferencia que hay entre legitimación de hecho y material en la causa, consultar sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 14178 M.P: Germán Rodríguez Villamizar y sentencia de 17 de junio de 2004, Exp. 76001-14452 M.P: María Elena Giraldo Gómez.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Del Ministerio de Desarrollo Económico / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - De la Superintendencia de Sociedades

Se tiene que, evidentemente, la legitimación de hecho en la causa, por pasiva, concurre tanto en relación con el Ministerio de Desarrollo Económico como en relación con la Superintendencia de Sociedades (...) resulta incuestionable que la Superintendencia de Sociedades, en el momento cronológico descrito, no constituía una persona jurídica distinta de la Nación, no es menos verídico que se encontraba facultada para concurrir a los procesos judiciales en defensa de los intereses que gestionaba –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante. Dicho planteamiento, por lo demás, en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –C. de P. C.–, atribuye “... capacidad para comparecer por sí al proceso ...”, a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos; sin embargo, se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales de lo cual se desprende que la circunstancia consistente en que a la Superintendencia de Sociedades, por carecer de

personalidad jurídica independiente antes de la expedición del Decreto-ley 1080 de 1996, no podía ni puede negársele capacidad para ser sujeto, activo o pasivo, en un proceso judicial. (...) resulta todavía más claro e incontrovertible que la Superintendencia de Sociedades cuenta con capacidad para comparecer en cualesquiera procesos judiciales en los que se ventilen asuntos de su interés, como demandante, demandada o interviniente, sin que deba y/o pueda válidamente ser representada por el Ministerio al cual se encuentra adscrita (...) la Superintendencia de Sociedades tenía la capacidad jurídica suficiente para asumir la condición de sujeto procesal representando los intereses de la Nación, comoquiera que los hechos, actos y omisiones que se le endilgan acaecieron con ocasión del ejercicio de las funciones a su cargo, más allá de que el atributo de la personalidad jurídica le hubiere sido expresamente otorgado apenas con el Decreto-ley 1080 de 1996. Por consiguiente, el denominado en su momento Ministerio de Desarrollo Económico —en la actualidad el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con base en lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 790 de 2002—, en la medida en que no intervino en la adopción de las decisiones o en el despliegue de las actividades que el accionante cataloga como la fuente de los daños cuya reparación reclama en el sub lite y, además, careció en todo momento de la potestad normativamente atribuida de asumir la defensa en juicio de los intereses de la Superintendencia de Sociedades en el presente litigio, no cuenta con legitimación en la causa por pasiva dentro del mismo. En el anterior sentido, entonces, se efectuará el respectivo pronunciamiento en la parte resolutive de la presente decisión, por manera que las determinaciones que en ella se adopten en caso de comprometer la responsabilidad patrimonial de alguna entidad, habrán de estar dirigidas, en exclusiva, a la Superintendencia de Sociedades, por las razones que se han dejado expuestas y que dejan claro que es este organismo el centro jurídico de imputación legalmente llamado a resistir las pretensiones de la parte actora en el asunto sub examine.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 44 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 581 / LEY 790 DE 2002 – ARTICULO 4

ACTUACIONES ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – El atributo de personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para que resulte viable asumir la calidad de parte dentro de un proceso

El citado artículo 149 del Decreto 1 de 1984 no hace cosa distinta, entonces, que plasmar con toda claridad, para las actuaciones que deben surtirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que el atributo de la personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para que resulte jurídicamente viable asumir la calidad de parte dentro de un determinado proceso o para actuar dentro del mismo; de hecho, además de así consagrarlo en su ya referido inciso segundo —en el cual hace alusión, como quedó dicho y entre otros sujetos y entidades que no necesariamente cuentan con personería jurídica, a las superintendencias— en el inciso primero preceptúa que “[l]as entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos ...”, al tiempo que agrega que “[e]llas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan”. Téngase presente que la norma legal en cita condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como demandadas o como intervinientes, en los procesos contencioso administrativos, al cumplimiento de funciones públicas por parte de las mismas, mas no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1 DE 1984 - ARTICULO 149

NOTA DE RELATORIA: Referente a la facultad legal que las entidades públicas carentes o no de personalidad jurídica para actuar en procesos judiciales, consultar sentencia de 15 de julio de 1994, Exp. 4921, M.P. Joaquín Barreto Ruíz.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Por desempeño de las funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias / FUNDAMENTO LEGAL – De las funciones de la Superintendencia de Sociedades

Las superintendencias, entonces, tienen a su cargo el ejercicio de una modalidad de la policía administrativa cual es la función de inspección, vigilancia y control de diversos ámbitos de actividad de las personas, en los precisos términos dispuestos por la ley o por la correspondiente delegación o desconcentración de funciones originariamente atribuidas al Presidente de la República, legalmente autorizadas (...) Las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las superintendencias, en general y de la Superintendencia de Sociedades, en particular, encuentran fundamento constitucional, en el marco de la Carta Política vigente con anterioridad al año de 1991, en lo que preceptuaba el numeral 15 del artículo 120, por cuya virtud correspondía al Presidente de la República “ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes”, mientras que en el contexto de la Constitución Política actualmente vigente son los ordinales 8 y 19 del artículo 150 de la Constitución, en armonía con lo previsto en los numerales 24 y 25 del artículo 189 ibídem, las disposiciones que prevén que corresponde al Congreso de la República expedir las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas que realicen o desarrollen las actividades financiera, bursátil, aseguradora o cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, así como sobre las entidades cooperativas y sociedades mercantiles.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1886 – ARTICULO 120 - NUMERAL 15 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 – ARTICULO 150 – ORDINAL 8 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 – ARTICULO 150 – ORDINAL 19 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 – ARTICULO 189 – NUMERAL 24 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 – ARTICULO 189 – NUMERAL 25

INSPECCION, VIGILANCIA Y CONTROL DEL ESTADO – De las sociedades comerciales

Las actividades de inspección, vigilancia y control por parte del Estado respecto de las sociedades comerciales comenzaron a ser realizadas en relación con las sociedades anónimas habida consideración de la característica que a ese tipo societario resulta consustancial: la limitación total de la responsabilidad de los asociados a sus respectivos aportes; dicha particularidad inherente a la sociedad anónima fue concebida como una concesión o privilegio reconocido por el Estado para facilitar y estimular la vinculación de inversionistas a empresas grandes y no siempre promisorias (...) las exigencias previstas tanto en normas de derecho privado como en dispositivos normativos de derecho público para la constitución y para el funcionamiento de las sociedades comerciales, tienen como finalidad la protección de múltiples intereses que en ocasiones resultan coincidentes pero muchas otras veces devienen en divergentes; de un lado, debe darse cuenta de los intereses patrimoniales de la sociedad, los cuales deben ser resguardados de

los posibles abusos e irregularidades en los que pudieren incurrir los administradores u otros órganos sociales. De otra parte, se deben tomar en consideración los intereses de los socios, como particulares, los cuales no siempre coinciden con los de la sociedad, con frecuencia divergen y esa divergencia se puede manifestar en la oposición que pueda existir entre los varios grupos de accionistas.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Creación legal

Con la expedición del Código de Comercio de 1971 —Decreto 410 de ese año—, la Superintendencia de Sociedades dejó de ser simplemente una Superintendencia de Sociedades Anónimas, para denominarse como actualmente se le conoce, vale decir Superintendencia de Sociedades, modificación nominal que tuvo en cuenta tanto el hecho de que el control a su cargo se venía extendiendo a otros tipos de sociedades, como también el postulado consagrado en el artículo 120-15 de la Constitución Política entonces vigente, precepto que sometía a la “inspección necesaria” del Presidente de la República a todas “las sociedades mercantiles” y “conforme a las leyes”. De hecho, el Código de Comercio —C. Co.— introdujo una ampliación bastante considerable respecto del ámbito de operatividad de la “inspección necesaria” del Presidente de la República sobre las sociedades mercantiles, pues si en la Ley 58 de 1931 se había limitado el control a las sociedades anónimas, en el Estatuto Mercantil se previó la extensión de ese mismo control a las sociedades de otras formas o tipos, como lo establece el artículo 267 del citado cuerpo normativo. En la misma dirección anotada, el Decreto 2059 de 1981 amplió aún más el elenco de compañías sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades comoquiera que el criterio fundado en la forma de la sociedad fue sustituido por un criterio objetivo, sustentado en las dimensiones de la empresa social, esto es en el valor de los activos totales, incluyendo en él las valorizaciones de los mismos, cualquiera que fuere el tipo de la sociedad; para introducir el mencionado cambio se tuvo en cuenta que las empresas de dimensiones relativamente grandes, más allá del tipo societario del que se tratare, no solían tener numerosos acreedores y asociados, sino que constituyen también una fuente importante de empleo, razón por la cual en su buen funcionamiento está interesado el orden público económico.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1886– ARTICULO 120 – NUMERAL 15

VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – A las sociedades administradoras de consorcios comerciales

Una de las modalidades de compañía respecto de la cual la ley determina que la Superintendencia de Sociedades debe llevar a cabo labores de vigilancia, es la constituida por las sociedades administradoras de consorcios comerciales —como Multiautos S.A.—, en el entendido de que estas empresas se dedican esencialmente al suministro de bienes o de servicios bajo el mecanismo consorcial o sistema consistente en que la sociedad capta recursos del público que se destinan, por lo general, a la adquisición de bienes de uso o de consumo, los cuales son usualmente adjudicados entre los consorciados, por el sistema de sorteos. El referido esquema del consorcio comercial, además de permitir el acceso a un mecanismo de financiación para sus usuarios, contempla generalmente fórmulas de ajuste de precios que permiten la actualización de los mismos de acuerdo con la variación que experimente el índice de inflación. Las aludidas sociedades administradoras de consorcios comerciales, por el hecho de recaudar recursos provenientes del ahorro privado, estuvieron inicialmente

vigiladas por la entonces denominada Superintendencia Bancaria, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1970 de 1979; no obstante, a partir del año 1988 se produjo la transferencia de las facultades de vigilancia sobre los consorcios comerciales a la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1 del Decreto 1941 de 1986.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1941 DE 1986 – ARTICULO 1

COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – Para fiscalizar actividad de empresas administradoras de consorcios comerciales / TOMA DE POSESION DE LOS BIENES, HABERES Y NEGOCIOS – Del consorcio comercial Multiautos S.A.

Medidas que se encuentra al alcance de la Superintendencia de Sociedades cuando fiscaliza la actividad de empresas como las administradoras de consorcios comerciales —caso de Multiautos S.A.—, medida que de hecho está probado en el plenario que fue adoptada en el asunto sub judice, es la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la compañía vigilada (...) existen múltiples alternativas en manos de la Superintendencia de Sociedades al momento de elegir qué curso de acción ha de emprender con el propósito de reconducir las actuaciones contrarias a la ley o a los estatutos de alguna sociedad vigilada, algunas de tales opciones más restrictivas y aflictivas para la compañía vigilada que otras, de suerte que mal podría negarse que el organismo de control ejerce, en este ámbito, potestades discrecionales que si bien le proveen de los necesarios márgenes de apreciación para procurar la elección de las medidas que de mejor manera salvaguarden tanto el interés general como los derechos e intereses de la empresa, de sus socios y de terceros, en modo alguno la facultan para adoptar proceder o determinaciones ligeras, caprichosas o insuficientemente justificadas, pues si se atiende tanto a lo normado por el artículo 36 C.C.A

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 36

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios consultar sentencia de 16 de abril de 2007, Exp. 25000-23-25-000-2002-00025-02 (AG), M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

PROPOSITO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE INSPECCIONAR Y VIGILAR - Compañías y sociedades comerciales

El propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan —constitucionales, legales y reglamentarias—, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente, en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judice pudiese consistir en hacerle asumir obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daños a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. La responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, sólo puede quedar comprometida si se demuestra en el proceso **(i)** que el servicio a cargo de la Superintendencia no fue prestado o lo fue de manera tardía, negligente o equivocada y **(ii)** que esa falla en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se deprecia.

FUNCION DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – Asegurar el cumplimiento de las normas del sector inversionista frente a usuarios o damnificados

La responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, pues “La función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector, no puede perderse de vista que el contenido obligacional a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda -so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar (...) cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado -el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión-, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general, frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser -se itera- la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION DE ENTIDAD SUPERVISORA OFICIAL - En el cumplimiento de sus deberes legales / FALLA DEL SERVICIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Inexistente por cuanto no se acreditó rubro alguno que demostrara el deficiente obrar del ente de vigilancia

Es precisamente la aludida falla en el servicio la que Sala entiende que en alguna se encuentra acreditada en el sub lite, pues ni uno solo de los rubros en los cuales el accionante radica la existencia de ese deficiente obrar de la Superintendencia de Sociedades en el presente asunto, realmente puede entenderse configurado ni menos constitutivo de la alegada falla en mención. Así pues, en cuanto tiene que ver con la decisión adoptada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1941 de 1986 por cuya virtud se dispuso asignar las funciones de vigilancia y control respecto de las sociedades administradoras de consorcios comerciales, que antes estaban radicadas en cabeza de la entonces denominada Superintendencia Bancaria, a la Superintendencia de Sociedades, mal podría estimarse —como lo pretende el actor— que ello constituye una falla en el servicio comoquiera que con ello supuestamente se habría dejado desprovistos a los clientes de ese tipo de compañías, del respaldo que ofrecía el FOGAFIN; de un lado, ha de señalarse que la mencionada decisión de reasignación de competencias administrativas fue adoptada por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad que le atribuía el inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Política entonces vigente, precepto por cuya virtud “[L]a distribución de los negocios, según sus afinidades entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, corresponde al Presidente de la República”. Y, de otra parte, en modo alguno dicha determinación afectó la situación jurídica de los clientes de las sociedades administradoras de consorcios comerciales, pues el artículo 2 del mencionado Decreto 1941 de 1986 fue absolutamente claro al establecer que la Superintendencia de Sociedades —al igual que las otras entidades a las cuales se asignaron competencias que antes se encontraban en cabeza de la entonces llamada Superintendencia Bancaria.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 132 /
DECRETO 1941 DE 1986 - ARTICULO 2

FALLA DEL SERVICIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – No se acreditó tardanza en intervenir incumplimiento de Multiautos S.A. por el contrario se probó la intervención del ente de vigilancia tan pronto le fueron asignadas esas funciones

En cuanto tiene que ver con la supuesta tardanza de la Superintendencia de Sociedades en intervenir en el caso de los reiterados incumplimientos de Multiautos S.A., para con sus clientes y con la alegada “tibieza” o “debilidad” de las determinaciones que el organismo de fiscalización adoptó, las cuales —en el sentir del accionante— constituyeron medidas ineficaces para impedir que la sociedad en comento entrara en quiebra, estima la Sala que el abundante material demostrativo acopiado en el plenario da cuenta de una situación completamente diversa de la planteada por el demandante. Ello por cuanto las pruebas en mención evidencian que la Superintendencia de Sociedades inició labores de inspección respecto de Multiautos S.A., tan pronto asumió las correspondientes funciones que le fueron asignadas y que antes ejercía la entonces nombrada Superintendencia Bancaria, por manera que realizó visitas a la referida sociedad y levantó detalladas actas en las cuales se dejó explícita y pormenorizada constancia de la situación financiera, jurídica y contable de la sociedad, actas de las cuales corrió los correspondientes traslados a los administradores de la persona jurídica vigilada, de las cuales igualmente se sirvió para proferir actos administrativos impartiendo instrucciones encaminadas a que las irregularidades detectadas se subsanaran e incluso para imponer multas al representante legal y al revisor fiscal de Multiautos S.A., por incumplir sus obligaciones legales y estatutarias en el manejo de los asuntos de la compañía.

RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Inexistencia dado que impartió la orden de capitalización de la sociedad y ante las continuas irregularidades dispuso la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de Multiautos S.A. y su liquidación

En el momento en el cual, con base en criterios técnicos, en argumentos jurídicos y en análisis financieros que no fueron cuestionados en el presente proceso y que tampoco se demostró o se evidenció que resultaran manifiestamente irrazonables o desproporcionados, en el momento en el cual lo estimó pertinente y procedente para garantizar la pervivencia de la empresa, la Superintendencia de Sociedades impartió, con las debidas justificaciones y soportes documentales, la orden de capitalización de la misma, continuó con el seguimiento respecto de la obediencia a las instrucciones que dictaba a los administradores de la sociedad —de hecho, las pruebas dan cuenta de que tales obligaciones iban siendo progresivamente atendidas— e intentaba controlar la legalidad de las actuaciones de los mismos concediendo los correspondientes permisos de funcionamiento para la empresa por períodos relativamente cortos y manteniendo las órdenes de realizar visitas de inspección y vigilancias especiales a la compañía en mención. A pesar de todas las anteriores gestiones, una nueva visita de inspección realizada a Multiautos S.A., en el segundo semestre de 1992, puso en evidencia que la situación financiera y las continuas irregularidades tanto contables como jurídicas en que incurrían los administradores de la sociedad se incrementaron, poniendo en riesgo aún mayor la pervivencia de la compañía, al igual que los derechos e intereses de terceros, razón por la cual, nuevamente con las debidas justificaciones y soportes, se dispuso la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de Multiautos S.A., inicialmente con el propósito de intentar el rescate de la sociedad, pero ante

los resultados negativos de las gestiones en tal dirección adelantadas por el agente de la Superintendencia, no quedó más remedio que disponer su liquidación.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – No se probó negligencia de la Superintendencia de Sociedades, por el contrario está acreditada la gestión de los administrados dentro del marco legal

Lejos de evidenciar que la Superintendencia de Sociedades hubiere obrado de manera negligente o displicente, da cuenta de que desplegó todas las atribuciones jurídicas a su alcance, adelantó múltiples actividades y puso en marcha diversos mecanismos con el propósito de encausar la gestión de los administrados y del revisor fiscal de Multiautos S.A., dentro de los parámetros de la ley y de los estatutos de la compañía, no obstante lo cual, por razón de las actuaciones de dichos administrados y no de la Superintendencia, todo lo hecho por ésta resultó infructuoso y se hizo necesario tomar posesión de los bienes, haberes y negocios de la empresa para, posteriormente, tener que impartir la indeseada orden de liquidación de la misma. Todas las actuaciones de la Superintendencia en este caso se encuentran debidamente soportadas en documentos que fueron allegados al proceso y que dan fe de que lo hecho por el personal de dicha entidad se sustentó en criterios y en evaluaciones técnicas, jurídicas y contables objetivas, llevadas a cabo en pluralidad de ocasiones, de manera continua, esto es que el contenido obligacional a cargo de la entidad demandada fue debidamente satisfecho y en cuanto al presente caso se refiere no incurrió en falla alguna en la prestación del servicio a su cargo. Finalmente, por cuanto respecta a la supuesta falta de información sobre la apertura del procedimiento de liquidación administrativa de Multiautos S.A., al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, despacho judicial en el cual afirma el demandante que cursaba el proceso ejecutivo que habría promovido contra la multicitada sociedad, no obra en el expediente material demostrativo alguno que permita establecer que el referido proceso de ejecución realmente hubiere existido y que la Superintendencia de Sociedades hubiere tenido la posibilidad cierta de informar sobre la apertura del mencionado proceso liquidatorio y pese a ello no procedió de dicha manera. No se acreditó la existencia entonces, tampoco por este concepto, de la falla en el servicio alegada por la parte actora.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá., D.C., tres (3) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984)

Actor: FRANCISCO HERNANDO TORO VALLEJO

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

Referencia: ACCION DE REPARACION

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 1998 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

“PRIMERO. Niéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Absténesse de condenar en costas a la parte actora” (fls. 273 a 287, c. 3).

1. ANTECEDENTES

1.1 Lo que se demanda.

Mediante libelo presentado el día 26 de enero de 1995 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fls. 168-175, c.1), a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el señor Francisco Hernando Toro Vallejo instauró demanda encaminada a que se declarara al Ministerio de Desarrollo Económico responsable por los perjuicios causados al actor como consecuencia de las pérdidas económicas que sufrió a raíz de las fallas en el servicio que —a juicio del accionante— se presentaron en las actividades de vigilancia que las autoridades competentes desplegaron respecto de la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., labores que resultaron insuficientes y tardías al punto que muchos ciudadanos que —como el demandante— celebraron negocios con dicha persona jurídica, quedaron en situación de desprotección frente a los continuos y reiterados incumplimientos de la referida sociedad, los cuales desembocaron en la quiebra de la misma y en la defraudación de sus clientes.

Como consecuencia de la anterior declaración, el actor reclamó que le fuera pagada la suma de veintinueve millones quinientos noventa y tres mil novecientos ochenta pesos —\$ 29`593.980.00—, *“por concepto de daños y perjuicios”* y que dicha suma *“sea indexada y actualizada para el momento del cumplimiento de la sentencia”*.

1.1 Los hechos.

La demanda dio cuenta de que la “Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A.” era una persona jurídica dedicada a la captación y administración de dineros provenientes del público mediante la formación de grupos para la entrega de bienes o servicios; inicialmente, dicha sociedad estuvo sometida a la supervisión y control de la Superintendencia Bancaria, situación que posteriormente varió al pasar, no obstante dedicarse a la captación de dineros del público, a ser vigilada por la Superintendencia de Sociedades y sin el respaldo del Fondo de Garantías, lo cual constituyó *“la primera falla en la prestación del servicio”*.

La Supersociedades, además, no prestó atención —según el accionante— a las múltiples denuncias que empezaron a presentarse en contra de Multiautos a raíz de los abusos que esa sociedad cometía en contra de sus clientes y de múltiples irregularidades en su manejo —como, por ejemplo, que llevaba doble contabilidad, que los recursos provenientes del público eran depositados en cuentas personales de los socios, que los sorteos los realizaban sin la supervisión de la Dirección de Rifas, Juegos y Espectáculos, entre otras— que deberían haber conducido a la disolución y liquidación de la sociedad, no obstante lo cual la Superintendencia *“se limitó a hacerle tímidas e ingenuas recomendaciones o llamadas de atención y a concederle permiso “temporal” de funcionamiento permanentemente. En agosto 31 de 1992 se decretó una vigilancia especial, pero sólo fue en los papeles, pues nada se hizo”*.

Los anotados comportamientos desembocaron en la quiebra de la sociedad, con lo cual fueron defraudados cientos de ciudadanos —entre ellos el accionante— sin que la Superintendencia de Sociedades hubiere hecho algo para evitarlo, salvo una tardía intervención ante la Unidad 9ª de Fiscalías de Patrimonio de Bogotá, pero cuando los activos de la sociedad eran ya inexistentes.

El señor Hernando Toro Vallejo, según se narra en la demanda, *“efectuó una suscripción para la adquisición de vehículos por valor de casi \$30'000.000.00 y en el año de 1987, después de haber cancelado casi \$15'000.000.00, hizo entrega de tres volquetas por valor de \$15'000.000.00, para que le entregaran los vehículos por el sistema de adjudicación”*; entiende el accionante que al proceder

de esta manera, Multiautos S.A., obró irregularmente comoquiera que no estaba autorizada para negociar con vehículos pesados, modo de actuar que fue conocido por la Superintendencia, entidad de vigilancia y control que a pesar de ello —siempre según el demandante— nada hizo al respecto. El señor Toro Vallejo llegó a un acuerdo con Multiautos S.A., para que sus volquetas y el dinero que había entregado le fueran devueltos, pero de éste Multiautos S.A., quedó debiéndole la suma de \$645.000, la cual no le pagó de manera injustificada.

Paralelamente, el señor Toro Vallejo suscribió con Multiautos S.A., otro contrato para la adquisición de un vehículo Renault 4; a finales de 1989 *“el demandante pagó por oferta el precio, para que se le entregara el vehículo por adjudicación, el que debían entregar a más tardar en enero de 1990, pero también le incumplieron”*; frente al descrito panorama, el demandante formuló queja ante la Superintendencia de Sociedades y afirmó haber conocido de la existencia de otras veinte quejas por motivos similares. Empero, *“la Superintendencia en una desidia rayana en la irresponsabilidad, le devolvió la “culpa” al quejoso, haciéndolo responsable del incumplimiento de la denunciada y cuando se le advirtió que se había instaurado demanda, olímpicamente contestó que el asunto ya se les salía de las manos, lo que no es cierto, pues la obligación de [la] Supersociedades era iniciar la investigación administrativa y proceder a aplicar los correctivos legales”*.

El actor manifiesta que hizo llegar a la Supersociedades copia de las providencias judiciales mediante las cuales se ordenó a Multiautos S.A., devolverle a aquél los dineros que le había entregado, con intereses moratorios y el vehículo adquirido totalmente nuevo, pero la Superintendencia *“de nuevo optó por su conducta negligente y displicente”*; comoquiera que Multiautos S.A., no acató las órdenes que le fueron impartidas en las decisiones judiciales en mención, el señor Toro Vallejo inició el correspondiente proceso ejecutivo, pero al intentar la materialización de embargos se encontró con la sorpresa de que las instalaciones de Multiautos S.A., estaban cerradas porque esa sociedad había entrado en proceso de quiebra, ante lo cual

“[S]e viajó a la ciudad de Santafé de Bogotá y la respuesta de Supersociedades fue que ya se habían vencido los términos para hacerse parte y que ellos habían informado a todos los juzgados donde cursaba un proceso contra Multiautos, lo que no es cierto, pues la comunicación nunca le llegó al Juzgado 9º civil del circuito de la ciudad de Medellín, en donde cursa el ejecutivo”.

El aquí demandante expresa que a pesar de que la Superintendencia de Sociedades tenía el expediente completo de la queja No. 21 instaurada por el demandante y de que conocía paso a paso lo que estaba ocurriendo, ni siquiera le comunicó que Multiautos S.A., había entrado en quiebra para que se hiciera parte y que *“las publicaciones se hicieron en periódicos de circulación en la ciudad de Bogotá y de muy poca circulación en la provincia”*.

1.3 Trámite de la primera instancia.

1.3.1 Mediante proveído fechado en marzo 28 de 1995, el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia se declaró sin competencia por el factor territorial para conocer del presente proceso y dispuso la remisión del negocio al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 177-188, c. 1); éste último, mediante auto del 15 de junio de la misma anualidad, admitió la demanda (fl. 184, *ídem*).

1.3.2 El Ministerio de Desarrollo Económico dio oportuna contestación al libelo introductor del litigio por conducto de apoderado, mediante escrito en el cual pidió que no se acceda a las pretensiones del demandante; expresó que no le consta hecho alguno de los que fundamentan la demanda y que, por tanto, se atiene a lo que respecto de ellos se pruebe en el proceso, al tiempo que adujo que las pruebas aportadas por el accionante demuestran que la actuación de la Superintendencia de Sociedades fue oportuna, diligente y prudente *“durante los procedimientos que aplicó a la sociedad ADMINISTRADORA DE CONSORCIO COMERCIAL MULTIAUTOS S.A.”*.

De otro lado, el apoderado del Ministerio accionado denunció el pleito a la Superintendencia de Sociedades en atención a que el actor cuestiona la forma como dicha entidad, que cuenta con capacidad para comparecer por sí misma al proceso y es la competente para ejercer las funciones de inspección y vigilancia respecto de la actividad de personas jurídicas como Multiautos S.A., ejerció las atribuciones que la ley le confiere para controlar las conductas de la mencionada sociedad que el demandante cataloga como irregulares (fls. 188-198, c.1).

El Tribunal Administrativo *a quo*, a pesar de que mediante proveído calendado el 2 de noviembre de 1995 estimó improcedente y denegó la denuncia del pleito formulada por la parte accionada por considerar que la Superintendencia de Sociedades no tiene personalidad jurídica para actuar por sí sola dentro del

proceso, de suerte que debe hacerlo a través de la Nación, aquí representada por el Ministerio de Hacienda (fls. 205-206, c. 1), de manera oficiosa y a través de providencia de la misma fecha dispuso la adición del auto admisorio de la demanda en el sentido de ordenar la notificación del mismo a la Superintendencia de Sociedades (fl. 207, c. 1).

1.3.3 La Superintendencia de Sociedades dio contestación a la demanda mediante escrito con el cual aceptó como ciertos algunos de los hechos en los cuales aquélla se fundamentó; expresó que la mayor parte de tales presupuestos fácticos no le constaban y negó veracidad a los demás; fue especialmente enfática en señalar que *“la toma de posesión corresponde a una facultad en extremo sancionatoria razón por la cual no es viable emplearla con la presentación de una queja o quejas”* y que si bien el permiso de funcionamiento de Multiautos fue prorrogado, *“dicha prórroga no fue excesiva en demasía y procuraba además de regularizar la situación de la compañía permitirle ejercer un control estricto y un seguimiento especial, que le permitiera a la Superintendencia decretar la toma de posesión como en efecto lo hizo”*.

Insistió en que la Superintendencia de Sociedades actuó con la debida diligencia, de acuerdo con las competencias que le han sido asignadas y que no es cierto que no se hubiera comunicado al Juzgado en el cual cursaba el proceso ejecutivo iniciado por el señor Toro Vallejo en contra de Multiautos, que esta sociedad había entrado en proceso de quiebra, pues *“el Jefe de la Oficina Regional de la ciudad de Medellín radicó el oficio 003788 del 16 de diciembre de 1993 dirigido al Juzgado Noveno Civil del Circuito de esa ciudad, el mismo día, mes y año a las 11:06 ...”*; añadió que todos los acreedores tuvieron las mismas oportunidades para presentar sus créditos comoquiera que fueron realizadas publicaciones en varios periódicos, entre ellos El Tiempo, en las cuales se les avisó que debían hacerse parte dentro del proceso de quiebra, como en efecto lo hicieron las personas que presentaron sus reclamaciones en todo el país —83 en Bogotá, 5 en Cali, 106 en Barranquilla, 56 en Medellín y 8 en Pereira—, circunstancia que acredita —en el sentir del apoderado de la Superintendencia accionada— que las publicaciones en los diferentes periódicos sí resultaron eficaces.

Asimismo, se expresó en esa contestación a la demanda que *“la Superintendencia dentro de su sabiduría puede encaminar una sociedad dentro de*

determinados parámetros legales, antes de tomar medidas correctivas, con el único fin de salvar la empresa y lograr que todas las actuaciones de ella se adecúen a los estatutos y a la ley ...”. Explicó que con ese propósito —como según la demandada, lo demuestran las pruebas obrantes en el proceso— la Superintendencia adelantó varias visitas a Multiautos, expidió resoluciones impartiendo órdenes a los administradores de dicha sociedad e impuso multas a algunos de ellos.

Explicó la Superintendencia de Sociedades que las funciones de vigilancia a su cargo cuando conoce de las quejas que se presentan en desarrollo de los contratos de suscripción celebrados entre una sociedad administradora de consorcios comerciales y terceros, se ejercen en razón a que se debe velar por el cumplimiento de las normas a las cuales están sujetas dichas sociedades, mientras que es a los jueces civiles a quienes corresponde dirimir las controversias que se susciten en ejecución de los referidos contratos, por manera que mal hubiera obrado la Superintendencia en caso de exigir al consorcio Multiautos el pago de una suma de dinero que estaba en discusión con el señor Hernando Toro Vallejo, pues ello habría comportado una extralimitación en el ejercicio de las funciones a cargo de la entidad administrativa en comento; añadió que lo que ésta hizo, entonces, fue ejercer las facultades con las cuales cuenta para lograr que el Consorcio *“cumpliera en forma estricta con la esencia del consorcio, el cual es que la persona una vez entregadas las cuotas pertinentes en forma cumplida, adquiera su bien o servicio, por sorteo u oferta, de acuerdo con la filosofía de los planes comerciales”* (fls. 219-236, c. 1).

1.3.4 Una vez expiró el período probatorio, se llevó a cabo audiencia de conciliación, la cual fue declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio tanto del Ministerio de Desarrollo Económico como de la Superintendencia de Sociedades (fl. 249, c. 1); seguidamente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo en la primera instancia (fl. 264, c.1), oportunidad dentro de la cual se pronunciaron tanto el Ministerio como la Superintendencia demandados y la parte demandante, mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

La Superintendencia de Sociedades insistió en que cumplió cabalmente con las obligaciones a su cargo en el presente caso comoquiera que nunca descuidó a Multiautos y empleó funcionarios capacitados —abogados, economistas,

contadores, ingenieros, entre otros— para realizar tanto las visitas a la mencionada sociedad como la correspondiente evaluación de los resultados que las mismas arrojaron; expresó que, en ese orden de ideas, fueron realizadas tres visitas —dos en 1989 y una en 1992—, se profirieron dos resoluciones impartiendo órdenes a los administradores de Multiautos y seis imponiéndoles sanciones, además de haber dictado otros actos administrativos en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia que condujeron a que, finalmente, se produjera la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la sociedad tras un seguimiento que se prolongó por más de cuatro años, el cual permitió constatar las múltiples irregularidades en las que se incurrió en el manejo de los negocios gestionados por la persona jurídica inspeccionada.

Agregó el apoderado de la Superintendencia de Sociedades que para otorgar un permiso de funcionamiento provisional previamente debe existir una evaluación financiera, jurídica y contable, pues precisamente el permiso provisional se otorga mientras se corrigen las irregularidades o las deficiencias que la entidad de vigilancia ha detectado, de modo que resulta imperativo para la sociedad vigilada corregir las fallas dentro del término que se le fije, si pretende que le sea concedido un permiso definitivo; así pues, teniendo en cuenta que Multiautos no respetaba las normas jurídicas y contables que regulaban su funcionamiento, *“la Superintendencia obrando como lo determinó el legislador, no podía más que conceder permiso provisional de funcionamiento a la sociedad y ésta a su vez, dentro del término que se le fijaba, cumplir con los requisitos previamente exigidos”*.

Finalmente, la Superintendencia de Sociedades reiteró que la función de vigilancia a su cargo respecto de las sociedades comerciales *“se encuentra encaminada a la realización del derecho objetivamente considerado (...) para que se logre la cumplida ejecución de las normas que gobiernan la formación y funcionamiento de las personas jurídicas mercantiles”*, pero que en desarrollo de tales actividades de control no puede llegar al reconocimiento o desconocimiento de los derechos subjetivos de los particulares cuando quiera que exista controversia entre ellos al respecto, pues en tales casos la solución del conflicto constituye competencia de las autoridades judiciales (fls. 266-273, c. 1).

El Ministerio de Desarrollo Económico solicitó declarar infundadas, en su totalidad, las pretensiones de la demanda en cuanto apuntan a vincular al Ministerio con los hechos materia de litigio, pues la Superintendencia de

Sociedades, de conformidad con lo establecido por el Decreto 2155 de 1992, es un organismo autónomo para ejercer las funciones que la ley le asigna y es ella, por tanto, el ente que cuenta con *legitimatío ad processum* para comparecer en el presente juicio (fls. 76-79, c. 2)

El accionante ratificó lo manifestado en la demanda en el sentido de que la intervención de la Superintendencia de Sociedades en el presente caso fue tardía habida cuenta de que *“las denuncias ante la Fiscalía ya no remediaban el mal realizado contra el patrimonio económico de los ciudadanos. El despliegue debió realizarse en los albores de la problemática, en el momento en que se percibieron las irregularidades y cuando las quejas empezaron a llegar una tras otra”*; expresó el demandante que las actividades de control de la Superintendencia sólo comenzaron a desplegarse *“cuando ya todo estaba consumado y del consorcio sólo quedaba el rastro. En ese momento, los pocos bienes que quedaban no alcanzaban a cubrir el uno por ciento de los dineros captados del público”*. También insistió la parte actora en que la falla en el servicio comenzó cuando el Gobierno Nacional excluyó a Multiautos, a pesar de captar dineros del público, tanto de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria como de la protección del Fondo Nacional de Garantías, de suerte que

“lo lógico y lo racional, era entonces que si el Estado permitía su funcionamiento [el de Multiautos], también el Estado quedaba con la obligación de garantizarle al ciudadano una seguridad mínima de sus ahorros. De lo contrario estaría como así ocurrió, patrocinando el empobrecimiento de muchos, para el enriquecimiento de unos pocos” (fls. 274-276, c.1).

1.4 La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, después de relacionar y de valorar el material probatorio obrante en el plenario, negó las pretensiones de la demanda, pues entendió que ni una sola de las tres circunstancias que a juicio de la parte actora habrían dado lugar a la configuración de fallas en el servicio en el asunto *sub judice*, podían realmente catalogarse como tales; así, en primer término, por cuanto respecta al hecho de que se hubiera retirado a las sociedades como Multiautos S.A., de la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria para someterlas al control de la Superintendencia de Sociedades, el a

quo sostuvo que “es al legislador a quien corresponde determinar quién debe ejercer la vigilancia sobre las entidades estatales (sic), dentro del marco de la política general que trace a este efecto, lo cual hizo por medio del Decreto 1941 de 1986, razón por la cual no se incurrió en falla de la prestación del servicio a cargo de la Administración”.

En segundo lugar, en lo atinente a la supuesta falta de inspección y vigilancia de las actividades de Multiautos S.A., por parte de la Superintendencia de Sociedades, el sentenciador de primera instancia concluyó que el material probatorio arrojado al expediente no permite evidenciar que dicha entidad pública hubiera obrado de manera negligente si se tiene en cuenta que decretó y realizó, en varias oportunidades, visitas a la referida sociedad; al detectar irregularidades en el manejo de los negocios de Multiautos S.A., aplicó correctivos específicos y supervigiló el cumplimiento de los mismos; al constatar la imposibilidad de lograr un adecuado funcionamiento de la sociedad, que garantizara la seguridad de los intereses de terceros, ordenó una vigilancia especial que culminó con la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la varias veces mencionada persona jurídica de derecho privado y, finalmente, ordenó la liquidación de la misma, por manera que no se presentó falla alguna en el servicio a cargo de la Administración, más allá de que —en criterio del *a quo*— “la conducta asumida por el actor fue notoriamente imprudente, toda vez que a pesar [de] que la sociedad Multiautos S.A., ya había incurrido en incumplimiento en negocio anterior, a pesar de ello volvió a realizar gestiones o negocios comerciales con dicha sociedad”.

Y, en tercer lugar, por cuanto respecta a la pretendida falta de convocatoria adecuada del aquí accionante al proceso de quiebra de Multiautos S.A., se expresó en el fallo apelado que las publicaciones encaminadas a que los acreedores acudieran al aludido proceso se realizaron en los periódicos “La Gaceta”, de circulación en la ciudad de Bogotá y “El Tiempo”, el cual cuenta con amplia circulación en el territorio nacional, de suerte que se dio estricto cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1946-11 del Código de Comercio, vigente para la época durante la cual ocurrieron los hechos materia de litigio; adicionalmente, indicó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que al expediente no se allegó prueba que demostrara que en el Juzgado 9° Civil del Circuito de Medellín el señor Hernando Toro Vallejo hubiere adelantado un proceso ejecutivo contra Multiautos S.A., luego tampoco resulta posible

“establecer el hecho atinente a haber puesto o no en conocimiento de dicho juzgado la declaración de quiebra” (fls. 273 a 287, c. 3).

1.5 El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión anteriormente referida, la parte actora interpuso recurso de apelación (fl. 292, c. 3), el cual fue concedido mediante auto del 9 de mayo de 2002 (fl. 300, c. 3) y oportunamente sustentado ante el *ad quem* a través de escrito en el cual el impugnante expresó, como motivos de su desacuerdo para con la providencia atacada, que la obligación estatal de velar por los bienes de los ciudadanos a través del ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre la actividad financiera dedicada a la captación de dineros del público, fue desatendida en el caso *sub lite* habida consideración de que el Gobierno resolvió *“eliminar las garantías existentes para tales entidades y simplemente las somete a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, ignorando que la captación de dineros del público requiere una vigilancia especial y un respaldo efectivo para garantizar la inversión realizada por los particulares”*.

Adicionalmente, manifestó el recurrente que la falla en el servicio por parte de la Superintendencia de Sociedades radicó en la tardanza con la cual actuó a pesar de las ciento veinte quejas que igual número de denunciante formularan ante ella y de que desde el 25 de mayo de 1990 la Superintendente Segunda informó que realizado un estudio en Multiautos S.A., se estableció que dicha sociedad no generaba recursos suficientes para atender sus gastos mínimos, lo cual hace inexplicable que se permitiera el funcionamiento de la empresa hasta el 7 de enero de 1993, cuando la Superintendencia tomó posesión de sus bienes, haberes y negocios, actuación que desencadenó el correspondiente proceso de quiebra y la ya tardía denuncia por estafa en contra de los administradores de la sociedad; añadió el apelante que resulta incoherente pretender endilgarle al accionante una conducta *“notoriamente imprudente”* por haber realizado un segundo negocio con Multiautos S.A., mientras la Superintendencia de Sociedades le concedía permiso de funcionamiento y otorgaba prórrogas del mismo, con lo cual se estaría trasladando al particular la responsabilidad de la Administración por no ejercer con diligencia la inspección y vigilancia respecto de la empresa defraudadora, lo cual desconoce que *“el ciudadano de bien cree en la eficiencia del Estado cuando ve que media su aprobación, porque presumiblemente se está ejerciendo un control”*.

Agregó el impugnante que si bien es verdad que la publicación de la declaratoria de quiebra de Multiautos S.A., se llevó a cabo *“en un periódico de circulación clandestina en la ciudad de Bogotá como “La Gaceta””* y en otro de circulación nacional como *“El Tiempo”*, los principios de publicidad y de igualdad indican que ha debido hacerse lo mismo en las ciudades en las cuales Multiautos S.A., ejerció su actividad, pues no puede pretenderse que todos los colombianos estén obligados a leer *“El Tiempo”*; por lo demás, se indicó en el escrito contentivo del recurso de apelación que *“[E]l celo de la magistrada ponente por la prueba atinente a establecer si se había puesto o no en conocimiento del Juzgado 9° Civil del Circuito de Medellín, la declaración de quiebra, hubiera podido satisfacerlo dando aplicación al artículo 169 del C.C.A. ... ”*, pues la prueba de oficio hubiera arrojado la certeza que en relación con este extremo se pretendía por el *a quo*, pero dicha prueba *“no se ordenó y resulta cuando menos injusto que su omisión redunde en perjuicio del lesionado”*.

En el sentir del apelante, en el presente encuadernamiento se encuentran demostrados la falla en el servicio de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Sociedades, el daño que dicho negligente proceder irrogó al señor Hernando Toro Vallejo y el nexo causal entre aquella y éste, razón por la cual debe ser revocada la sentencia impugnada y, en su lugar, resulta procedente que se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 306-318, c. 3).

1.6 Trámite de la segunda instancia.

Mediante auto fechado en agosto 30 de 2012 el recurso de alzada fue admitido (fl. 320, c. 3) y a través de proveído del 13 de septiembre del mismo año se dispuso correr traslado tanto a las partes para alegar de conclusión como al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la segunda instancia. En esta ocasión se pronunciaron la parte actora, el Ministerio de Desarrollo Económico y la Superintendencia de Sociedades, mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

El actor se limitó a expresar que ratificaba en su integridad los argumentos que expuso al sustentar el recurso de apelación y a solicitar, en consonancia con dichos planteamientos, que se revoque la sentencia impugnada y que se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 329-330, c. 3); el Ministerio de Desarrollo

Económico, a su turno, solicitó que se declaren infundadas, en su totalidad, las pretensiones del actor en cuanto pretenden vincular a dicho Ministerio en el presente proceso, comoquiera que el Decreto 2155 de 1992 estructura la Superintendencia de Sociedades como un organismo autónomo, encargado de ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles no sometidas a la vigilancia de otras Superintendencias, incluidas las administradoras de consorcios comerciales, razón por la cual el Ministerio de Desarrollo no tuvo ni jurídicamente podía tener participación o injerencia alguna en los hechos en los cuales se origina el presente encuadernamiento (fls. 323-328, c. 1).

La Superintendencia de Sociedades, por su parte, insistió en que por cuanto respecta a los hechos que dieron lugar a la iniciación del litigio que mediante este pronunciamiento se dirime, cumplió íntegramente con las obligaciones a su cargo y nunca descuidó la vigilancia de la compañía Multiautos S.A., por cuanto decretó y realizó varias visitas a dicha sociedad; al detectar irregularidades ordenó aplicar correctivos específicos; supervigiló el cumplimiento de los mismos y ante la imposibilidad de lograr un adecuado funcionamiento de la empresa ordenó la toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, al igual que su liquidación. En la misma dirección, otorgó varios permisos provisionales de funcionamiento a Multiautos S.A., sobre la base de las correspondientes evaluaciones contables, jurídicas y financieras encaminadas a proteger la inversión realizada por terceros, pues el permiso de funcionamiento definitivo sólo se otorga cuando se comprueba que la sociedad se adecuó plenamente a la ley y a sus estatutos, cosa que no ocurrió en el caso de Multiautos S.A.

Reafirmó la Superintendencia accionada que las funciones a su cargo tienen por objeto la realización del derecho objetivamente considerado, esto es el funcionamiento de las sociedades vigiladas de conformidad con las normas que gobiernan su actividad, pero no comprenden el reconocimiento de derechos en litigio entre los particulares, asunto que compete exclusivamente a las autoridades judiciales, motivo por el cual la Superintendencia se habría extralimitado en sus atribuciones si hubiere procedido a exigir a Multiautos S.A., el pago de suma alguna de dinero que se encontraba en discusión con el aquí demandante; asimismo, reiteró la Superintendencia de Sociedades que cumplió con la obligación legal de efectuar las publicaciones de rigor con el fin de que todas las personas interesadas concurrieran al proceso de quiebra de Multiautos S.A., y

adicionalmente remitió comunicación expresa en tal sentido con destino al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín (fls. 331-333, c. 3).

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

2. CONSIDERACIONES

2.1 Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, considera la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración por razón del recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, dentro del presente proceso, previa relación del material probatorio recaudado en el plenario resulta imperativo despejar los siguientes problemas jurídicos:

(i) Establecer si el Ministerio de Desarrollo Económico cuenta, o no, con legitimación en la causa por pasiva dentro del presente encuadernamiento.

(ii) Precisar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable en el asunto *sub judice* y si se encuentran demostrados, o no, dentro del expediente, los presupuestos que determinan la aplicación del mismo como fundamento para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la producción de los daños cuya reparación reclama el demandante.

2.2. El caudal probatorio obrante en el expediente y su análisis a la luz de las anteriores premisas.

Los siguientes son los elementos acreditativos de los cuales se ha hecho acopio en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de dilucidar si procede declarar al Ministerio de Desarrollo Económico y/o a la Superintendencia de Sociedades responsables de los perjuicios ocasionados al señor Hernando Toro Vallejo como consecuencia de las fallas que este último aduce que se habrían presentado en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, a cargo del Estado, respecto de la sociedad Multiautos S.A.; debe reseñarse que todos los documentos allegados al

expediente fueron aportados en copia auténtica, razón por la cual ha de serles reconocido el mérito probatorio que en Derecho les corresponda:

a. Documento intitulado *“Informe de la situación de la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A.”*, fechado el 4 de marzo de 1991 y suscrito tanto por el Jefe de Entidades Especiales como por el Jefe de Consorcios, Bolsas y Fondos Ganaderos de la Superintendencia de Sociedades; en el escrito en cuestión se realiza una síntesis de las actuaciones desplegadas por dicha Superintendencia en relación con Multiautos S.A., narración que, por resultar útil a efectos de ofrecer un panorama ordenado y completo de buena parte de los presupuestos fácticos de interés para la resolución del presente litigio —muchos de los cuales se encuentran acreditados a través de otros medios de prueba a los cuales se hará referencia enseguida—, se transcribe *in extenso* a continuación:

“1. En julio de 1988 la Superintendencia de Sociedades asume la vigilancia de las sociedades administradoras de consorcios comerciales, conforme al Decreto 1941 de 1986, entre ellas MULTIAUTOS S.A.

2. Mediante Resolución No. 2212 del 23 de mayo de 1983 la Superintendencia Bancaria le concede permiso de funcionamiento por primera vez y cuando asumimos la vigilancia tenía permiso vigente hasta el 30 de abril de 1989, según Resolución 2444 del 30 de abril de 1988.

Con Resolución No. JCB-00679 del 9 de marzo de 1989, esta Superintendencia proroga, por primera vez, el permiso de funcionamiento a MULTIAUTOS S.A., cuya última prórroga venció el 29 de noviembre de 1990, pues aún cuando la Entidad le concedió uno nuevo con vencimiento a 31 de diciembre de dicho año sólo se notificaron hasta enero 3 de 1991, para cuya fecha aquél ya había vencido.

3. Con escrito radicado el 17 de enero de 1991 la sociedad solicitó la prórroga del permiso de funcionamiento para el año 1991, pero atendiendo la sugerencia hecha por la sección de Estudios Económicos y Financieros mediante memorando EEF-141 del 4 de diciembre de 1990 (Anexo), en el sentido de solicitar concepto de la División de Inspección antes de proceder a ampliarlo, ya que si bien la situación financiera no era del todo mala era prudente tener en cuenta el cumplimiento a las órdenes impartidas como consecuencia de las diferentes visitas que se le han practicado, concepto que se solicitó con memorando JCB-020 del 28 de enero pasado (Anexo); en consecuencia, la sociedad se encuentra sin permiso.

4. El 18 de noviembre de 1988 el señor JULIAN GARCIA BARRIA tomó posesión como representante legal de dicha sociedad ante esta

Superintendencia, en reemplazo de DARIO ANGEL SIERRA quien se encontraba posesionado en la Superintendencia Bancaria desde el 16 de octubre de 1985.

5. Durante 1988 se recibieron 9 quejas, en 1989 30, en 1990 20 y en lo que va del año 3, para un total de 62 quejas, que representan el 36.69% del total de quejas recibidas para los consorcios sometidos. De tales quejas el motivo más sobresaliente es la demora en la entrega de los vehículos y en este punto es importante señalar que si bien la mayoría de las actuaciones administrativas se encuentran canceladas, por haber atendido la sociedad las órdenes que se le imparten al respecto, es claro que se están cumpliendo los contratos en la medida en que el suscriptor se queje y esta Superintendencia intervenga.

(...)

6. Esta Superintendencia mediante Auto SD-00272 del 9 de marzo de 1989, con fundamento en el literal p, del artículo 3° del Decreto 1939 de 1986, decretó una vigilancia de carácter especial a dicha sociedad, la cual se llevó a cabo del 13 de marzo de 1989 al 13 de julio del mismo año y dio como resultado la expedición de la Resolución No. 08154 de la última fecha citada (anexo).

De tal providencia resulta importante resaltar el numeral 10 de la parte resolutive, en la cual se ordenaba capitalizar la compañía en la suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100'000.000.00), dentro de los seis meses siguientes a la fecha de ejecutoria de dicha resolución.

El 21 de julio de 1989 el representante legal presenta recurso contra la citada providencia, que se resuelve en la Resolución OR-10467 del 5 de diciembre de 1989 (Anexo), la cual en su parágrafo segundo se pronunció en relación con la capitalización al señalar que dependiendo de los resultados que se obtengan en el último trimestre de dicho año, previa verificación, se haría efectiva la orden de capitalización, en el monto en que a dicha fecha se considerara conveniente.

En Oficio D-15678 del 16 de julio de 1990 (Anexo) la Superintendencia confirma la orden de capitalización en cien millones de pesos, para lo cual se ordena convocar a la Asamblea de Accionistas a fin de aumentar el capital autorizado y proceder a la colocación de acciones y para el efecto se le fijaron plazos.

En la fecha de dicho oficio el señor García se reúne con el Superintendente (...) y acuerdan que enviaría un flujo de caja con el cual podía demostrar que no requería de dicha capitalización, pero que entre tanto iría dando cumplimiento a lo ordenado por el Despacho en cuanto al aumento del capital autorizado y a la presentación del reglamento de colocación.

Sin embargo, dicho señor responde por escrito el oficio citado solicitando que se le aclare la supuesta contradicción entre la orden contenida en el oficio y el acuerdo antes mencionado, ya que según él la orden debía esperar hasta que la entidad estudiara el flujo de caja en comento y señalando que le era imposible convocar con el término fijado por el Despacho porque contrariaba el fijado por los estatutos, hecho que tampoco obedecía a una realidad ya que en el oficio se le ordenaba convocar dentro de los ocho días siguientes a la fecha del

mismo pero no se le fijaba la antelación; al mencionado escrito no se le ha dado respuesta hasta la fecha.

7. En términos generales en cuanto a la parte estrictamente jurídica es difícil establecer un incumplimiento a órdenes ya que el representante legal se cuida en cuanto a dejar vencer los términos que se le fijan y como en el caso antes citado solicita prórrogas, cumple parcialmente o tergiversa las órdenes a fin de solicitar aclaraciones y así dilatar indefinidamente el cumplimiento pero dentro de una imagen de "cumple con lo ordenado".

SUGERENCIAS:

(...)

1. Establecer una vigilancia especial, por el término de tres (3) meses, conforme al artículo 3º literal p, numeral 1 del Decreto 1939 de 1986, para que por este medio se subsanen las múltiples irregularidades que se vienen presentando y determinar si con una buena administración de la compañía sale adelante o, por el contrario, incurre en una causal de toma de posesión.

(...)

2. En coordinación con la Superintendencia Bancaria determinar la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la compañía por una institución autorizada para el efecto por dicha Superintendencia (Art. 3º, lit. p, num. 3 Dcto. 1939/86).

Esta medida podría resultar costosa para la sociedad teniendo en cuenta el porcentaje que tales entidades cobran por la administración.

3. Ordenar la recapitalización de la sociedad (Art. 3º lit. p, num. 4 Dcto., 1939/86). No obstante que la orden de capitalización fue dada debe tenerse en cuenta el comentario contenido en el numeral 6 del presente informe y sería importante que el área competente de la Superintendencia se pronuncie nuevamente sobre la misma y sobre el monto.

En cuanto a este punto cabe señalar que puede adoptarse en conjunto con cualquiera de las demás.

(...)

Finalmente, oída la opinión de la División de Inspección en cuanto a la situación de la compañía en relación con las visitas que se le han practicado se procederá a determinar si es procedente ampliar el permiso de funcionamiento" (fls. 142-146, c. 1).

b. Resolución No. 2444 del 30 de junio de 1988, proferida por la entonces denominada Superintendencia Bancaria, mediante la cual el Superintendente Bancario —artículo primero del acto administrativo en mención— prorrogó el permiso de funcionamiento concedido a la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., hasta el 31 de diciembre de 1988 (fls. 2-3, c. 1).

c. Acta número 00011, levantada por la Superintendencia de Sociedades, relativa a la visita adelantada por dicha Entidad a la Sociedad Administradora de

Consorcio Comercial Multiautos S.A.; en dicho documento se da cuenta de que la visita en comento fue ordenada mediante Auto SV-01325 de agosto 22 de 1988, de que se llevó a cabo entre los días 29 de agosto y 11 de octubre del mismo año y de que pudieron ser constatados los siguientes hechos, entre otros:

“6.1 En contravención a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 19 del Código de Comercio, la sociedad no lleva contabilidad regular de sus negocios, ya que los libros de comercio registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá se encontraron con anotaciones a febrero de 1998 y así permanecieron hasta la fecha de terminación de la visita.

6.2 Del análisis efectuado al rubro Bancos, se estableció:

a. No ha sido implantado un control efectivo para las consignaciones efectuadas directamente por terceros en las cuentas corrientes bancarias de Multiautos S.A., mediante el cual se pueda conocer y verificar oportunamente su origen y que permita comprobar que tales dineros sí se relacionan en las planillas y en los listados mensuales de ingresos.

(...)

6.3 En desacato a lo estipulado en el artículo décimo quinto de la Resolución No. 5958 de 1984:

a. No se entregan oportunamente los vehículos adjudicados. Ejemplos:

(...)

b. Al 31 de agosto de 1988, existían adjudicaciones de vehículos pendientes de entrega con más de sesenta días de vencidas, sin que la sociedad hubiera procedido a cumplir con la entrega de los mismos, de conformidad con la Resolución en mención. Ejemplos:

(...)

6.11 De la prueba efectuada a las órdenes de pago, correspondientes a los meses de enero a junio de 1988, se encontraron abonos a capital e intereses de préstamos sobre los que no hay evidencia de haber ingresado a los fondos de la compañía. Ejemplos:

(...)

6.13 La contabilidad de la sociedad no suministra una historia clara y completa de sus operaciones, por cuanto los libros auxiliares existentes no permiten el completo entendimiento de los principales, ya que no muestran en forma discriminada el movimiento de cada una de las cuentas...

(...)

6.14 Se determinó la violación a lo estipulado en el numeral 3º del artículo 5º del contrato de suscripción, por cuanto la revisión a las Actas de las Asambleas realizadas durante los meses de enero a agosto de 1988, se encontró:

a. A varios suscriptores se les entregó el vehículo sin haber cancelado el valor de la oferta. Ejemplos:

(...)

b. Existen suscriptores a quienes se les adjudicó vehículo por oferta, sin que hubiesen cancelado el valor de las cuotas ofrecidas (...) Ejemplos:

(...)

6.15 En desacato a lo establecido en el artículo décimo primero de la Resolución No. 5958 de 1984, la sociedad en las siguientes asambleas no adjudicó vehículos por sorteo:

(...)

6.16 De la revisión efectuada a los recibos de caja de enero a junio de 1988 se observó que la sociedad recibe préstamos de terceros los cuales registra en la cuenta "Acreedores Varios", sobre los que no se presentó copia del pagaré o documento que soporte tales obligaciones y que permitan verificar: fecha inicial y de vencimiento, intereses pactados, valor inicial, abonos, garantías otorgadas, etc. A manera de ejemplo se citan:

(...)

6.17 Las irregularidades antes mencionadas permiten observar el desacato por parte del revisor fiscal a lo previsto en el artículo 207 del Código de Comercio, pues no se encontró evidencia alguna de la labor de fiscalización efectuada por la señora (...), nombrada como revisor fiscal por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad" (fls. 1-13, c. 2).

d. Acta número 00019, extendida por la Superintendencia de Sociedades en relación con la visita adelantada por dicha Entidad a la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., entre los días 26 de diciembre de 1988 y 3 de febrero de 1989, de acuerdo con lo ordenado en el Auto SV-02342 del 23 de diciembre de 1988, según consta en el texto del acta misma, en la cual, adicionalmente, se dejó consignada la siguiente información:

"6.1 Del estudio selectivo practicado a los diferentes grupos activos del Consorcio se observó que:

a. De acuerdo con los artículos 9 y 10 de la Resolución 5958 del 22 de julio de 1984 expedida por la Superintendencia Bancaria, la Asamblea General de Suscriptores es el órgano facultado para hacer la adjudicación de bienes o prestación de servicios (sorteo y oferta) previo el lleno de los requisitos, a las diferentes personas que tienen cupos suscritos con la sociedad administradora del consorcio. No obstante, al suscriptor Mazco Bogotá S.A., se le han venido cancelando sumas de dinero por concepto de "Abono Adjudicaciones" sobre los diferentes cupos suscritos, sin haberse reunido previamente la Asamblea, pues ésta se realiza con posterioridad a la fecha de la entrega del bien o servicio (dinero). A manera de ejemplo se citan:

(...)

Dicho procedimiento va en detrimento de los demás suscriptores que han venido realizando oportunamente sus aportes.

b. Existen varios suscriptores que en el listado operacional general de suscriptores aparecen como acreedores del sistema, mientras que al revisar el folder individual, se estableció que los mismos ya habían sido adjudicados (sorteo y oferta) en Asamblea General de suscriptores y además entregado el bien o servicio, sin que a la fecha de terminación de la visita se hubiere realizado el traslado a Deudores del Sistema. Ejemplo:

(...)

d. En los listados operacionales figuran suscriptores que no obstante haber cedido su cupo mediante autorización escrita a un nuevo suscriptor, continúan apareciendo ante la sociedad como Deudores o Acreedores del sistema, según el caso. Ejemplo:

(...)

6.2 A noviembre 30 de 1988 existían adjudicaciones de vehículos pendientes de entrega con más de sesenta días de vencidas, sin que la sociedad hubiera procedido a cumplir con la entrega de los mismos, de conformidad con el artículo quince de la Resolución antes citada...” (fls. 15-20, c. 2).

e. Resolución No. 679 del 9 de marzo de 1989, proferida por el Superintendente de Sociedades, mediante la cual se prorrogó hasta el 30 de abril de 1989 el permiso de funcionamiento que a la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., le confirió la entonces denominada Superintendencia Bancaria; en la parte motiva del mencionado acto administrativo se expresa

“[Q]ue a la compañía citada se le han practicado dos visitas a efecto de determinar tanto su situación financiera como si en su funcionamiento se ajusta a las leyes y decretos.

No obstante no haber concluido aún las diligencias aludidas, se observa que existen irregularidades en el funcionamiento de la sociedad, que si bien no hacen improcedente por ahora la prórroga del permiso de funcionamiento solicitada, sí limitan el término por el cual se pueda otorgar la misma...” (fls. 4-5, c. 1).

El citado acto administrativo estuvo precedido del Memorando EEF/14 del 20 de febrero de 1989 dirigido por el Jefe de la División de Investigaciones Económicas de la Superintendencia de Sociedades, al Jefe de Consorcios Comerciales y Bolsas de Productos de la misma entidad, mediante el cual se conceptuó acerca de la situación financiera de la sociedad Multiautos S.A., de conformidad con la información contenida en el balance general a 30 de septiembre de 1988 y en los resultados de las visitas realizadas por la Superintendencia a dicha compañía; en el documento en mención se indicó que la empresa presentaba un elevado grado de dependencia financiera respecto de terceros, no llevaba adecuadamente su contabilidad y evidencia mora hasta de seis meses en la entrega de vehículos, razón por la cual,

“[E]n conclusión, conforme a lo expuesto, se recomienda que el permiso de funcionamiento se expida por un lapso no mayor de seis meses, y que la ampliación del mismo se condicione a que la empresa cumpla con las condiciones pactadas en los contratos, en lo referente al término

para la entrega del vehículo y a que el endeudamiento derivado de acreencias diferentes a las del sistema se reduzca, puesto que como ya se dijo el consorcio comercial está planteado sobre la base de que el Grupo se autofinancie” (fls. 140-141, c. 1).

f. Resolución No. 2903 del 4 de mayo de 1989 emanada del despacho del Superintendente de Sociedades, mediante la cual se resolvió prorrogar hasta el 31 de julio de 1989 el permiso de funcionamiento aludido en el apartado inmediatamente anterior, en favor de la sociedad Multiautos S.A.; en la parte considerativa de la citada decisión se expresó que la anotada determinación se adoptó teniendo en cuenta que *“por Auto SD-00272 del 9 de marzo del presente año se decretó una vigilancia de carácter especial a la compañía en mención y que las circunstancias que aconsejaron tal medida aún continúan vigentes”* (fls. 6-7, c. 1).

g. Resolución No. 8200 del 17 de julio de 1989, proferida por el Superintendente de Sociedades, mediante la cual se impuso la sanción de multa al representante legal de la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., por efectuar multiplicidad de operaciones *“en contravención a varias de las disposiciones señaladas en la Resolución 5958 de 1984, que rige los contratos celebrados en esa época entre dicha compañía y sus suscriptores y por consiguiente, se hace acreedor a la sanción prevista en el artículo 23 del Decreto 2920 de 1982 (lit. a) y en el artículo 11 del Decreto 1970 de 1979...”*; las referidas irregularidades fueron detectadas por la Superintendencia de Sociedades —según se expuso detalladamente en la parte motiva del acto administrativo en comento— con ocasión de la visita que esta entidad practicó a Multiautos S.A., entre los días 26 de diciembre de 1988 y 3 de febrero de 1989 (fls. 8-13, c. 1).

h. Resolución No. 8154 del 13 de julio de 1989, proferida por el Superintendente de Sociedades, mediante la cual impartió diversas órdenes al representante legal de Multiautos S.A., con fundamento en que con ocasión de la vigilancia especial realizada por la Superintendencia respecto de la mencionada sociedad, aquella detectó múltiples irregularidades y/o deficiencias de orden contable, de liquidez, en el manejo de la cartera, en el cumplimiento de las obligaciones con los suscriptores, en la seguridad y el manejo de títulos valores, en el nivel de endeudamiento, en el volumen de gasto, en la observancia de las obligaciones tributarias, entre otras falencias operativas, todas detalladamente expuestas en la parte motiva del referido acto administrativo.

Por tales razones, algunas de las órdenes impartidas a Multiautos S.A., consistieron en disponer que dicha sociedad **(i)** acreditara mediante prueba idónea que adoptó los controles necesarios para un adecuado manejo de la cuenta Fondo de Reserva para que fuese posible conocer el saldo de cada grupo en particular; **(ii)** enviara copia auténtica del estudio que debía realizar a la cartera morosa y a la de difícil recaudo; **(iii)** demostrara que se corrigieron las deficiencias operativas detectadas en el departamento de entregas; **(iv)** evidenciara que realizó los ajustes contables de diversa índole que le fueron indicados; **(v)** restringiera la apertura de nuevos grupos hasta tanto los existentes alcanzaran el número de integrantes exigido en la Resolución mencionada; **(vi)** se explicara satisfactoriamente por qué durante varios años cheques y otros documentos entregados por suscriptores no les fueron oportunamente devueltos a éstos; **(vii)** acreditara *“mediante el envío de copia auténtica de los documentos correspondientes, que la compañía se ha capitalizado en la suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100'000.000), para lo cual se le otorga el plazo señalado en el párrafo tercero de esta providencia”*—de seis meses contado a partir de la ejecutoria de la Resolución citada—; **(viii)** eliminara todos los procedimientos irregulares que había venido utilizando en la celebración de las asambleas de suscriptores, entre otras instrucciones (fls. 21-30, c. 2).

i. Resolución No. 8201 del 17 de julio de 1989, mediante la cual el Superintendente de Sociedades impartió instrucciones adicionales a las impuestas en el acto administrativo aludido en el apartado anterior, comoquiera que —según se explica en la parte considerativa de la providencia en este acápite anotada— con ocasión de la visita realizada por la Superintendencia a Multiautos S.A., entre el 29 de agosto y el 11 de octubre de 1988, fueron detectadas algunas inconsistencias y/o irregularidades relativas al registro de transacciones, al manejo de documentación, al archivo de información y al control respecto de los activos fijos de la sociedad; las órdenes que a través de esta decisión fueron transmitidas se encaminaban, entonces, a que las relatadas inconsistencias en lo atinente al manejo de los activos fijos fueran debidamente corregidas (fls. 31-35, c. 2).

j. Resolución No. 9509 del 5 de octubre de 1989, en cuya virtud el Superintendente de Sociedades impuso una multa a la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., en consideración a que ésta realizó una

campaña publicitaria sin la aprobación previa de aquélla, de conformidad con lo exigido por la letra d) del artículo 3 del Decreto 1939 de 1986 (fls. 14-16, c. 1).

k. Resolución No. 9682 del 17 de octubre de 1989, expedida por el Superintendente de Sociedades, cuyo contenido prorrogó el permiso de funcionamiento a la sociedad Multiautos S.A., desde el 31 de octubre y hasta el 31 de diciembre de 1989, teniendo en cuenta *“las circunstancias que determinaron la necesidad de decretar, por medio del auto SD-0272 del 9 de marzo de 1989, la vigilancia especial realizada entre el 13 de marzo y el 13 de julio del presente año, y la situación financiera por la cual atraviesa la mencionada compañía”*, las cuales determinaron que resultaba *“procedente limitar nuevamente el término por el cual se otorga el mencionado permiso”* (fls. 17-18, c. 1).

l. Oficio número 15680 del 16 de julio de 1990 dirigido por el Superintendente de Sociedades a la entonces Ministra de Desarrollo Económico, en el cual se dejó consignada la siguiente información:

“Como es bien sabido mediante Decreto 1941 del 19 de junio de 1986 se asignó a la Superintendencia de Sociedades la inspección y vigilancia sobre las sociedades administradoras de Consorcios comerciales, antes encomendadas a la Superintendencia Bancaria.

Así, esta entidad ha venido observando con gran preocupación la evolución de las compañías dedicadas a la actividad consorcial que incluye la captación del ahorro privado; precisamente en defensa de los intereses del público, reglamentó el sistema comercial y ha mantenido un control cercano a través de visitas frecuentes a tales compañías.

Entre las 11 vigiladas de este tipo se encuentra la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., representada legalmente por el señor Julián García B., a quien se le practicó visita detectándose múltiples irregularidades que ha venido subsanando; sin embargo, subsiste una alarmante situación de iliquidez, dado que sus ingresos no alcanzan a cubrir los gastos en que periódicamente incurre. Por tal motivo, con fundamento en la normatividad vigente, en la fecha se está ordenando una recapitalización de la compañía, a fin de evitar que se lesionen intereses de terceros” (énfasis añadido; fls. 44-45, c. 1).

ll. Memorando SD-100 del 25 de mayo de 1990 dirigido por la Superintendente Segunda Delegada de la Superintendencia de Sociedades al Superintendente de Sociedades, en el cual se analiza la situación de liquidez de la compañía Multiautos S.A., por el período comprendido entre el 1 de enero y el 30 de abril de 1990; en el citado escrito, con base en el examen de diversos documentos y elementos de la contabilidad de dicha empresa, se concluyó que

“operacionalmente la sociedad no está generando los recursos suficientes para atender sus gastos mínimos, hecho que se considera como una de las causas de las dificultades financieras de la empresa, las cuales tienden a complicarse por la liquidación de un grupo y la prohibición de constituir nuevos” (fls. 133-136, c. 1).

m. Oficio No. 15678 del 16 de julio de 1990 dirigido por el Superintendente de Sociedades al representante legal de la sociedad Multiautos S.A., en el cual puede leerse lo siguiente:

“Desde que se inició el ejercicio de la inspección y vigilancia a través de la Superintendencia de Sociedades, se ha venido observando con preocupación la evolución de la compañía por usted representada, tanto en el aspecto contable como en el financiero, los cuales pueden tener consecuencias jurídicas que afectarían la supervivencia de la misma.

(...)

Las deficiencias contables encontradas en las distintas inspecciones realizadas por la Superintendencia se han venido subsanando, pese a la diversidad de planteamientos y recursos formulados por la sociedad, y en virtud de los plazos que en algunos casos ha concedido el organismo de control.

Pero independientemente de tal aspecto y lo que preocupa de fondo al suscrito Superintendente, es la alarmante situación de iliquidez por la que atraviesa la compañía por usted representada, lo que impone de conformidad con el artículo 3º literal b) ordinal 4º del Decreto 1939 de 1986, hacer efectiva la recapitalización de Multiautos S.A., en cuantía de \$100'000.000.00, con exclusivo destino a capital de trabajo, conforme se había señalado mediante Resolución No. OR-5184 del 13 de julio de 1989, orden que quedó supeditada a los resultados que se obtuvieran en el último trimestre del ejercicio terminado el 31 de diciembre del año anterior (Resolución OR-10467 del 5 de diciembre de 1989).

La medida anterior se fundamenta en el análisis del flujo real de efectivo, efectuado con base en los estados de ganancias y pérdidas presentados por Multiautos S.A., a esta Superintendencia, para el que se tomaron aquellos ingresos y egresos que usualmente se incorporan a la corriente de efectivo de una sociedad” (se deja subrayado; fls. 127-129, c. 1).

n. Auto D-0417 del 14 de marzo de 1991 proferido por el Superintendente de Sociedades, mediante el cual se decretó una vigilancia de carácter especial a la compañía Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., con fundamento en lo preceptuado por la letra p) del artículo 3 del Decreto 1939 de 1986, en armonía con el Decreto 1941 del mismo año (fl. 147, c. 1).

o. Resolución No. 698 del 26 de febrero de 1992, mediante la cual el Superintendente de Sociedades impuso la sanción de multa al Revisor Fiscal de la sociedad Multiautos S.A., por no atender *“las principales funciones que le fueron encomendadas, ni los objetivos de la Institución de la revisoría fiscal”*, el principal de los cuales consiste —de acuerdo con lo que se expresa en el acto administrativo en cita— en verificar que el desenvolvimiento general de la compañía se ajusta tanto a los lineamientos legales como a los estatutarios y a las decisiones de los órganos de administración, función que le da al respectivo contador público la posibilidad de expresar salvedades de manera inequívoca y clara, *“informando los motivos e importancia de las mismas en relación con los estados financieros que dictamina”*, potestad a la cual no se acogió el revisor fiscal sancionado, quien tampoco cumplió con el deber legal de informar sobre las irregularidades detectadas a la asamblea de accionistas de Multiautos S.A., y a la Superintendencia de Sociedades (fls. 42-45, c. 2).

p. Acta No. 321-139, extendida por la Superintendencia de Sociedades, en la cual se da cuenta de la visita realizada por dicho órgano de control a la sociedad Multiautos S.A., entre los días 25 de junio y 24 de julio de 1992, atendiendo a lo ordenado en el oficio 320-16496 del 24 de junio de la misma anualidad; en el escrito en mención se hizo constar, entre los hechos observados, que de la revisión y el análisis tanto a los libros como a los demás documentos examinados se desprende que la compañía no está cumpliendo con el pago oportuno de sus obligaciones, afronta problemas de liquidez y maneja los dineros recibidos en el giro ordinario de sus actividades a través de la cuenta corriente de la cual es titular uno de los accionistas, con desconocimiento de lo ordenado en los artículos 3 del Decreto 2160 de 1986 y 98 del Código de Comercio, relativos a la individualidad del ente contable (fls. 46-49, c. 2).

q. Resolución No. 5294 del 27 de noviembre de 1992, mediante la cual el Superintendente de Sociedades impone la sanción de suspensión del cargo de revisor fiscal al contador público que ejercía dichas funciones en relación con la sociedad Multiautos S.A., por no aplicar las normas de auditoría relativas a la rendición de informes, en especial respecto de la obligación de expresar salvedades de manera clara e inequívoca frente a los estados financieros cuando hubiere lugar a ello y de rendir sus dictámenes y opiniones en forma veraz, digna, leal y de buena fe, evitando simulaciones, prestar su concurso a operaciones fraudulentas o que tiendan a ocultar la realidad financiera del ente contable, en

perjuicio de los intereses del Estado o del patrimonio de los particulares (fls. 50-53, c. 2).

r. Resolución No. 233-4056 del 3 de septiembre de 1992, dictada por el Superintendente de Sociedades, por medio de la cual se concedió permiso de funcionamiento a la sociedad Multiautos S.A., hasta el 31 de diciembre de 1992; en la parte motiva de esta providencia se expresó que a la referida sociedad le había sido concedido permiso de funcionamiento el 24 de julio de 1992, hasta el 31 de agosto del mismo año, a la espera de los resultados definitivos de la visita practicada a dicha compañía entre los días 25 de junio y 24 de julio de esa anualidad; el informe de dicha diligencia arrojó como resultado que la sociedad suspendió el pago de sus obligaciones —se relacionan las acreencias insolutas— y maneja sus negocios de forma insegura por cuanto desde noviembre de 1991 los dineros que administra son depositados en la cuenta corriente de uno de sus accionistas —una persona jurídica a la cual también se visitó entre los días 3 y 14 de agosto de 1992 y se constató que no lleva contabilidad de sus negocios, pues sus libros respectivos fueron registrados ante la Cámara de Comercio el día 3 de agosto de 1992, no se encontraron bienes muebles ni inmuebles en su haber social y su sede se halla ubicada en las mismas oficinas en las cuales opera Multiautos S.A.—, por manera que existen *“irregularidades en el funcionamiento y administración de la sociedad que deben ser subsanadas, so pena de que la compañía, sus administradores o el revisor fiscal se hagan acreedores a las consecuencias legales que el mantenimiento de tal situación conlleva”* (fls. 54-57, c. 1).

s. Resolución No. 0024 del 7 de enero de 1993, mediante la cual el Superintendente de Sociedades tomó posesión de los negocios, bienes y haberes de la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A.; en la parte considerativa de esta decisión se invocaron como fundamentos de la misma las conclusiones que arrojó la visita realizada a Multiautos S.A., a la cual corresponde el acta referida en la letra p) de esta sentencia; el hecho de que si bien es verdad que la orden que fue impartida a Multiautos S.A., en el sentido de no continuar depositando los recursos provenientes de su actividad en la cuenta corriente de la sociedad accionista a la cual se hizo alusión en la letra anterior del presente pronunciamiento, no es menos verídico que se continuó incurriendo en irregularidades en el manejo de la contabilidad de la empresa que permitieron ocultar que se encontraba incurso en causal de disolución por pérdidas de

acuerdo con lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 457 del Código de Comercio; las continuas y numerosas quejas que ante la Superintendencia de Sociedades presentaron los clientes de la empresa, desde el año 1990, por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de ésta y, finalmente, el reiterado incumplimiento de Multiautos S.A., a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Sociedades, así como su persistencia en violar tanto las normas que regulan la actividad de las Sociedades Administradoras de Consorcios Comerciales como las contables (fls. 58-63, c. 2).

t. Resolución No. 3274 del 9 de septiembre de 1993, mediante la cual el Superintendente de Sociedades ordenó la liquidación de la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A.; en la parte considerativa de la decisión en comento, después de hacer referencia a la Resolución mediante la cual se dispuso la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de Multiautos S.A., por parte de la Superintendencia de Sociedades, se expresó lo siguiente:

“SEGUNDO: Que la Superintendencia ordenó la intervención bajo la modalidad de administración, con el objeto de buscar la recuperación de la empresa a través de una solución adecuada a su situación financiera, de manera que se ocasionaran los menores perjuicios a suscriptores y terceros;

TERCERO: Que la primera gestión del agente especial consistió en efectuar un análisis sobre la situación real del consorcio, habiéndose encontrado que en el período inmediatamente anterior a la toma de posesión, se incrementó el incumplimiento sistemático con los suscriptores en lo que se refiere a la entrega de bienes adjudicados y a la devolución de aportes, lo que originó aproximadamente treinta (30) procesos judiciales que motivaron el embargo de los bienes de la compañía y de la unidad comercial (...) también se encontraron serias irregularidades en el manejo de los negocios por parte del representante legal, de lo cual se dio oportuno traslado a la Fiscalía General de la Nación.

CUARTO: Que del análisis del balance cortado a 31 de diciembre de 1992, elaborado por el agente especial y debidamente certificado en los términos del artículo 290 del Estatuto Mercantil, se desprende que la sociedad se encuentra incurso en la causal de disolución descrita en el numeral 2 del artículo 457 del Código de Comercio, toda vez que arroja pérdidas superiores a \$316'000.000, habiéndose reducido su patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito...

(...)

QUINTO: Que el agente especial adelantó diversas gestiones tendientes a buscar nuevos inversionistas a fin de sacar adelante la compañía, con resultados negativos dada la precaria situación económica del Consorcio...

(...)

SEXTO: Que con el objeto de someter a consideración del máximo órgano social la capitalización de la compañía, el agente especial convocó en dos ocasiones a reunión extraordinaria de accionistas, las cuales no se llevaron a cabo por falta de quórum, pues en las dos oportunidades sólo asistió el Banco Comercial Antioqueño S.A., representante del 7.36% del capital suscrito del ente social” (énfasis añadido; fls. 64-67, c. 2).

u. Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, el día 2 de diciembre de 1991, dentro del proceso ordinario promovido por el señor Hernando Toro Vallejo contra la Sociedad Administradora de Consorcio Comercial Multiautos S.A., pronunciamiento en cuya parte resolutive se dispuso:

“CONFIRMA la sentencia apelada, en cuanto impuso el cumplimiento coercitivo de las obligaciones a cargo de la demandada, cuyas prestaciones consisten en pagar suma de dinero, cuyo monto se precisa en \$617.500, por capital, junto con intereses a razón del 5% mensual, contados a partir de febrero 6 de 1989 y hasta cuando se efectúe el pago; \$115.230.11, por intereses causados entre julio 9 de 1988 y febrero 3 de 1989; aspecto en el cual se modifica la sentencia; y con prestación de hacer entrega del carro cuyas especificaciones aparecen en la parte motiva, por la cifra de \$2'819.200, correspondiente al precio de adjudicación; sobre la cual no se computarán intereses, punto por el cual se modifica la sentencia. Sin costas por la apelación” (fls. 69-77, c. 1)

2.3. La legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Desarrollo Económico y de la Superintendencia de Sociedades.

2.3.1 Conviene recordar en este punto, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que ésta, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

Adicionalmente, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa¹. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación

¹ Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

*La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negrillas en el texto original, subrayas fuera de él)².

Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa, no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra³. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:

*«La legitimación **ad causam** material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:*

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»⁴.

Trayendo los conceptos anteriormente referidos al caso concreto, se tiene que, evidentemente, la legitimación de hecho en la causa, por pasiva, concurre tanto en relación con el Ministerio de Desarrollo Económico como en relación con la Superintendencia de Sociedades; sin embargo, con el fin de precisar si a las dos entidades en mención les asiste legitimación material en el presente litigio, debe comenzarse por establecer cuál es la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Sociedades a efectos de dilucidar si cuenta, o no, con la capacidad jurídica para hacer frente, de manera autónoma, a las pretensiones formuladas con la demanda, teniendo en cuenta que el recuento fáctico en ésta efectuado comprende hechos acaecidos a partir del año 1986.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: *“La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

2.3.2 De conformidad con lo preceptuado por el artículo 4 del Decreto-ley 1050 de 1968 —norma vigente para la época durante la cual ocurrieron los hechos en los cuales se origina el presente litigio—, las superintendencias eran definidas como “*organismos adscritos a un ministerio que, dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la ley, cumplen algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que la ley les asigna*”; tales entidades hacían parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, atendiendo a lo normado por el artículo 1 del mencionado cuerpo normativo, cuyo tenor literal era el siguiente:

“Artículo 1. De la integración de la rama ejecutiva. La rama ejecutiva del poder público, en lo nacional, se integra con los siguientes organismos:

- a) Presidencia de la república;*
- b) Ministerios y departamentos administrativos;*
- c) Superintendencias, y*
- d) Establecimientos públicos.*

La Presidencia de la República y los ministerios y departamentos administrativos son los organismos principales de la administración; los demás les están adscritos y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley, bajo la orientación y control de aquellos” (se deja subrayado).

Nótese que las disposiciones legales transcritas no hacían alusión a que las superintendencias gozaren, *per se*, de las características propias de los entes descentralizados, esto es de personería jurídica y de autonomía administrativa y financiera, las cuales permitirían sostener, sin ambages, que para la época durante la cual acontecieron los sucesos que se exponen como fundamento fáctico de la demanda, la Superintendencia de Sociedades contaba con capacidad jurídica para defender en juicio los intereses a su cargo, sin requerir al efecto de comparecer al proceso bajo el amparo de la personalidad jurídica de la Nación, a través del Ministerio al cual se encontraba adscrita, vale decir el de Desarrollo Económico. El citado Decreto-ley 1050 de 1968, según se ha expuesto, se limitaba a autorizar que, en el acto de creación o reestructuración de la Superintendencia respectiva, a la misma le fuera conferido el grado de autonomía administrativa y presupuestal que el legislador estimare oportuno, sin que tales particularidades constituyeran un elemento ineludiblemente identificador de esta modalidad de ente

público, como en cambio sí lo eran respecto de los establecimientos públicos⁵, igualmente integrantes de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, como antes se indicó.

En concreto la Superintendencia de Sociedades fue creada por la Ley 58 de 1931 bajo el nombre de “*Superintendencia de Sociedades Anónimas*”, “*como una sección comercial del Gobierno encargada de la ejecución de las leyes y decretos que se relacionan con las sociedades anónimas, y con la función de vigilar todas las sociedades de esta clase y las sucursales de sociedades extranjeras, excepción hecha de las que ya venían siendo vigiladas por la Superintendencia Bancaria*”⁶; aunque se había previsto que iniciara sus funciones a partir del 1º de enero de 1932, la Ley 134 de 1931 difirió *sine die* la eficacia de dicha determinación, circunstancia que se mantuvo hasta la expedición de la Ley 128 de 1936, mediante la cual se restableció la decisión adoptada con la Ley 58 de 1931 en punto de la entrada en funcionamiento de la Superintendencia en comento, determinación ésta que se hizo efectiva con la expedición del Decreto 1984 del 10 de octubre de 1939 que dispuso la entrada en operación de la Superintendencia de Sociedades Anónimas como dependencia del Ministerio de Economía Nacional⁷.

No obstante todo lo anterior, sólo con el Acto Legislativo No. 1 de 1945 se consagró constitucionalmente la atribución presidencial de ejercer la inspección, vigilancia y control respecto de las sociedades comerciales; por su parte, el Decreto-ley 3163 de 1968, “*por el cual se reorganiza la Superintendencia de Sociedades Anónimas*”, en su artículo 1 estableció lo siguiente en relación con la naturaleza y denominación del referido organismo de control:

⁵ En este sentido resulta inequívoco lo que establecían los artículos 5 y 7 del Decreto ley 1050 de 1968:

“Artículo 5. De los establecimientos públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;*
- b) Autonomía administrativa, y*
- c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.*

Artículo 7. De la autonomía y de la tutela administrativas. La autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que los rigen, y la tutela gubernamental a que están sometidos tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de estas con la política general del gobierno”.

⁶ <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=18>

⁷ *Idem.*

“Artículo 1. La Superintendencia de Sociedades Anónimas, que en adelante se denominará Superintendencia de Sociedades, es un organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, encargado de hacer cumplir las leyes y decretos relacionados con las entidades sometidas a su control y vigilancia” (subrayas añadidas).

Para la fecha de presentación de la demanda —5 de abril de 1995— el cuerpo normativo que establecía la estructura orgánica y las funciones a cargo de la Superintendencia de Sociedades era el Decreto 2155 de 1992, cuyo artículo 1 preceptuaba lo siguiente:

“Artículo 1. Naturaleza. La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, con autonomía administrativa y presupuestal, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que por delegación del Presidente de la República, ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles” (se deja subrayado).

Posteriormente, el Decreto-ley 1080 de 1996 dispuso en esta misma materia cuanto se transcribe a continuación:

“Artículo 1. La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la Ley en relación con otras personas jurídicas o naturales” (énfasis añadido).

También resulta pertinente traer a colación, aunque se trata de disposiciones incluidas en un cuerpo normativo que fue expedido con posterioridad al acaecimiento de los hechos en los cuales sustenta el accionante sus pretensiones y que, por consiguiente, no resultan en principio aplicables al asunto *sub judice*, lo preceptuado por los artículos 38, 39, 68 y 82 de la Ley 489 de 1998 en cuanto tiene que ver con la ubicación en la estructura del Estado, la naturaleza jurídica y los rasgos distintivos de las superintendencias, especialmente de las que cuentan con personalidad jurídica, como es el caso de la Superintendencia de Sociedades a partir de la entrada en vigencia del antes citado artículo 1 del Decreto-ley 1080 de 1996:

“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Artículo 39. Integración de la administración pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las

empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Artículo 82. Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica. Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica, son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos" (énfasis añadido).

El elenco de disposiciones transcritas permite a la Sala arribar a las siguientes conclusiones en relación con la naturaleza jurídica, características y capacidad para comparecer autónomamente en juicio de la Superintendencia de Sociedades en el presente asunto:

a. Antes del tránsito constitucional de 1991 y, más en concreto, de la expedición del Decreto 2155 de 1992, la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo normado respecto de su naturaleza jurídica por los artículos 4 del Decreto-ley 1050 de 1968 y 1 del Decreto-ley 3163, constituía una entidad jerárquicamente subordinada al Ministerio de Desarrollo Económico, carente de la autonomía financiera y administrativa propia de una entidad descentralizada, desprovista de personalidad jurídica y sujeta a un control de naturaleza jerárquica —que no de tutela— por parte del citado Ministerio.

Si bien el mencionado artículo 4 del Decreto-ley 1050 de 1968 preveía la posibilidad de que a las superintendencias les fuera conferido el grado de autonomía que el legislador estimare oportuno, lo cierto es que resulta evidente que el cuerpo normativo que para aquella época se ocupó de fijar la estructura orgánica, las funciones generales y la naturaleza jurídica de la *Superintendencia de Sociedades Anónimas* no estimó necesario y/o conveniente dejar expresamente previsto que la autonomía y la naturaleza fundamentalmente

técnica de sus actividades fueren rasgos distintivos del órgano de control en mención, el cual, entonces, indiscutiblemente hacía parte del sector central de la Administración Pública en el orden nacional y no se encontraba expresamente autorizado para ser sujeto de derechos y obligaciones, circunstancia que podría conducir a pensar que tampoco poseía la aptitud jurídica para comparecer en juicio de manera autónoma, motivo por el cual había de ser representado judicialmente por el Ministerio al cual se encontraba adscrito.

Sin embargo, mal podría desconocerse, a esta altura del análisis, que de conformidad con lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 149 del Decreto-ley 1 de 1984 –C.C.A.–, “[E]n los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, jefe de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, procurador o contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho” (se subraya); nótese, entonces, que la representación judicial de la Nación se atribuyó, directa e indubitadamente por la norma legal en cita –dicho sea de paso, incorporada en el Estatuto de Procedimiento Contencioso Administrativo entonces vigente–, a las superintendencias, sin consideración al hecho de que contaren, o no, con personalidad jurídica, en los casos en los cuales el objeto del litigio estuviere constituido por actos o hechos por ellas producidos.

De este modo, si bien resulta incuestionable que la Superintendencia de Sociedades, en el momento cronológico descrito, no constituía una persona jurídica distinta de la Nación, no es menos verídico que se encontraba facultada para concurrir a los procesos judiciales en defensa de los intereses que gestionaba –*legitimatío ad processum*–, por intermedio de su representante. Dicho planteamiento, por lo demás, en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –C. de P. C.–, atribuye “... *capacidad para comparecer por sí al proceso ...*”, a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos; sin embargo, se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente⁸ o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser

⁸ Artículo 581 del C. de P. C.

sujetos procesales⁹, de lo cual se desprende que la circunstancia consistente en que a la Superintendencia de Sociedades, por carecer de personalidad jurídica independiente antes de la expedición del Decreto-ley 1080 de 1996, no podía ni puede negársele capacidad para ser sujeto, activo o pasivo, en un proceso judicial.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia puso de presente, desde hace varios lustros, que la capacidad para comparecer en juicio no se encuentra, en modo alguno, supeditada al requisito de la personalidad jurídica, tal como lo evidencian los pronunciamientos consignados en el fallo emitido por su Sala Plena, en agosto 23 de 1984, oportunidad en el cual sostuvo:

“2°). - Que las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia de que los entes respectivos sean personas jurídicas. (Se deja resaltado).

3°). - Que la personalidad jurídica, así como la personería jurídica o de representación y para comparecer en juicio, son de mera estirpe legal pero no de rango constitucional y pueden por tanto ser modificadas por ley sin violar la constitución.

“

4. - Y siendo la ley y no de Constitución la determinación de la personalidad jurídica, así como de ley es la facultad de modificar la ley y lo que por ésta se puede hacer, según lo previsto en el artículo 76-1 de

⁹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil*, Tomo I, pp, 294-295:

“El inciso primero del art. 44 del C.P.C., dispone: “Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso”: Esta noción ha quedado corta y debe ser complementada por la doctrina, pues el legislador olvidó que existen otros sujetos de derecho que están en posibilidad de demandar y ser demandados, sin que sean personas naturales o personas jurídicas.

En efecto, la herencia yacente, la masa de bienes del quebrado, el patrimonio de la fiducia, la masa de bienes del ausente, son típicos ejemplos de patrimonios autónomos que pueden comparecer válidamente en juicio como demandantes, o demandados sin que tengan la calidad de personas naturales o jurídicas. Se trata de una categoría que, a pesar de no estar comprendida por el art. 44 debe tener cabida por interpretación extensiva de éste, pues negarles la calidad de parte es tanto como quitarles toda posibilidad de comparecer en un juicio, atributo éste inherente a todos los sujetos de derecho, tal como lo son los patrimonios autónomos.

Quienes representan esos patrimonios, como bien lo afirma REDENTI, no actúan, como representantes legales sino que su carácter o calidad de gestores, autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos intereses objetivos previamente establecidos o de los intereses del titular desconocido o incierto. Por ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en el juicio a nombre propio, ni con el estar en el juicio a nombre ajeno”.

No hay duda que los patrimonios autónomos constituyen una categoría especial de sujetos de derecho, y como tales pueden ser partes en los procesos, así su naturaleza no encuadre con lo que la normatividad que hoy nos rige, exige para que existan personas jurídicas.

Claro está la elaboración del concepto de “patrimonio autónomo” y su aceptación como sujeto de derechos, obedece más a la estrechez del alcance de la noción de persona jurídica que a una verdadera nueva categoría de sujetos de derecho. (...).”

la Carta, en la resulta se tiene que la mera circunstancia de que por norma con fuerza legal se invista a la Procuraduría de capacidad o aptitud para disponer del Presupuesto Nacional asignado al Ministerio Público, sin ser aquella persona jurídica, no depende sino del legislador; nadie se lo prohíbe, ni siquiera la Constitución ...

Ante lo cual, atendidas las amplias facultades otorgadas al legislador extraordinario, según lo examinado atrás, era de su resorte, al reorganizar la Procuraduría, otorgar las funciones señaladas de ordenación del gasto, de contratación y de colaboración en la tarea de ejecución presupuestal, de que tratan los tres preceptos demandados, sin parar mientes en que la Procuraduría o el Ministerio Público sean o no personas jurídicas de derecho público, cosa que sólo atañe a la ley, acaso también a la técnica y a la estética, pero que no interfiere con la Constitución”¹⁰.

Las anteriores consideraciones y directrices fueron reafirmadas por esa misma Corporación, a través de las sentencias proferidas en febrero 28 de 1985¹¹ y en mayo 29 de 1990¹².

El citado artículo 149 del Decreto 1 de 1984 no hace cosa distinta, entonces, que plasmar con toda claridad, para las actuaciones que deben surtirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que el atributo de la personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para que resulte jurídicamente viable asumir la calidad de parte dentro de un determinado proceso o para actuar dentro del mismo; de hecho, además de así consagrarlo en su ya referido inciso segundo —en el cual hace alusión, como quedó dicho y entre otros sujetos y entidades que no necesariamente cuentan con personería jurídica, a las superintendencias— en el inciso primero preceptúa que “[l]as entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos ...”, al tiempo que agrega que “[e]llas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan”.

Téngase presente que la norma legal en cita condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como demandadas o como intervinientes, en los procesos contencioso administrativos,

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de agosto 23 de 1984. Expediente 1157. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de febrero 28 de 1985. Expediente No. 1251. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de mayo 29 de 1990. Expediente No. 1985. Magistrado Ponente: Hernando Gómez Otálora.

al cumplimiento de *funciones públicas* por parte de las mismas, mas no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente.

A propósito de la facultad legal que el citado artículo 149 del Decreto-ley 1 de 1984 atribuye a las entidades públicas, carentes o no de personalidad jurídica, para que puedan actuar en los procesos judiciales en calidad de *demandantes*, de *demandadas* o de *intervinientes*, resultan pertinentes e ilustrativas las anotaciones plasmadas en la providencia de julio 15 de 1994, en la cual el Consejo de Estado señaló:

“Procede la Sala en primer término, a resolver la excepción propuesta por el apoderado de la C.V.C. sobre indebida representación de la parte demandante, acogida por la agencia del Ministerio Público al opinar que no debe haber pronunciamiento de mérito sobre la controversia jurídica planteada dentro del proceso (fl. 207).

Como se lee en el alegato presentado por la parte demandada (folio 189 a 202), dicha excepción se apoya en la circunstancia de que la Contraloría General de la República no representa a la Nación, cuando obra como demandante en procura de la nulidad de actos administrativos no expedidos por ella; pues a su juicio la representación de la Nación que le asigna a ese organismo fiscalizador el artículo 149 del C.C.A., no es absoluta, total y general para todos los eventos, sino sólo para los actos administrativos suyos y no los ajenos; dice que la Nación se representa por cada entidad, según sus actos, pero cuando el acto administrativo no es demandado por la misma entidad que lo expidió, sino por otra distinta, la representación de la Nación no queda radicada en cualquier otro organismo administrativo, ni en la Contraloría General de la República, sino única y exclusivamente en el Ministerio Público, que como su nombre lo indica, es el vocero de la Nación.

Respecto de la excepción propuesta dirá en primer término la Corporación, que la acción pública de nulidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A., puede ser instaurada por toda persona, por sí o por medio de apoderado, en cualquier tiempo. Acción, que tiene como finalidad no el restablecimiento o amparo de un derecho particular y concreto, sino la guarda del ordenamiento jurídico general y abstracto.

Ahora bien, el artículo 149 del C.C.A. invocado por la CVC como sustento de la excepción, consagra en primer lugar la vocación que tienen las entidades públicas para "obrar como demandantes y demandadas o intervinientes en los procesos contencioso - administrativos, por medio de sus representantes"; en segundo término, las autoriza para "incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan". A renglón seguido, la misma norma determina con precisión cuáles son los funcionarios a quienes corresponde la representación de la Nación, e incluye dentro de ellos al Contralor General de la República.

Fluye de lo anterior, que este funcionario puede representar a la Nación ya como demandante, ya como demandada, ya como interviniente; y en relación con lo primero, puede incoar todas las acciones previstas en el C.C.A.; incluida obviamente la de nulidad, "si las circunstancias lo ameritan".

Respecto a esta última expresión - "si las circunstancias lo ameritan" -, la Sala considera que al haber sido incluida en la ley, el legislador extraordinario quiso introducir un factor de razonabilidad y de adecuado ejercicio de las acciones, de tal forma que el asunto a debatirse en los estrados judiciales tenga algún nexo con las funciones que le ha asignado el ordenamiento jurídico a la entidad que pretende accionar; y es lógico que así sea, dentro de una estructura armónica del Estado y una adecuada distribución de competencias.

En el caso sub - lite al instaurar la Nación - Contraloría General de la República - la presente acción de nulidad, pretende que desaparezca de la vida jurídica una norma que tiene que ver con la liquidación de las cesantías a los empleados de la C.V.C.; vale decir, que se cuestiona la legalidad de una norma jurídica cuya aplicación tiene incidencia directa en el destino de los recursos de la entidad, cuyo manejo está sometido al control fiscal de la entidad demandante, de donde se concluye que esta "circunstancia" amerita el ejercicio de la acción incoada por el Contralor a nombre de la Nación.

Por ende, al no haber duda acerca de la procedencia de que la acción pública de nulidad fuera incoada en el sub - júdice por dicha entidad fiscalizadora, en orden a obtener que el acto administrativo acusado desaparezca de la vida jurídica, no comparte la Sala la perspectiva expuesta por la excepcionante en el sentido de que ello corresponda única y exclusivamente al Procurador General de la Nación.

Por lo expuesto, la aludida excepción propuesta no está llamada a prosperar¹³.

A lo anterior se suma la consideración, muy significativa por cierto, de que el mismo artículo 149 del Decreto-ley 1 de 1984, a la altura de su párrafo 1º, modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, se ocupó de regular quién ha de llevar la representación de las **dependencias** en el curso de las acciones judiciales de índole contractual, para cuyo efecto hizo expresa referencia a los dictados de la letra b) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80, de conformidad con los siguientes términos:

"Párrafo 1º.- En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas".

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 15 de julio de 1994. Radicación No. 4921. Actor: La Nación – Contraloría General de la República. M.P. Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

Y ocurre que la representación judicial que en la norma transcrita se atribuye al servidor público de mayor jerarquía, se predica respecto de los siguientes entes y dependencias carentes de personalidad jurídica independiente, que la propia Ley 80 denomina como “*entidades estatales*”, a los cuales dota de capacidad contractual:

“El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. (Se ha destacado).

Complementétese lo dicho con la referencia, entre otras, a las siguientes normas positivas:

i).- El numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política, después de que otras disposiciones superiores han señalado con precisión que el Ministerio Público es un órgano constitucionalmente autónomo de control (artículos 113, 117 C.P.), y que su supremo director es el Procurador General de la Nación (artículo 275 C.P.), determina que al “*Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes*”, le corresponde “[i]ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales (...) cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.

ii).- De la misma manera, el último inciso del citado artículo 277 constitucional, determina que “[p]ara el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría (...) podrá interponer las acciones que considere necesarias”.

iii).- El inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., al consagrar la acción de controversias contractuales, autoriza al Ministerio Público para que pueda pedir la declaratoria judicial de nulidad absoluta de los contratos estatales.

iv).- El artículo 127 del C.C.A., dispone que “[e]l Ministerio Público es parte y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...)”.

v).- El artículo 1742 del Código Civil, faculta al Ministerio Público para demandar la declaratoria judicial de nulidad de cualquier acto o contrato, “... en interés de la moral o de la ley”.

vi).- El artículo 45 de la Ley 80, expedida en 1993, legitima al Ministerio Público para alegar, ante el juez competente, la nulidad absoluta de los contratos estatales.

vii).- El artículo 3º de la Ley 144, expedida en 1994, prevé que el proceso de pérdida de investidura puede ser promovido por solicitud de la mesa directiva de la correspondiente cámara, a la cual pertenezca el congresista demandado;

viii).- Los numerales 2 y 3 del artículo 12 de la Ley 472, expedida en 1998, atribuyen la titularidad de las acciones populares tanto a “[l]as entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia (...)”, como al “Procurador General de la Nación, el defensor del pueblo y los personeros distritales y municipales (...)”, todo ello después de que en el numeral 1 de esa misma norma incluyó, en una categoría independiente, a “[t]oda persona natural o jurídica”.

ix).- Los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 678, expedida en 2001, radican la legitimación para promover las acciones de repetición, en contra de servidores o exservidores públicos, en “[e]l Ministerio Público” y en “[e]l Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional”.

Nótese que la característica común de las disposiciones antes aludidas estriba en el hecho de que las mismas prevén, autorizan o consagran funciones o facultades para que órganos, entidades o dependencias sin personalidad jurídica independiente, puedan ejercer acciones ante los jueces competentes o intervenir en los respectivos procesos.

Tiéndose de lo anterior que la personalidad jurídica no es exigida entonces, en el ordenamiento jurídico colombiano, como un requisito absoluto, *sine qua non*, para el ejercicio de las acciones judiciales o, lo que a la postre es lo mismo, para actuar válidamente en los procesos, ora en calidad de demandante ora de demandado o, incluso, como tercero interviniente; como corolario de lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, aún a pesar de formar parte del sector central de la Administración Pública en el orden nacional y de estar desprovista de personalidad jurídica hasta la entrada en vigencia del Decreto-ley 1080 de 1996, contaba con capacidad suficiente y expresamente atribuida para comparecer en juicio en defensa de los intereses en procesos como el *sub lite*, en los cuales se pretende que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado por actuaciones, decisiones y supuestas omisiones endilgadas a la propia Superintendencia de Sociedades.

2.3.3 El anterior aserto cobra mayor fuerza aún si se tiene presente que el legislador extraordinario comenzó a reconocer, en el derecho positivo, que la autonomía administrativa y financiera, así como el carácter predominantemente técnico de los asuntos a su cargo, constituyen señas de identidad de la Superintendencia de Sociedades, cosa que ocurre de conformidad con lo preceptuado por el antes citado artículo 1 del Decreto 2155 de 1992, dispositivo que tampoco asignó al referido organismo el atributo de la personalidad jurídica, pero sí lo dotó de los antes aludidos rasgos, que aproximan a la Superintendencia en comento al perfil propio de los entes descentralizados por servicios; dentro de este nuevo contexto normativo tienen aún más sentido las aludidas previsiones del inciso segundo del artículo 149 C.C.A., comoquiera que no resultaría de fácil comprensión que la defensa en juicio de los intereses y asuntos a cargo de una entidad que ejerce sus funciones de manera autónoma, con un alto grado de especialización, tuvieren que ser agenciados por un órgano diferente que no siempre podían contar con la experticia técnica y menos con el conocimiento directo de los temas materia de litigio.

Llama en este sentido la atención que indudablemente los alcances del concepto de “*adscripción*” han sufrido una importante mutación en el sistema jurídico nacional, comoquiera que mientras que las entidades *adscritas* a otras —y la Superintendencia de Sociedades lo ha sido desde su creación, respecto del Ministerio de Desarrollo Económico, según antes se vio— antes de la expedición de la Ley 489 de 1998 bien podían encontrarse jerárquicamente subordinadas a

éstas y hacer parte del sector central de la Administración Pública —como de hecho acontecía con la Superintendencia en cuestión de conformidad con lo preceptuado por los Decretos-ley 1050 y 3163 de 1968, antes citados e incluso atendiendo a lo normado por el artículo 1 del Decreto 2155 de 1992—, con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley 489 debe entenderse que tales organismos adscritos sólo podrán hacer parte del sector descentralizado por servicios de la Administración Pública, por manera que la adscripción constituye una de las dos modalidades —junto con la *vinculación*— de relacionamiento posibles entre el ente descentralizado por servicios y el del sector central que ejerce respecto de aquél el correspondiente control de tutela, según se desprende de lo establecido por los artículos 38, 39, 68 y 82 de la multicitada Ley 489 de 1998.

En el marco de lo normado por la Ley 489 de 1998, entonces, que una entidad tenga la condición de *adscrita* a un Ministerio o Departamento Administrativo —como acontece con la Superintendencia de Sociedades pero, a partir del Decreto-ley 1080 de 1996, provista de personalidad jurídica— comporta que se trata de un ente descentralizado por servicios, con personalidad jurídica propia, además de autonomía administrativa y financiera, sometida a un control de tutela pero no jerárquico respecto de un órgano del sector central de la Administración Pública¹⁴. En este contexto resulta todavía más claro e incontrovertible que la Superintendencia de Sociedades cuenta con capacidad para comparecer en cualesquiera procesos judiciales en los que se ventilen asuntos de su interés, como demandante, demandada o interviniente, sin que

¹⁴ Así lo ha entendido igualmente la Corte Constitucional, por ejemplo al ocuparse de estudiar la constitucionalidad de la atribución conferida al Gobierno Nacional por el artículo 42 de la Ley 489 de 1998, para definir cómo está integrado un sector administrativo y establecer la adscripción o vinculación de un organismo o entidad a determinado ministerio o departamento administrativo; en dicha ocasión la Corte Constitucional consideró que dicha facultad es privativa del legislador y que la ley no puede delegarla en el Gobierno por vía general, indefinida y permanente, conclusión a la cual arribó expresando lo siguiente:

“Se plantea la posible inconstitucionalidad de la norma que permite al Gobierno Nacional, además de la ley, definir la composición de los sectores administrativos y el carácter de adscritas o vinculadas que corresponda a las entidades descentralizadas del orden nacional respecto de los ministerios o departamentos administrativos.

(...)

Tampoco se considera contrario a las disposiciones de la Carta que dentro de un mismo sector administrativo se incluyan entidades u organismos descentralizados por servicios, que se adscriban o vinculen a los ministerios o departamentos administrativos, de acuerdo con las actividades propias de cada área. Inclusive, según ya esta Corte lo ha manifestado, es el legislador el llamado a definir lo que se entiende por adscripción o vinculación, sus efectos y el grado en que cada ente administrativo se relaciona con el Gobierno para los fines de su actividad” (se deja subrayado). Corte Constitucional, sentencia C-1437 de 2000; Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

deba y/o pueda válidamente ser representada por el Ministerio al cual se encuentra adscrita.

Descendiendo al presente caso concreto, según se desprende del recuento fáctico realizado tanto en el acápite de antecedentes como en el apartado en el cual se relacionó el material probatorio a valorar dentro del presente pronunciamiento, los hechos en los cuales tiene su origen el proceso *sub judice* tuvieron ocurrencia en parte mientras el marco normativo regulador de la estructura, funciones y naturaleza jurídica de la Superintendencia de Sociedad fue el Decreto-ley 3163 de 1968 y en parte después de la expedición del varias veces referido Decreto 2155 de de 1992; adicionalmente, debe tomarse en consideración que la presente decisión se profiere y debe producir efectos respecto de un organismo al cual desde el artículo 1 del Decreto-ley 1080 de 1996 y con mayor razón aún tras la entrada en vigor de la Ley 489 de 1998, se le atribuyó la condición de entidad descentralizada por servicios, dotada de personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera.

Empero, con independencia de que los presupuestos fácticos del caso se hubieren desenvuelto a lo largo de los diferentes momentos a los cuales se ha hecho alusión, en cualquiera de tales escenarios, por las razones precedentemente expuestas, la Superintendencia de Sociedades tenía la capacidad jurídica suficiente para asumir la condición de sujeto procesal representando los intereses de la Nación, comoquiera que los hechos, actos y omisiones que se le endilgan acaecieron con ocasión del ejercicio de las funciones a su cargo, más allá de que el atributo de la personalidad jurídica le hubiere sido expresamente otorgado apenas con el Decreto-ley 1080 de 1996.

Por consiguiente, el denominado en su momento Ministerio de Desarrollo Económico —en la actualidad el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con base en lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 790 de 2002¹⁵—, en la medida en que no intervino en la adopción de las decisiones o en el despliegue de las

¹⁵ El precepto en mención dispuso lo siguiente: “Artículo 4. Fusión del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico. Fúndese el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico y confórmese el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Los objetivos y funciones del Ministerio de Desarrollo y Comercio serán las establecidas para los ministerios fusionados.

Cuando alguna de las funciones de los Ministerios fusionados deba ser realizada por otra entidad pública nacional, el Presidente de la República podrá reasignar dichas funciones en ejercicio de las facultades extraordinarias a las que se refiere el artículo 16 de la presente ley”.

actividades que el accionante cataloga como la fuente de los daños cuya reparación reclama en el *sub lite* y, además, careció en todo momento de la potestad normativamente atribuida de asumir la defensa en juicio de los intereses de la Superintendencia de Sociedades en el presente litigio, no cuenta con legitimación en la causa por pasiva dentro del mismo.

En el anterior sentido, entonces, se efectuará el respectivo pronunciamiento en la parte resolutive de la presente decisión, por manera que las determinaciones que en ella se adopten en caso de comprometer la responsabilidad patrimonial de alguna entidad, habrán de estar dirigidas, en exclusiva, a la Superintendencia de Sociedades, por las razones que se han dejado expuestas y que dejan claro que es este organismo el centro jurídico de imputación legalmente llamado a resistir las pretensiones de la parte actora en el asunto *sub examine*.

2.4 La responsabilidad del Estado por el desempeño de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las Superintendencias.

2.4.1 Las funciones de inspección, control, y vigilancia a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

2.4.1.1 Las potestades de inspección, vigilancia y control ejercidas por la Administración Pública respecto de diversos ámbitos de la actividad que despliegan los particulares —por ejemplo, a través de la constitución y funcionamiento de sociedades mercantiles— ha sido catalogada como una de las modalidades de la denominada función de *policía administrativa* o *actividad administrativa de coacción*, conceptualizada ésta por la doctrina como “*el conjunto de medidas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública*”. Fernando Garrido Falla, quien propone la anterior definición, sostiene, en relación con la función de policía administrativa que

“... la policía no es hoy día una función pública independiente; es, sencillamente, un sector determinado de la actividad administrativa, a saber, la actividad que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del Derecho, de la seguridad y del orden público. En el Estado moderno, según FLEINER, la policía cumple de dos maneras con su deber de prevenir los peligros que pudieran perturbar la convivencia ordenada de los hombres: 1.º La tutela gubernativa propiamente dicha para impedir o prevenir los peligros a la vida cotidiana (...) 2.º Además, frente a los ciudadanos tiene la facultad de dictar disposiciones obligatorias para someter la actividad de la

*libertad personal y de la propiedad a los límites que el bien público exige...*¹⁶.

La policía administrativa, de modo muy general, podría ser definida como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por el Estado, especialmente a través de la Administración, para que los particulares ajusten sus quehaceres a fines de utilidad pública y a la preservación del orden público, de suerte que la policía administrativa está acompañada de un carácter eminentemente preventivo que la distingue de la policía judicial, encargada fundamentalmente de tomar parte en la represión y sanción de los atentados contra el orden público una vez éstos hayan ocurrido.

Empero, si bien es verdad que la policía administrativa propende por la preservación del orden público, no es menos cierto que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho ese orden público no constituye un valor en sí mismo sino que corresponde al conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos; el orden público, así entendido, se caracteriza como un bien jurídico subordinado al respeto a la dignidad humana, de suerte que, como lo ha expresado la Corte Constitucional,

*“... el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público”*¹⁷.

La policía administrativa, por tanto, comporta la adopción de decisiones y el despliegue de actividades que tienen por objeto la limitación y la regulación de derechos y libertades para preservar el orden público como escenario propicio, precisamente, para el más eficaz ejercicio posible de tales derechos y libertades; esa restricción o condicionamiento respecto de la forma en que las personas ejercen sus derechos puede asumir diversas modalidades: en primer término, la policía administrativa puede implicar la expedición de regulaciones generales

¹⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, volumen II, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 156-157.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994; Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

como los reglamentos; en segundo lugar, puede suponer la expedición de actos jurídicos concretos, como el otorgamiento o la negación de autorizaciones y, finalmente, se desarrolla mediante operaciones materiales de uso de la fuerza pública. Por eso se suele distinguir entre poder, función y actividad de policía:

“8. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha distinguido también los conceptos de poder de policía, función de policía y actividad de policía¹⁸.

i) El poder de policía es la potestad de limitar o restringir el ejercicio de los derechos y las libertades públicas, que ordinariamente tiene el Congreso de la República mediante la expedición de leyes, con el fin de preservar y restablecer el orden público.

En las condiciones extraordinarias correspondientes a los estados de excepción dicha potestad es ejercida también por el Presidente de la República, mediante decretos legislativos que deben llevar la firma de todos los ministros (Arts. 212-215 de la Constitución).

Por orden público se entiende el conjunto de condiciones esenciales para el desarrollo de la vida de la sociedad. Según la doctrina sus elementos son la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas.¹⁹

En un Estado Social de Derecho como el colombiano el orden público no es un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar el respeto de la dignidad humana y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. En este sentido el Art. 218 superior establece que el fin primordial de la Policía Nacional es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

El poder de policía reviste un carácter exclusivamente normativo legal cuyo fundamento constitucional es el principio democrático y por tanto la representatividad de la voluntad popular por parte del Congreso de la República, y debe ser ejercido dentro de los límites previstos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, esto es, aquellos que integran el bloque de constitucionalidad conforme a lo dispuesto en el Art. 93 superior.

Dicho poder comprende lógicamente el ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes respectivas, por parte del Presidente de la

¹⁸ Nota original de la sentencia citada: Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-366 de 1996, M. P. Julio César Ortiz Gutiérrez; C-492 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, y C-825 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes; Aclaración de Voto de los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Alvaro Tafur Galvis.

¹⁹ Nota original de la sentencia citada: En este sentido el Art. 2º del Código Nacional de Policía (Decreto ley 1355 de 1970) establece que *“a la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas. A la policía no le corresponde remover la causa de la perturbación”*.

República, para su cumplida ejecución, en todo caso con estricta sujeción a ellas y, en general, a la Constitución y la ley, conforme a lo dispuesto en el Art. 189, Num. 11, superior.

(...)

ii) La función de policía es la potestad de aplicación o concreción de las normas legales dictadas en virtud del poder de policía, que ostentan autoridades administrativas, mediante la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto, tales como permisos o autorizaciones, órdenes, prohibiciones e imposición de medidas correctivas y sanciones.

Está atribuida al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y titular de la competencia constitucional de conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado (Art. 189, Num. 4 de la Constitución). Para este efecto el gobernador es agente de aquella autoridad (Art. 303 superior, modificado por el Art. 1º del Acto Legislativo No. 02 de 2002) y el Alcalde lo es de ambas autoridades; además, este último tiene la calidad de primera autoridad de policía del municipio (Art. 315, Num. 2, ibídem).

En concordancia con dichas normas, el Art. 296 superior preceptúa que para la conservación del orden público o para su restablecimiento donde fuere turbado, los actos y órdenes del Presidente de la República se aplicarán de manera inmediata y de preferencia sobre los de los gobernadores y que los actos y órdenes de los gobernadores se aplicarán de igual manera y con los mismos efectos en relación con los de los alcaldes.

iii) La actividad de policía es la potestad de ejecución material de las normas legales dictadas en ejercicio del poder de policía y de los actos administrativos expedidos en ejercicio de la función de policía, mediante el uso de la fuerza del Estado, por parte de los miembros de la Policía Nacional, por ejemplo, al realizar un allanamiento, vigilar y controlar el desarrollo de una manifestación pública o efectuar el cierre físico de un establecimiento abierto al público²⁰.

Las superintendencias, entonces, tienen a su cargo el ejercicio de una modalidad de la policía administrativa cual es la función de inspección, vigilancia y control de diversos ámbitos de actividad de las personas, en los precisos términos dispuestos por la ley o por la correspondiente delegación o desconcentración de funciones originariamente atribuidas al Presidente de la República, legalmente autorizadas; así lo ha indicado el Consejo de Estado, como se advierte en los siguientes apartes:

“La Superintendencia bancaria ejerce una función de vigilancia que tiene el carácter de policía administrativa respecto de las entidades financieras, la cual ejerce de manera permanente e ininterrumpida, a través de diferentes instrumentos, los cuales van desde la simple presentación de informes hasta la toma de posesión de la entidad

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-063 de 2005; Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

vigilada, y con la previsión de mecanismos coercitivos y sancionatorios”²¹

“Teniendo en claro entonces que la Comisión (actual Supervalores) es una entidad de policía administrativa económica por medio de la cual el Estado realiza su función de intervención en la economía en el campo específico del mercado de valores, es preciso señalar que su accionar discurre a través de dos tipos de medidas; las de carácter puramente preventivo y las sancionatorias o de carácter represivo ...”²².

“Para la Sala, la decisión adoptada en los actos acusados no es otra que el resultado del ejercicio del poder de policía que le asiste a la Superintendencia de Industria y Comercio ...”²³

“La Superintendencia ejerce facultades de policía administrativa, con el objeto de cumplir las funciones de vigilancia en relación con el suministro en los servicios públicos y del control de las personas prestadoras; para ello tiene facultades sancionatorias y de intervención estatal por las violaciones contra la ley y los actos administrativos a que estos se deben sujetar. Sus medidas comprenden la imposición de multas, concertar planes de gestión y la toma de posesión de entidades o empresas”²⁴ (énfasis añadido).

Las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las superintendencias, en general y de la Superintendencia de Sociedades, en particular, encuentran fundamento constitucional, en el marco de la Carta Política vigente con anterioridad al año de 1991, en lo que preceptuaba el numeral 15 del artículo 120, por cuya virtud correspondía al Presidente de la República “*ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes*”, mientras que en el contexto de la Constitución Política actualmente vigente son los ordinales 8 y 19 del artículo 150 de la Constitución, en armonía con lo previsto en los numerales 24 y 25 del artículo 189 *ibídem*, las disposiciones que prevén que corresponde al Congreso de la República expedir las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas que realicen o desarrollen las actividades financiera, bursátil, aseguradora o cualquiera

²¹ Nota original de la sentencia citada: Sentencia de la Sección 4ª, del 7 de diciembre de 1990, Expediente 2463; M.P.: Jaime Abella Zárate. En el mismo sentido y de la misma Sección: Sentencia del 13 de abril de 1984, Expediente 9350; Sentencia del 8 de marzo de 1991, Expediente 1112, M.P.: Carmelo Martínez Conn; Sentencia del 12 de noviembre de 1992, Expediente 4231, M.P.: Consuelo Sarria Olcos; Sentencia del 6 de octubre de 1995, Expediente 7069, M.P.: Guillermo Chahín Lizcano.

²² Nota original de la sentencia citada: Sentencia de la Sección 4ª del 17 de febrero de 1994, Expediente 3194-2549, M.P.: Delio Gómez L.

²³ Nota original de la sentencia citada: Sentencia de la Sección 1ª, del 26 de septiembre de 1996, Expediente 3643; M.P.: Manuel Urueta.

²⁴ Concepto de la Sala de Consulta del 16 de junio de 1997, Rad. 931, M.P.: Luis Camilo Osorio.

otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, así como sobre las entidades cooperativas y sociedades mercantiles; tales atribuciones comportan, como lo ha explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado, el ejercicio tanto del poder de policía cuanto de la función de policía:

“Dentro de este marco, la actividad de las superintendencias, corresponde al ejercicio de la función de policía, que se halla subordinada al poder de policía, lo que significa que su actuación está dirigida a la cumplida aplicación de las normas que regulan el campo de actividad sobre el cual aquellas ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control que les son encomendadas, con miras además, a propender por la protección del sector económico o social objeto de control, por su desarrollo y estabilidad, así como por el cumplimiento de las demás funciones que específicamente se le hayan encomendado a la respectiva superintendencia, a partir del cumplimiento de su actividad principal de inspección, vigilancia y control.

(...)

Conforme a estas definiciones, se deduce que la finalidad primordial de las superintendencias no es la de establecer reglas de conducta para los destinatarios de su vigilancia y control, sino que es la de velar por el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico que regula el desarrollo y ejercicio de las actividades de las personas que actúan en los distintos campos en los que tales entidades ejercen sus funciones de inspección y vigilancia, es decir, que se trata de verificar la correcta aplicación de las leyes y decretos que rigen las distintas actividades objeto de control por parte de las superintendencias, con miras a la protección del desarrollo y equilibrio del respectivo sector y principalmente, a los usuarios de los distintos servicios que lo componen”²⁵.

2.4.1.2 Las actividades de inspección, vigilancia y control por parte del Estado respecto de las sociedades comerciales comenzaron a ser realizadas en relación con las sociedades anónimas habida consideración de la característica que a ese tipo societario resulta consustancial: la limitación total de la responsabilidad de los asociados a sus respectivos aportes; dicha particularidad inherente a la sociedad anónima fue concebida como una concesión o privilegio reconocido por el Estado para facilitar y estimular la vinculación de inversionistas a empresas grandes y no siempre promisorias, como ocurrió con las Compañías Holandesas de las Indias Orientales de principios del siglo XVII. Empero, la anotada limitación de la responsabilidad —que permitió la representación del interés de los socios en títulos negociables, de modo que se facilitara tanto su

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007; Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 11001-03-26-000-1998-00017-00(15071).

circulación como la vinculación de toda clase de inversionistas— al propio tiempo condujo a granjearle a la sociedad anónima un ambiente de cautela y de prevención en las legislaciones comerciales, en las cuales empezaron a ser consagrados mecanismos de la más diversa naturaleza encaminados a conjurar los peligros que esa responsabilidad limitada entrañaba, como se expresó abiertamente en la exposición de motivos del Código de Comercio de Napoleón, al señalar que

“... el orden público está interesado o comprometido en toda sociedad que se constituye por acciones, porque muy frecuentemente estas empresas no representan sino una trampa puesta a la credulidad de los ciudadanos. Sin una estricta supervigilancia, tales formas de asociación pueden dar lugar a numerosos fraudes y, aun sin que haya fraudes, como en el caso de sociedades mal organizadas en su origen, o mal dirigidas en sus operaciones, que comprometen la fortuna de los accionistas y de los administradores, que alteran ocasionalmente el crédito general y que ponen en peligro la tranquilidad pública. Es necesario, pues, que la autoridad pública examine la validez de los títulos que tales compañías emiten o ponen en circulación y que no permita su funcionamiento sino cuando se haya asegurado de que ellas no representan ninguna trampa o insidia y de que no exponen a quienes los adquieren sino a los peligros o riesgos comunes del comercio”²⁶.

Y es que las exigencias previstas tanto en normas de derecho privado como en dispositivos normativos de derecho público para la constitución y para el funcionamiento de las sociedades comerciales, tienen como finalidad la protección de múltiples intereses que en ocasiones resultan coincidentes pero muchas otras veces devienen en divergentes; de un lado, debe darse cuenta de los intereses patrimoniales de la sociedad, los cuales deben ser resguardados de los posibles abusos e irregularidades en los que pudieren incurrir los administradores u otros órganos sociales. De otra parte, se deben tomar en consideración los intereses de los socios, como particulares, los cuales no siempre coinciden con los de la sociedad, con frecuencia divergen y esa divergencia se puede manifestar en la oposición que pueda existir entre los varios grupos de accionistas, por ejemplo, entre los que disponen de la mayoría de votos en las asambleas —y controlan, por tanto, la sociedad— y los grupos minoritarios.

²⁶ BRUNETTI, A., *Tratado di diritto delle società*, t. II, p. 281, Giuffrè, Milano, 1948, citado por PINZON, Gabino, *Sociedades comerciales*, volumen 1, 5ª edición, Temis, Bogotá, 1988, pp. 331-332; en el mismo sentido, REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1996, pp. 350-351.

Adicionalmente, las disposiciones que regulan las sociedades comerciales tienden también a proteger los intereses de los terceros que traben relaciones de negocio con la sociedad, entre los cuales debe destacarse a los acreedores sociales; ello justifica la existencia de normas dictadas para la salvaguarda de la integridad del capital social, entre otras. Y también deben ser considerados y tutelados los intereses de los posibles —futuros— socios o acreedores, los cuales han adquirido una importancia cada vez mayor con la difusión y el desarrollo de las sociedades por acciones. En fin, el campo de los intereses tutelados se ensancha continuamente hasta comprender, incluso, el interés general de la economía del país, dadas las repercusiones que sobre dicha economía puede tener —y, de hecho, tiene— el funcionamiento de las sociedades de comercio²⁷. Por ello se ha sostenido, con todo acierto, que

“La inspección sobre los establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles se considera función de alta policía económica, tendiente a asegurar el respeto a la ley y a la voluntad social condensada en los estatutos. Básicamente, consiste en que las sociedades sometidas a dicha inspección han de amoldarse tanto en su formación como en su funcionamiento a las prescripciones legales y del pacto social.

Los organismos del Estado a los cuales se les ha delegado esa función constitucional, propia del presidente de la república, están dotados de facultades (...) para impartir órdenes e imponer sanciones a los sujetos pasivos de aquella, renuentes a cumplir los ordenamientos legales o estatutarios. Tal función emana de la potestad tuitiva del Estado, en pos de su seguridad, en procura de una moralidad media de la comunidad que preserve la convivencia, y para protección de terceros. Asimismo, implica cortapisas a la autonomía privada. Además, las normas que integran el derecho societario son, en su inmensa mayoría, de carácter imperativo o dispositivas por vía principal y no simplemente supletivas, por razón de los múltiples intereses que en ellas se entrecruzan” (subrayas fuera del texto original)²⁸.

En el sistema jurídico colombiano, siguiendo los antecedentes a los cuales se viene de hacer alusión, la vigilancia estatal respecto de las sociedades mercantiles se inició en relación con las anónimas únicamente; con ese propósito fue creada, mediante la Ley 58 de 1931, la *Superintendencia de Sociedades Anónimas*, como entidad a cuyo cargo se dejó “la ejecución de las leyes y decretos que se relacionen con las sociedades anónimas (...) con excepción de los establecimientos bancarios” —artículo 1 del citado cuerpo normativo—, para cuya inspección había sido creada ya la Superintendencia Bancaria, desde el año

²⁷ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio, *Teoría general de las sociedades*, sexta edición, Temis, Bogotá, 1990, pp. 375-376.

²⁸ *Idem*, pp. 374-375.

de 1923; el propósito inicial que se persiguió con la creación de la Superintendencia de Sociedades Anónimas fue el de velar por la legalidad de la formación y del funcionamiento de tales compañías. Posteriormente, por medio del Decreto-ley 2831 de 1952, se amplió el objeto de la actividad de dicha Superintendencia para incluir en él el cumplimiento de sus propios estatutos en el funcionamiento de dichas sociedades.

Con la expedición del Código de Comercio de 1971 —Decreto 410 de ese año—, la Superintendencia de Sociedades dejó de ser simplemente una Superintendencia de Sociedades Anónimas, para denominarse como actualmente se le conoce, vale decir Superintendencia de Sociedades, modificación nominal que tuvo en cuenta tanto el hecho de que el control a su cargo se venía extendiendo a otros tipos de sociedades, como también el postulado consagrado en el artículo 120-15 de la Constitución Política entonces vigente, precepto que sometía a la *“inspección necesaria”* del Presidente de la República a todas *“las sociedades mercantiles”* y *“conforme a las leyes”*.

De hecho, el Código de Comercio —C. Co.— introdujo una ampliación bastante considerable respecto del ámbito de operatividad de la *“inspección necesaria”* del Presidente de la República sobre las sociedades mercantiles, pues si en la Ley 58 de 1931 se había limitado el control a las sociedades anónimas, en el Estatuto Mercantil se previó la extensión de ese mismo control a las sociedades de otras formas o tipos, como lo establece el artículo 267 del citado cuerpo normativo.

En la misma dirección anotada, el Decreto 2059 de 1981 amplió aún más el elenco de compañías sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades comoquiera que el criterio fundado en la forma de la sociedad fue sustituido por un criterio objetivo, sustentado en las dimensiones de la empresa social, esto es en el valor de los activos totales, incluyendo en él las valorizaciones de los mismos, cualquiera que fuere el tipo de la sociedad; para introducir el mencionado cambio se tuvo en cuenta que las empresas de dimensiones relativamente grandes, más allá del tipo societario del que se tratase, no solían tener numerosos acreedores y asociados, sino que constituyen también una fuente importante de empleo, razón por la cual en su buen funcionamiento está interesado el orden público económico.

2.4.1.3 Conviene en este punto detenerse para precisar en qué consisten las tantas veces mencionadas actividades de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Sociedades y en qué se diferencian los tres tantas veces referidos vocablos en cuanto al contenido de las actividades que cada uno de ellos impone y/o autoriza llevar a cabo.

a. En cuanto a las potestades de **inspección**, cabe recordar que se encuentran sujetas a la inspección por parte de la Superintendencia de Sociedades todas las compañías comerciales no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo cual implica que respecto de tales empresas la Superintendencia de Sociedades está facultada para adelantar investigaciones administrativas encaminadas a obtener, confirmar y analizar información sobre su situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas que se hubieren realizado. La inspección constituye, entonces, un grado leve de injerencia o de supervisión del Estado en las sociedades sujetas a este tipo de fiscalización, razón por la cual se ha expresado que *“es una atribución simplemente potencial, que garantiza que el superintendente pueda ejercer la facultad constitucional que se encuentra en cabeza del presidente de la República, en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución nacional”*²⁹.

b. En lo que tiene que ver con la atribución de **vigilancia**, ésta constituye una facultad de carácter permanente que permite a la Superintendencia de Sociedades desplegar actividades de mayor alcance que las de mera inspección, pues la vigilancia consiste esencialmente en la potestad de velar porque las sociedades sometidas a dicho grado de fiscalización se ajusten tanto en su formación y funcionamiento como en el desarrollo de su objeto social, a la Constitución Política, a la ley, al reglamento y a sus propios estatutos.

Una de las modalidades de compañía respecto de la cual la ley determina que la Superintendencia de Sociedades debe llevar a cabo labores de vigilancia, es la constituida por las sociedades administradoras de consorcios comerciales —como Multiautos S.A.—, en el entendido de que estas empresas se dedican esencialmente al suministro de bienes o de servicios bajo el mecanismo consorcial o sistema consistente en que la sociedad capta recursos del público que se destinan, por lo general, a la adquisición de bienes de uso o de consumo, los

²⁹ REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, cit., pp. 366-367.

cuales son usualmente adjudicados entre los consorciados, por el sistema de sorteos. El referido esquema del consorcio comercial, además de permitir el acceso a un mecanismo de financiación para sus usuarios, contempla generalmente fórmulas de ajuste de precios que permiten la actualización de los mismos de acuerdo con la variación que experimente el índice de inflación³⁰.

Las aludidas sociedades administradoras de consorcios comerciales, por el hecho de recaudar recursos provenientes del ahorro privado, estuvieron inicialmente vigiladas por la entonces denominada Superintendencia Bancaria, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1970 de 1979; no obstante, a partir del año 1988 se produjo la transferencia de las facultades de vigilancia sobre los consorcios comerciales a la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1 del Decreto 1941 de 1986.

Llama la atención, de todas formas, que la vigilancia que a partir de la expedición de dicha norma debe continuar ejerciendo la Superintendencia de Sociedades, no se efectúa de conformidad con las reglas inherentes a la fiscalización de las sociedades comerciales del sector real, comoquiera que el artículo 3 del citado Decreto 1941 estableció que las facultades que a este respecto asumiría la Superintendencia de Sociedades serían las mismas que hasta la fecha había ejercido la Superintendencia Bancaria, por manera que –y ello resulta de la mayor importancia– las normas aplicables a la vigilancia de sociedades administradoras de consorcios comerciales son las mismas que se refieren a la fiscalización de las entidades financieras, según se desprende de lo normado por las disposiciones en cita, las cuales se transcribe a continuación:

*“DECRETO 1941 DE 1986
(JUNIO 19)*

Por el cual se asignan unas funciones al Ministerio de Desarrollo Económico.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 132 de la Constitución Nacional

DECRETA:

ARTICULO 1º. Asígnase al Ministerio de Desarrollo Económico las funciones de vigilancia y control que le fueron otorgadas a la

³⁰ *Idem*, pp. 368-379.

Superintendencia Bancaria, sobre las siguientes personas e instituciones:

(...)

c. Consorcios Comerciales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1970 de 1979;

PARAGRAFO: (...) La Superintendencia de Sociedades ejercerá las funciones asignadas en los literales b) y c), del presente artículo.

ARTICULO 2o. Las entidades mencionadas en el párrafo del artículo anterior ejercerán las funciones que se les atribuyen en el presente Decreto, en los mismos términos previstos para la Superintendencia Bancaria en las disposiciones legales citadas para cada caso en el artículo anterior y demás normas complementarias, y contarán con los mismos recursos y facultades que a través de dichas disposiciones le fueron asignadas a la citada entidad para el cabal cumplimiento de tales funciones”.

c. Por lo que atañe a la potestad de **control**, cabe señalar que ésta es la facultad más intensa de fiscalización que resulta jurídicamente viable ejercer respecto de una sociedad; se trata de una atribución llamada a operar en relación con compañías que se encuentren en una situación crítica, de carácter jurídico, económico o administrativo. Esta facultad, al igual que ocurre con la vigilancia, sólo puede ser ejercida sobre sociedades que no se hallen permanentemente vigiladas por otra superintendencia y para que una sociedad resulte sometida a este estadio de fiscalización será siempre indispensable que el Superintendente de Sociedades así lo determine por medio de acto administrativo de carácter particular, de suerte que la cesación del control precisa asimismo de que el Superintendente lo determine a través del correspondiente acto administrativo.

Existe una relativamente amplia flexibilidad para que el Superintendente evalúe las circunstancias fácticas particulares de cada sociedad y determine la intensidad de la fiscalización requerida, pero, en general, puede afirmarse que

“[L]a organización gradual de la fiscalización gubernamental implica que entre más graves sean las dificultades por las que atraviese una sociedad, más drásticos resulten también los mecanismos de acción que la Superintendencia puede emplear. Es por esto por lo que en el estadio de control, el superintendente asume atribuciones suficientes para conjurar situaciones de orden crítico. Estas facultades, que se suman a las de inspección y vigilancia, van desde la presentación de planes y programas de recuperación empresarial hasta la convocatoria a un proceso concursal de concordato o de liquidación obligatoria. A pesar de que estas facultades otorgan al superintendente amplias facultades, no debe entenderse que disponga de una discrecionalidad irracional para su aplicación. Cada una de tales atribuciones corresponde a presupuestos fácticos claramente definidos en las

*normas vigentes. Por ello, la misma ley define fronteras precisas en el cumplimiento de estas delicadas facultades de fiscalización*³¹.

Ahora bien, para la época durante la cual acontecieron los hechos que dieron origen al presente litigio, las potestades que podían ser ejercidas por la Superintendencia de Sociedades respecto de las empresas vigiladas, con el propósito de cumplir con las finalidades que a dicha actividad de control conciernen, se encontraban consagradas en los artículos 266 al 288 del Estatuto Mercantil, derogados por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995³²; la primera de las disposiciones en cita consagraba el fin u objetivo de la fiscalización y los preceptos subsiguientes concretaban el catálogo de herramientas con las cuales contaba la Superintendencia a efectos de materializar el aludido propósito de supervisar que las compañías vigiladas se ajustaran en su actuar al ordenamiento jurídico y a sus propios estatutos. A continuación se transcriben las disposiciones del Código de Comercio que consagraban potestades atribuidas a la Superintendencia de Sociedades, esto es de aquéllas que dicho organismo utilizó al desplegar actividades de inspección, vigilancia y control respecto de la sociedad Multiautos S.A.:

“Artículo 266. El Presidente de la República ejercerá por medio de la Superintendencia de Sociedades la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales no sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, con el fin de que en su formación y funcionamiento se ajusten a las leyes y decretos y de que se cumplan normalmente sus propios estatutos, según lo previsto en este Código o en leyes posteriores.

Artículo 267. Además de las atribuciones conferidas en otras disposiciones de este Código y en leyes especiales, el Superintendente de Sociedades tendrá las siguientes:

1º. Ejercer la inspección y vigilancia:

a). Sobre todas las sociedades anónimas y las sucursales de sociedades extranjeras que no estén sometidas a la Superintendencia Bancaria;

b). Sobre todas aquellas sociedades, cualquiera que sea su forma, en las que una compañía de las sometidas a su vigilancia tenga el veinte por ciento o más de su capital social;

c). Sobre cualquier compañía mercantil cuando lo solicite un número plural de asociados que posea el veinte por ciento o más de su capital

³¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, cit., pp. 382-383.

³² Conjunto normativo éste que no resulta aplicable al *sub judice* por cuanto, atendiendo al contenido del material probatorio recaudado en el plenario —referido en el acápite respectivo dentro del presente pronunciamiento—, para el año 1995 los hechos en los cuales sustenta el accionante sus pretensiones habían acaecido ya.

social. En este caso la inspección y vigilancia cesará cuando lo pida un número plural de asociados que represente más del ochenta por ciento del capital social, y

d). Sobre las sociedades mercantiles no comprendidas en los literales anteriores, cuando así lo determine el Presidente de la República en ejercicio de su facultad de inspección sobre dichas sociedades, en cuyo caso la inspección se ejercerá con arreglo a las normas de este Código.

2ª. Autorizar la solemnización de las reformas introducidas a los estatutos.

3ª. Convocar las asambleas o las juntas de socios a reuniones extraordinarias cuando no se hayan verificado las ordinarias previstas en el contrato y los administradores no las convoquen oportunamente;

4ª. Decretar y practicar visitas, con facultad para inspeccionar todos los libros y papeles de las sociedades vigiladas;

5ª. Decretar el retiro de las acciones de los mercados públicos de valores, cuando ocurran irregularidades en el funcionamiento de la sociedad que puedan comprometer los intereses de los inversionistas;

6ª. Suspender el permiso cuando ocurran irregularidades graves en el funcionamiento de cada sociedad, según su forma;

7ª. Decretar la disolución y ordenar la liquidación de sociedades, y designar liquidador, cuando fuere el caso, conforme a la ley;

8ª. Exigir de las sociedades vigiladas los balances de ejercicio y sus anexos antes de ser considerados por la asamblea o por la junta de socios, pudiendo formular observaciones dentro de los diez días siguientes. Si estas se producen serán leídas en la reunión en que sea considerado el balance, y

9ª. Imponer multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos a quienes desobedezcan sus decisiones o violen las normas legales o estatutarias.

Artículo 272. Las visitas se ordenarán de oficio o a petición de los administradores, de los revisores fiscales o de cualquier asociado y tendrán por objeto establecer:

1º. Si la sociedad está cumpliendo su objeto y lo hace dentro de los términos del contrato social.

2º. Si se lleva la contabilidad al día, según las normas legales y los principios o reglas pertinentes de la técnica contable;

3º. Si los activos sociales son reales y están adecuadamente protegidos;

4º. Si los dividendos repartidos o por repartir corresponden realmente a utilidades liquidadas en cada ejercicio y se han pagado conforme al contrato y a las órdenes de la asamblea o junta de socios;

5°. Si se están haciendo las reservas obligatorias y las ordenadas por la asamblea o junta de socios y si se está respetando el destino de las mismas;

6°. Si han ocurrido pérdidas de las que conforme a la ley o al contrato deben producir la disolución de la sociedad;

7°. Si los libros de actas y de registro de acciones se llevan y se conservan debidamente, y

8°. Si el funcionamiento de la sociedad se ajusta a las disposiciones legales y a las estipulaciones de los estatutos.

Artículo 273. Practicada una visita, la Superintendencia de Sociedades elaborará acta, con base en los informes de los visitadores, que se dará en traslado a la sociedad visitada, hasta por treinta días, para que formule sus aclaraciones o descargos. Vencido el término del traslado, se dictará una resolución motivada, para impartir las instrucciones u órdenes del caso a la sociedad o a los administradores, revisores o liquidadores.

Artículo 276. La Superintendencia podrá decretar la disolución de una sociedad sometida a su vigilancia en los siguientes casos:

1°. Cuando no haya obtenido permiso para ejercer su objeto o para continuar ejerciéndolo;

2°. Cuando No haya subsanado, dentro del término fijado por la misma Superintendencia, las irregularidades que hayan motivado la suspensión de su permiso de funcionamiento;

3°. Cuando se trate de sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada que hayan perdido el cincuenta por ciento o más del capital suscrito y no se hayan adoptado oportunamente las medidas necesarias para restablecerlo, y 4°. Cuando se verifique la ocurrencia de alguna de las causales de disolución previstas en la ley o en los estatutos y la asamblea no proceda o no pueda proceder oportunamente a declarar la disolución, o a adoptar oportunamente las medidas indicadas en el artículo 220.

Artículo 281. La persona que demuestre interés jurídico podrá denunciar ante el Superintendente las irregularidades o violaciones legales que se presenten en cualquier sociedad. Para tal efecto, hará una relación de los hechos lesivos de la ley o de los estatutos y de los elementos de juicio que tiendan a comprobarlos. La Superintendencia adelantará la respectiva investigación y de acuerdo con los resultados decretará las medidas pertinentes”.

Otra de las medidas que se encuentra al alcance de la Superintendencia de Sociedades cuando fiscaliza la actividad de empresas como las administradoras de consorcios comerciales —caso de Multiautos S.A.—, medida que de hecho está probado en el plenario que fue adoptada en el asunto *sub judice*, es la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la compañía vigilada, decisión

respecto de cuya naturaleza y alcances se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

“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”³³.

Como las disposiciones transcritas y la jurisprudencia citada claramente lo evidencian, existen múltiples alternativas en manos de la Superintendencia de Sociedades al momento de elegir qué curso de acción ha de emprender con el propósito de reconducir las actuaciones contrarias a la ley o a los estatutos de alguna sociedad vigilada, algunas de tales opciones más restrictivas y afflictivas para la compañía vigilada que otras, de suerte que mal podría negarse que el organismo de control ejerce, en este ámbito, potestades discrecionales que si bien le proveen de los necesarios márgenes de apreciación para procurar la elección de las medidas que de mejor manera salvaguarden tanto el interés general como los derechos e intereses de la empresa, de sus socios y de terceros, en modo alguno la facultan para adoptar procederes o determinaciones ligeras, caprichosas o insuficientemente justificadas, pues si se atiende tanto a lo normado por el artículo 36 C.C.A.³⁴, como a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en esta materia, la potestad discrecional debe ser ejercida en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza, afectando los derechos e intereses que deban ser restringidos sólo en la medida estrictamente necesaria y de forma proporcional con los hechos que le sirven de causa o motivo a la adopción de la respectiva decisión³⁵.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG); Actor: Jorge Bernal Mazabel y otros.

³⁴ Dispone el precepto en mención: “Artículo 36. *En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”.

³⁵ En relación con la aludida concepción de la discrecionalidad administrativa pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00;

Tal la razón por la cual se ha sostenido, de manera acertada, lo siguiente respecto de la forma en que deben ser ejercidas potestades como las que se vienen de referir, cuando se desarrollan las correspondientes funciones de inspección, vigilancia y control por parte de una Superintendencia:

“En suma, tanto la Superintendencia Financiera, como los demás órganos de la administración cuyo concepto se precisa para la adopción de las decisiones que aquí nos distraen —toma de posesión, medidas preventivas facultativas, orden de liquidar la sociedad—, deben ejercitar las correspondientes facultades discrecionales de la forma que se ha dejado explicada, esto es, completando el supuesto de hecho —incompleto, inacabado, a pesar de consagrar una serie de causales, respecto de la toma de posesión— de los artículos 114 y 115 del EOSF, y 1 y 2 del decreto 2211 de 2004. Completar los supuestos de hecho de los preceptos en cuestión es una tarea que implica establecer los criterios de decisión, objetivos y razonables, normalmente de una elevada complejidad técnica —en la medida en que implicarán llevar a cabo pronósticos, estudios de viabilidad, sostenibilidad financiera, proyecciones económicas, valoración de riesgos, etcétera—, que le permitan a la administración determinar, de manera plenamente justificada, si toma o no posesión de una entidad, si adopta o no medidas preventivas de las que la ley prevé como facultativas dentro de dicho procedimiento, y si ordena o no la liquidación o elige alguna otra de las alternativas que las normas señalan como opciones para salvaguardar, de la mejor manera posible, el interés público que se busca proteger a través de la vigilancia administrativa de este ámbito de actividad de los particulares”³⁶ (énfasis añadido).

2.4.1.4 Como se ha señalado en repetidas ocasiones a lo largo del presente pronunciamiento, el propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan —constitucionales, legales y reglamentarias—, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente, en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el *sub judice* pudiere consistir en hacerle asumir obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daños a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. La responsabilidad patrimonial del

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Junio cinco (5) de dos mil ocho (2008); Expediente N°: 15001233100019880843101- 8031; Radicación N°: 8431; Actor: Constructores Limitada; Demandado: Fondo Vial Nacional.

³⁶ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier y FRANCO GOMEZ, Catalina, *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, pp. 530-531.

Estado, por tanto, en este tipo de casos, sólo puede quedar comprometida si se demuestra en el proceso *(i)* que el servicio a cargo de la Superintendencia no fue prestado o lo fue de manera tardía, negligente o equivocada y *(ii)* que esa falla en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se depreca.

Tal ha sido el entendimiento de la Sala, expresado de forma prístina en el pronunciamiento que se cita a continuación:

“Como se advierte, la inspección y vigilancia de la actividad de intermediación que desarrollan los particulares se concretaba en la expedición de directrices técnicas, realización de visitas, otorgamiento de autorizaciones, e imposición de medidas cautelares y de sanciones a las entidades que incumplieran las normas, con el objeto de que los actos que realizaran dichas entidades fueran siempre transparentes y no afectaran los intereses de los terceros más allá de los resultados que se derivaran de su gestión en el libre mercado.

Esa labor de inspección que ejercía la Superintendencia Bancaria no garantizaba que el patrimonio de los depositantes o accionistas no resultara afectado como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la actividad de intermediación financiera, puesto que tal labor se concretaba a controlar que el ejercicio de dicha actividad se desarrollara conforme a la ley, y en la medida en que así no se hiciera, a adoptar de manera oportuna los correctivos e imponer las sanciones de rigor.

En síntesis, la actividad financiera que desarrollan los particulares está sometida a la inspección y vigilancia del Estado, en razón del interés general que esa actividad reviste, por su incidencia en la economía. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado por los daños que se derivaran de actuaciones irregulares de quienes ejercen dicha actividad se produce siempre que la entidad estatal incurra en omisión en el cumplimiento de las funciones que le corresponden como autoridad de policía administrativa, pero cuando se demuestre que de haberse dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares³⁷ (subrayas fuera del texto original).

No alberga hesitación alguna la Sala en el sentido de que en casos como el *sub lite* resulta necesario situar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, pues *“La función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en*

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00009-01(AG); Actor: Antiguos Asociados de Cupocrédito y otros.

*asegurar el cumplimiento de las normas del sector*³⁸; no puede perderse de vista que el contenido obligatorio a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda —so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar— “[d]el cumplimiento de la ley más no el éxito económico de la inversión” *Por consiguiente, “quien sufre pérdidas como consecuencia del juego del mercado dentro de los límites de la legalidad tiene el deber jurídico de soportar el daño”*³⁹.

Ello si se tiene en cuenta, además, que cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado —el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión—, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general, frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser —se itera— la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales.

Contrario sensu, si la Superintendencia acredita haber desplegado de manera diligente, prudente, cuidadosa, objetiva y suficientemente justificada sus labores de inspección, vigilancia y control, demuestra haber hecho un ejercicio razonado, ponderado, sustentado en hechos concretos y debidamente motivado de los márgenes de apreciación que el ordenamiento jurídico le confiere frente a este tipo de situaciones, sencillamente no cabrá declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en consideración a que los daños sufridos por los clientes o usuarios de la sociedad vigilada no resultan jurídicamente imputables a la entidad pública accionada; dicho de otro modo,

“... las obligaciones de la administración al ejercitar estas facultades discrecionales son de medios, y no de resultados. La administración está obligada a desplegar todas las actividades necesarias para elaborar los aludidos criterios técnicos, objetivos y razonables de decisión: incorporar al expediente administrativo toda la información

³⁸ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier y FRANCO GOMEZ, Catalina, *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, cit., pp. 536-537.

³⁹ *Idem*.

técnica, económica, jurídica, etc, que resulte relevante, identificar todos los derechos e intereses jurídicos implicados, y llevar a cabo un juicio de ponderación entre ellos, como resultado del cual se adopten las correspondientes decisiones. **Lo que la administración no puede garantizar, en todos los casos, es que las determinaciones, de este modo adoptadas, conducirán, necesariamente, a la salvación de la entidad intervenida o, más genéricamente, a la indefectible consecución del objetivo propuesto con la medida elegida.** En ese orden de ideas, la administración puede acreditar que ha cumplido con el contenido obligacional que la ley le impone en esta materia, demostrando que ha ejercitado las facultades discrecionales que se le atribuyen, de la manera que se ha descrito en precedencia: instruyendo un procedimiento administrativo serio, completo, en el que se incorpore toda la información relevante, se pondere entre todos los derechos e intereses jurídicos implicados, y se establezca un criterio técnico, objetivo y razonable de decisión, que no se demuestre que es manifiestamente desproporcionado, arbitrario o irrazonable⁴⁰ (énfasis añadido).

El descrito fue, por cierto, el esquema de razonamiento que siguió la Sección Tercera del Consejo de Estado para exonerar de responsabilidad a la Superintendencia de Sociedades en un caso que guarda una relevante analogía fáctica con el asunto *sub judice*, pues se trataba de la demanda instaurada contra dicha entidad por varias personas que habían entregado, con el propósito de abonar al precio de unos terrenos que pretendían adquirir para la construcción de vivienda, dineros a una sociedad vigilada por la Superintendencia que defraudó a los accionantes; en aquella ocasión, la Sección Tercera sostuvo lo siguiente:

“Con fundamento en el anterior recuento normativo acerca de la competencia y facultades de inspección y vigilancia atribuidas a la Superintendencia de Sociedades y así mismo frente a las distintas actuaciones cumplidas por dicha entidad, deduce la Sala que por parte de la misma no se dieron las omisiones constitutivas de la falla del servicio, generadora, según los demandantes, de los perjuicios a ellos ocasionados.

A la anterior conclusión se arriba, si se tiene en cuenta que por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 497 de 1987, con la modificación del artículo 1º del Decreto 548 de 25 de marzo de 1988, sólo hasta el 1º de julio de 1988 la Superintendencia de Sociedades adquirió competencia en lo relacionado con la adquisición de viviendas. Así mismo, no puede desconocer la Sala que tanto la Superintendencia Bancaria, como la de Sociedades, dentro de las facultades que la ley les otorgaba, cada una en su oportunidad, procuraron manejar la situación irregular que con respecto a Asovivienda se presentaba, con criterio serio y realista, encaminado a buscar la mejor solución para los interesados. El proceso enseña con suficiente claridad que los entes públicos mencionados no solo escucharon las quejas de los usuarios, sino que por los medios legales a su disposición, procuraron que

⁴⁰ *Ibidem.*

Asovivienda se sometiera estrictamente a la legislación vigente, mediante un proceso previo de información, posteriormente por medio de requerimientos verbales y escritos, se libraron oficios, se practicaron visitas, se hicieron reuniones con los afectados, se propusieron soluciones y, por último, se impusieron las sanciones económicas correspondientes. En tales condiciones, mal podría sostenerse que la administración mantuvo una conducta omisiva y desde luego que no resulta aceptable la manifestación de la parte actora en el sentido de que se limitó al envío de respetuosos oficios. Si la ley señalaba unos parámetros y precisaba unas facultades, mal podía la administración, so pena de violar la misma ley, sobrepasarse en su comportamiento y menos aún, cuando precisamente en el caso examinado, no resultaba aconsejable desde un punto de vista práctico, económico y social, acudir a las medidas extremas de tomar posesión de los haberes e iniciar la liquidación de Asovivienda.

(...)

Ahora bien, no puede desconocer la Sala que Asovivienda incurrió en algunas de las causales previstas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968 y que por disposición de la misma norma, el Superintendente Bancario primero, y después el Superintendente de Sociedades, **“puede tomar la inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocupen de las actividades de que trata esta ley, o disponer su liquidación...”**. Pese a lo anterior, conviene señalar cómo las medidas extremas anteriores no son de obligatoria aplicación, sino que, por el contrario, son potestativas de la superintendencia, ...

(...)

Constituía, pues, en tales condiciones, un imposible físico pretender la liquidación de Asovivienda para pagarle a los afectados, cuando lo cierto era que tal asociación carecía de dinero y de haberes que realizados hubieran servido para pagar por las acreencias cuya recuperación se pretende en este proceso, con olvido, estima la Sala, de que ni la Superintendencia de Sociedades, ni el municipio de Sincelejo, fueron los recaudadores de los dineros aportados por los demandantes. Olvidaron éstos, que por su propia cuenta y riesgo entregaron sus aportes económicos a la asociación y que tanto a ésta, como a su representante legal, han debido constituirlos en sujetos pasivos de las acciones judiciales penales o civiles a que hubiere lugar.

Vienen a propósito de la situación comentada, las precisiones recientemente consignadas en providencia de 27 de julio de 1995, con ponencia del señor Consejero doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, en el Proceso número 9223, en la cual se manifestó:

“En consecuencia con lo anterior, la Sala recuerda que cada uno está obligado a velar por su seguridad propia, personal y patrimonial sin que pueda atribuir toda culpa de sus desgracias a la administración pública sin parar mientes en su propia negligencia o descuido.

“Así como debe sancionarse civil y patrimonialmente toda arbitrariedad, abuso o negligencia administrativos cuando quiera que se constituyan en causa de daño para los administrados, así mismo debe ser objeto de sanción, al menos por ausencia de derecho para reclamar, la incuria, el descuido, la negligencia o la pereza de quien se pretende damnificado y procura imputar responsabilidad al Estado. No puede la Sala patrocinar el criterio que conduzca al abuso del derecho de accionar

responsabilidad patrimonial del Estado, proyectando en todo caso y en su totalidad los resultados patrimoniales de conductas reprochables a la vez tanto a particulares como a la administración. Como ya se ha dicho es deber de cada uno velar por la integridad de su propio patrimonio, por la seguridad de sus bienes, respecto de los cuales legalmente el Estado también debe velar por su preservación”⁴¹ (subrayas fuera del texto original; negrillas en él).

2.4.2 La falla en el servicio endilgada a la Superintendencia de Sociedades en el asunto *sub examine*.

a. Como es bien sabido, de acuerdo con lo normado por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; del mencionado precepto constitucional la jurisprudencia de esta Sala ha colegido, en cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, que deben concurrir en el plenario los elementos demostrativos de la existencia de **(i)** un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflige a uno o a varios individuos y que éstos no se encuentran en el deber jurídico de soportar; **(ii)** una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, y **(iii)** cuando hubiere lugar a ella⁴², una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de octubre de 1995; Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación número: 10054.

⁴² El matiz referido en el texto tiene como fundamento la circunstancia consistente en que, como lo ha anotado la Sala en anteriores oportunidades, en los eventos en los cuales se deprecia la declaratoria de responsabilidad estatal como consecuencia de una omisión, la necesaria y fundamental diferencia entre el examen de causalidad y el juicio de imputación revela que dicho examen de causalidad no resulta imprescindible, mientras que el aludido juicio de imputación sí, a efecto de dilucidar si la entidad accionada está jurídicamente llamada, o no, a responder por su *no actuar*, pues

*“la comprensión mayoritaria —aunque deba darse cuenta de la existencia de pareceres discrepantes— niega que las omisiones puedan ser causa, en un sentido estrictamente naturalístico u ontológico, de un resultado, como lo han señalado, por vía de ejemplo, MIR PUIG y JESCHECK, de la siguiente manera: “resulta imposible sostener que un resultado **positivo** pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un puro **no hacer (ex nihilo nihil fit)**” (énfasis en el texto original), sostiene aquél; “La causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (“ex nihilo nihil fit)”, afirma éste. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 318 y JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 852, apud MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, cit., pp. 241-242.*

Sin embargo, la tantas veces aludida distinción categorial entre causalidad e imputación permite explicar, precisamente, de forma mucho más coherente que si no se parte de la anotada diferenciación, la naturaleza del razonamiento que está llamado a efectuar el Juez de lo Contencioso Administrativo cuando se le llama a dilucidar si la responsabilidad del Estado debe quedar comprometida como secuela no ya de una actuación positiva, sino como consecuencia de

decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o de la omisión atribuible a la entidad demandada.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la mencionada falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de **(i)** un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflige a uno o varios individuos; **(ii)** una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias, en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y **(iii)** una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía.

una omisión de la entidad demandada, pues aunque se admita que dicha conducta omisiva fenomenológicamente no puede dar lugar a la producción de un resultado positivo —de un daño—, ello no significa, automáticamente, que no pueda generar responsabilidad extracontractual que deba ser asumida por el omitente. Pero esa cuestión constituirá un asunto no de causalidad, sino de imputación.

Y es que en los eventos en los cuales la conducta examinada es una acción, para que proceda la declaratoria de responsabilidad resulta menester que exista relación de causalidad entre ella y el resultado, lo cual no es suficiente porque debe añadirse que éste sea jurídicamente atribuible o imputable a aquélla; pero, como señala MIR PUIGPELAT,

*“... cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (...) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el **deber jurídico de evitar el resultado lesivo**, poseyendo la acción —debida— omitida **capacidad para evitarlo**. En el momento de comprobar esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en **posición de garante** de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión”* (negritas en el texto original). Cfr. MIR PUIG PELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, cit., pp. 242-244”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009; Radicación No.: 050012326000-1995-01203-01; Expediente No. 17145.

Así, por ejemplo, se ha sostenido:

«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.⁴³

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..."⁴⁴,⁴⁵ (cursivas en el texto original).

b. Trayendo los anteriores parámetros de análisis al asunto *sub judice*, en el expediente se encuentra demostrado, a través de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, el 2 de diciembre de 1991, que la

⁴³ Nota original de la sentencia citada: "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.

⁴⁴ Nota original de la sentencia citada: 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.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciséis de abril (16) de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG).

sociedad Multiautos S.A., incumplió varios compromisos comerciales contraídos para con el aquí demandante, circunstancia que condujo a que el fallo en comento condenara a Multiautos S.A., a pagar al señor Hernando Toro Vallejo varias sumas de dinero, con sus correspondientes intereses moratorios y a cumplir con la obligación de entregarle el vehículo que le había sido adjudicado dentro del grupo del cual el señor Toro formaba parte en la mencionada administradora de consorcios comerciales; sin embargo, no obra prueba que permita establecer si las referidas obligaciones a cargo de Multiautos S.A., fueron satisfechas, siquiera parcialmente, por la mencionada sociedad, dentro del proceso de liquidación forzosa de la misma.

Empero, dicha circunstancia podría ser establecida sin mayor dificultad en un eventual incidente de cuantificación de los perjuicios que el actor aduce que le fueron causados como consecuencia de las fallas en el servicio que según su criterio se habrían configurado respecto del actuar de la Superintendencia de Sociedades; además, no resulta claro que se encontrara al alcance del demandante acceder a la providencia mediante la cual se habría puesto fin al proceso de liquidación de Multiautos S.A., ordenado por la Superintendencia de Sociedades según se refirió en el acápite de pruebas del presente pronunciamiento, para el momento en el cual la demanda fue presentada y se tramitó el período probatorio dentro del proceso, mientras que la entidad pública demandada sí tenía total facilidad de acceder al respectivo expediente y, en caso de haber constatado que todo o parte de las obligaciones de Multiautos S.A., para con el señor Humberto Toro Vallejo fueron satisfechas dentro del mencionado procedimiento de liquidación, debió haberlo acreditado en el presente encuadernamiento, esto es que corría con la carga de la prueba del mencionado pago, pues, dicho sea de paso, la negación indefinida del demandante en el sentido de que dicho pago nunca se produjo, se encuentra exenta de prueba al tenor de lo normado por el inciso segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

En el anterior orden de ideas, la Sala entiende que el daño ocasionado al actor se encuentra demostrado, aunque no hay en el expediente elementos probatorios que permitan efectuar en este pronunciamiento su cuantificación, circunstancia que podría dar lugar al proferimiento de una condena en abstracto, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 172 C.C.A., en caso de encontrarse demostrados los restantes elementos necesarios para declarar la

responsabilidad patrimonial de la Superintendencia de Sociedades por haber incurrido en una falla en el servicio.

c. Sin embargo, es precisamente la aludida falla en el servicio la que la Sala entiende que en manera alguna se encuentra acreditada en el *sub lite*, pues ni uno solo de los rubros en los cuales el accionante radica la existencia de ese deficiente obrar de la Superintendencia de Sociedades en el presente asunto, realmente puede entenderse configurado ni menos constitutivo de la alegada falla en mención.

Así pues, en cuanto tiene que ver con la decisión adoptada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1941 de 1986 por cuya virtud se dispuso asignar las funciones de vigilancia y control respecto de las sociedades administradoras de consorcios comerciales, que antes estaban radicadas en cabeza de la entonces denominada Superintendencia Bancaria, a la Superintendencia de Sociedades, mal podría estimarse —como lo pretende el actor— que ello constituye una falla en el servicio comoquiera que con ello supuestamente se habría dejado desprovistos a los clientes de ese tipo de compañías, del respaldo que ofrecía el FOGAFIN; de un lado, ha de señalarse que la mencionada decisión de reasignación de competencias administrativas fue adoptada por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad que le atribuía el inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Política entonces vigente, precepto por cuya virtud “[L]a distribución de los negocios, según sus afinidades entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, corresponde al Presidente de la República”.

Y, de otra parte, en modo alguno dicha determinación afectó la situación jurídica de los clientes de las sociedades administradoras de consorcios comerciales, pues el artículo 2 del mencionado Decreto 1941 de 1986 fue absolutamente claro al establecer que la Superintendencia de Sociedades —al igual que las otras entidades a las cuales se asignaron competencias que antes se encontraban en cabeza de la entonces llamada Superintendencia Bancaria— “ejercerán las funciones que se les atribuyen en el presente Decreto, en los mismos términos previstos para la Superintendencia Bancaria en las disposiciones legales citadas para cada caso en el artículo anterior y demás normas complementarias, y contarán con los mismos recursos y facultades que a través

de dichas disposiciones le fueron asignadas a la citada entidad para el cabal cumplimiento de tales funciones”.

Súmese a lo anterior que, como también se explicó precedentemente en este proveído, la responsabilidad del Estado por razón de las funciones a su cargo en materia de inspección, vigilancia y control de las actividades desarrolladas por las sociedades comerciales se circunscribe a realizar todas las gestiones y a adoptar todas las decisiones que el ordenamiento jurídico posibilita con el fin de encausar el quehacer de las compañías vigiladas al ordenamiento jurídico y a sus propios estatutos, sin que dicha responsabilidad se extienda, *per se*, a la garantía de las pérdidas sufridas o de las utilidades esperadas por los usuarios o clientes de las empresas en cuestión.

En segundo lugar, en cuanto tiene que ver con la supuesta tardanza de la Superintendencia de Sociedades en intervenir en el caso de los reiterados incumplimientos de Multiautos S.A., para con sus clientes y con la alegada “tibiaza” o “debilidad” de las determinaciones que el organismo de fiscalización adoptó, las cuales —en el sentir del accionante— constituyeron medidas ineficaces para impedir que la sociedad en comento entrara en quiebra, estima la Sala que el abundante material demostrativo acopiado en el plenario da cuenta de una situación completamente diversa de la planteada por el demandante.

Ello por cuanto las pruebas en mención evidencian que la Superintendencia de Sociedades inició labores de inspección respecto de Multiautos S.A., tan pronto asumió las correspondientes funciones que le fueron asignadas y que antes ejercía la entonces nombrada Superintendencia Bancaria, por manera que realizó visitas a la referida sociedad y levantó detalladas actas en las cuales se dejó explícita y pormenorizada constancia de la situación financiera, jurídica y contable de la sociedad, actas de las cuales corrió los correspondientes traslados a los administradores de la persona jurídica vigilada, de las cuales igualmente se sirvió para proferir actos administrativos impartiendo instrucciones encaminadas a que las irregularidades detectadas se subsanaran e incluso para imponer multas al representante legal y al revisor fiscal de Multiautos S.A., por incumplir sus obligaciones legales y estatutarias en el manejo de los asuntos de la compañía.

Adicionalmente, en el momento en el cual, con base en criterios técnicos, en argumentos jurídicos y en análisis financieros que no fueron cuestionados en el presente proceso y que tampoco se demostró o se evidenció que resultaran manifiestamente irrazonables o desproporcionados, en el momento en el cual lo estimó pertinente y procedente para garantizar la pervivencia de la empresa, la Superintendencia de Sociedades impartió, con las debidas justificaciones y soportes documentales, la orden de capitalización de la misma, continuó con el seguimiento respecto de la obediencia a las instrucciones que dictaba a los administradores de la sociedad —de hecho, las pruebas dan cuenta de que tales obligaciones iban siendo progresivamente atendidas— e intentaba controlar la legalidad de las actuaciones de los mismos concediendo los correspondientes permisos de funcionamiento para la empresa por períodos relativamente cortos y manteniendo las órdenes de realizar visitas de inspección y vigilancias especiales a la compañía en mención.

A pesar de todas las anteriores gestiones, una nueva visita de inspección realizada a Multiautos S.A., en el segundo semestre de 1992, puso en evidencia que la situación financiera y las continuas irregularidades tanto contables como jurídicas en que incurrían los administradores de la sociedad se incrementaron, poniendo en riesgo aún mayor la pervivencia de la compañía, al igual que los derechos e intereses de terceros, razón por la cual, nuevamente con las debidas justificaciones y soportes, se dispuso la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de Multiautos S.A., inicialmente con el propósito de intentar el rescate de la sociedad, pero ante los resultados negativos de las gestiones en tal dirección adelantadas por el agente de la Superintendencia, no quedó más remedio que disponer su liquidación.

El panorama descrito, lejos de evidenciar que la Superintendencia de Sociedades hubiere obrado de manera negligente o displicente, da cuenta de que desplegó todas las atribuciones jurídicas a su alcance, adelantó múltiples actividades y puso en marcha diversos mecanismos con el propósito de encausar la gestión de los administradores y del revisor fiscal de Multiautos S.A., dentro de los parámetros de la ley y de los estatutos de la compañía, no obstante lo cual, por razón de las actuaciones de dichos administradores y no de la Superintendencia, todo lo hecho por ésta resultó infructuoso y se hizo necesario tomar posesión de los bienes, haberes y negocios de la empresa para, posteriormente, tener que impartir la indeseada orden de liquidación de la misma.

Todas las actuaciones de la Superintendencia en este caso se encuentran debidamente soportadas en documentos que fueron allegados al proceso y que dan fe de que lo hecho por el personal de dicha entidad se sustentó en criterios y en evaluaciones técnicas, jurídicas y contables objetivas, llevadas a cabo en pluralidad de ocasiones, de manera continua, esto es que el contenido obligacional a cargo de la entidad demandada fue debidamente satisfecho y en cuanto al presente caso se refiere no incurrió en falla alguna en la prestación del servicio a su cargo.

Finalmente, por cuanto respecta a la supuesta falta de información sobre la apertura del procedimiento de liquidación administrativa de Multiautos S.A., al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, despacho judicial en el cual afirma el demandante que cursaba el proceso ejecutivo que habría promovido contra la multicitada sociedad, no obra en el expediente material demostrativo alguno que permita establecer que el referido proceso de ejecución realmente hubiere existido y que la Superintendencia de Sociedades hubiere tenido la posibilidad cierta de informar sobre la apertura del mencionado proceso liquidatorio y pese a ello no procedió de dicha manera. No se acreditó la existencia entonces, tampoco por este concepto, de la falla en el servicio alegada por la parte actora.

Todo lo expuesto conduce, indefectiblemente, a que el fallo impugnado sea confirmado en su integridad, con la consecuente desestimación de las pretensiones de la demanda también en esta instancia.

2.5 Costas.

Habida cuenta de que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Declárase que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, no cuenta con legitimación en la causa dentro del presente proceso, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Confírmase la sentencia apelada, esto es la proferida el 3 de septiembre de 1998 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia y, en consecuencia, **deniéganse** las pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase,

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA