

MEDIDAS CAUTELARES O PREVENTIVAS POR CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS DEL PUBLICO - Superintendencia Bancaria. Es competente para imponerlas con el fin de evitar que cualquier persona ejerza, sin autorización, actividades exclusivas de las entidades vigiladas / ACTIVIDADES BURSATIL, FINANCIERA Y ASEGURADORA - Son de interés público y sólo se pueden ejercer con autorización del Estado / SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Naturaleza. Funciones

El artículo 335 de la Constitución Política, que hace parte del Título XII sobre el Régimen Económico y la Hacienda Pública, califica las actividades a que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, como de "interés público". Tales actividades solamente pueden ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, previa autorización de la autoridad competente, so pena de las sanciones legalmente establecidas. El artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra dentro de los objetivos de la Superintendencia Bancaria, los siguientes: ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES. <Artículo sustituido por el artículo 1 del Decreto 2359 de 1993.> 1. Naturaleza y objetivos. <Inciso 1o. modificado por el artículo 35 de la Ley 510 de 1999. :-> La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos: a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones. ...d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la Ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas. ...e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe. Por su parte, el artículo 1º del Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005 dispuso: "Fusión y denominación. Fusi6nase la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia". Para el cumplimiento de los objetivos asignados a la Superintendencia, esta entidad cuenta con facultades de supervisi6n, prevenci6n y sanci6n, descritas en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [...] Por su parte, el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone: "ARTICULO 108. PRINCIPIOS GENERALES. 1. Medidas cautelares. Corresponde a la Superintendencia Bancaria imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorizaci6n: a. La suspensi6n inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un mill6n de pesos (\$1'000.000.) cada una; b. La disoluci6n de la persona jurídica, y c. La liquidaci6n rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que señala el presente Estatuto para los casos de toma de posesi6n de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras. PARAGRAFO 1o. La Superintendencia Bancaria entablará, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público". Así, le compete a la Superintendencia Bancaria, como organismo técnico de carácter administrativo, evitar que personas no autorizadas por la ley ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas y supervisar de manera integral las operaciones de las instituciones sometidas a su control con el

fin de velar por el cumplimiento de las normas que las regulen, asegurando la confianza en el sistema financiero. En consecuencia, cuando las personas naturales o jurídicas ejercen de manera irregular una actividad financiera, esto es, sin autorización de la Superintendencia Financiera, esta entidad puede imponer una o varias de las medidas cautelares o preventivas a que se refiere el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de las cuales están la disolución de la persona jurídica y la liquidación rápida y progresiva de las operaciones ilegales, para lo cual se aplican, en lo pertinente, las normas sobre toma de posesión, previstas en la misma normativa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 19 LITERAL D / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 335 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO - ARTICULO 108 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO - ARTICULO 325 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO - ARTICULO 326 / DECRETO 4327 DE 2005 - ARTICULO 1

NOTA DE RELATORIA: La síntesis del caso es la siguiente: Se estudió la legalidad de los actos administrativos por los que la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) impuso al Instituto de Salud Royal Center S.A. unas medidas administrativas por la captación masiva de dineros que dicho instituto efectuó del público, sin que mediara autorización legal. La Sala confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó la nulidad de dichos actos, por cuanto concluyó que la mencionada entidad estaba facultada por el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para imponer las medidas cautelares o preventivas que la misma norma establece, las cuales tienden a proteger los intereses de terceros de buena fe, a preservar la confianza del público en general, a evitar que personas no autorizadas ejerzan la actividad financiera y a proteger el orden público económico (art. 326 [4] E.O.S.F.). Preciso que tales medidas carecen de alcance penal, que no son exclusivas de los procedimientos jurisdiccionales y que la liquidación de las operaciones ilegales, como la que se dispuso en los actos acusados, se adelanta de acuerdo con los procedimientos previstos en el Código de Comercio. Por ende, señaló que no hubo falta de competencia ni usurpación de jurisdicción por parte de la Superintendencia, dado que ésta se limitó a adoptar las medidas cautelares pertinentes y dejó la liquidación de las operaciones realizadas ilegalmente en manos de la jurisdicción ordinaria.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza jurídica de las actividades financiera, bursátil y aseguradora se cita la sentencia C-224 de 2009 de la Corte Constitucional.

CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS DEL PUBLICO - Casos en que se presenta / CAPTACION ILEGAL DE DINEROS DEL PUBLICO - Sanción penal

La captación masiva y habitual de dineros del público está regulada por el Decreto 1981 de 1988 así: "ARTÍCULO 1º. El artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, quedará así: ARTÍCULO 1º Para los efectos del Decreto 2920 de 1982 se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona. Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título

de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios. 2. Cuando conjunta o separadamente haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido y contra reembolso de un precio. "Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta. PARÁGRAFO 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones: a). Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o b). Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares [...]". Según lo expuesto, una de las modalidades de captación de dineros del público, en forma masiva y habitual, se presenta cuando el pasivo para con el público esté compuesto por más de cincuenta (50) obligaciones o se haya contraído con más de veinte (20) personas, en ambos casos, directamente o por interpuesta persona. Además, se requiere que el valor de los dineros recibidos ascienda al 50% del patrimonio líquido del receptor del dinero, o que las operaciones sean el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas o mecanismos similares de captación. De otra parte, mediante el Decreto 2029 del 3 de octubre de 1992 se consagró dentro del capítulo III "Protección penal de la confianza en el sistema financiero", la sanción penal por captación de dineros del público, en forma masiva y habitual, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente así: "**Artículo 20.-** Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años". Igual previsión se consagró en el numeral 3º del artículo 208 del Decreto 663 del 2 de abril de 1993: 3. Captación masiva y habitual. Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1981 DE 1988 - ARTICULO 1 / DECRETO 2029 DE 1992 - ARTICULO 20 / DECRETO 663 DE 1993 - ARTICULO 208 NUMERAL 3

LIQUIDACION RAPIDA Y PROGRESIVA DE LAS OPERACIONES DE CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS DEL PUBLICO - Competencia y procedimiento. Corresponde a los jueces civiles del circuito, a través del procedimiento previsto en el Título Segundo del Libro Sexto del Código de Comercio

Según el artículo 19 de la Ley 35 de 1993, la liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas, carentes de autorización para desarrollar actividades exclusivas de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se adelantará conforme con los procedimientos establecidos en el Título Segundo del Libro Sexto de Código del Comercio. Para este efecto, la Superintendencia Bancaria o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, según el caso, deberán dar traslado inmediato al juez competente de los negocios, bienes y haberes de la persona intervenida. Así las cosas, contrario a lo afirmado por la demandante, no operó la alegada falta de competencia ni la usurpación de jurisdicción por cuanto, como quedó anotado, la Superintendencia

Bancaria se limitó a adoptar las medidas cautelares pertinentes, dejando la liquidación de las operaciones realizadas ilegalmente en manos de la jurisdicción ordinaria [...] Las anteriores medidas corroboran que la Superintendencia Bancaria no adelantó la alegada liquidación y, por el contrario, reconocía la competencia de la jurisdicción ordinaria para adelantar el trámite liquidatorio. De otra parte, con la finalidad de definir la competencia para efectuar la liquidación se promovió un conflicto de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles del circuito, resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura, entidad que mediante providencia de 13 de abril de 2000 determinó que la competencia para el efecto radicaba en cabeza de los Jueces Civiles del Circuito.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO / LEY 35 DE 1993 - ARTICULO 19 / DECRETO 663 DE 1993 - ARTICULO 108 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00794-02(18208)

Actor: INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A. EN LIQUIDACION OBLIGATORIA

Demandado: SUPERINTENDENCIA BANCARIA (HOY SUPERINTENDENCIA FINANCIERA)

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 29 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por Escritura Pública No. 1055 otorgada el 27 de febrero de 1980 en la Notaría Quinta de Bogotá, se constituyó la sociedad "ROYAL RACQUET CLUB LIMITADA", inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 20 de junio de 1980.

A través de diferentes reformas estatutarias, la sociedad cambió su razón social por “Academia Royal Racquet Ltda”, “Academia Royal Racquet Tourist Limitada”, “Instituto de Salud Royal Center Ltda” y finalmente por “INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A.”, en virtud de su transformación a sociedad anónima efectuada mediante Escritura Pública No. 782 otorgada el 11 de abril de 1997 en la Notaría 16 de Bogotá e inscrita en el registro mercantil el 8 de mayo del mismo año.

Por la Escritura Pública 661 otorgada el 17 de febrero de 1994 en la Notaría 25 de Bogotá, e inscrita en la Cámara de Comercio el 23 de marzo del mismo año, la sociedad absorbió mediante fusión a las compañías “Academia Royal Gimnasia Ltda”, “Academia Royal Tennis Ltda”, “Academia Royal Aerobic Ltda” y “Academia Física Universal Center Ltda.”.

Con el objeto de establecer si el INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A. se encontraba realizando actividades de captación masiva y habitual de recursos del público que pudieran enmarcarse dentro de los supuestos establecidos en el numeral 3º del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹, en concordancia con el Decreto 1981 de 1988, la Superintendencia Bancaria ordenó la realización de una visita de inspección que se realizó entre el 6 de enero y el 19 de febrero de 1999.

Se evidenció que el INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A. estaba captando recursos del público en forma masiva y habitual sin autorización de la autoridad competente, por cuanto se detectó la existencia de un pasivo con el público a cargo de la demandante, derivado de la consecución directa de recursos, compuesto cuando menos de 74 obligaciones a favor de 32 personas por

¹ ARTÍCULO 208. HECHOS PUNIBLES.

1. Utilización indebida de fondos. Los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, que utilizando fondos captados del público, los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de otras sociedades incurrirán en prisión de dos (2) a seis (6) años.

[...]

3. Captación masiva y habitual. Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

\$2.345.316.463. Además, se estableció que la sociedad presentaba un patrimonio negativo.

Como resultado de la visita, la Superintendencia Bancaria profirió la Resolución 0736 del 18 de mayo de 1999, “*por medio de la cual se adopta una medida administrativa*”. En ese acto, la demandada tomó entre otras, las siguientes decisiones:

- La disolución del INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A.
- La liquidación inmediata de las operaciones de captación masiva y habitual de recursos del público.
- Medidas como la inmediata guarda de bienes y colocación de sellos y la cancelación de los nombramientos de los administradores.

La actora interpuso recurso de reposición contra el anterior acto administrativo y mediante Resolución 0928 del 16 de junio de 1999, la Superintendencia Bancaria confirmó la resolución recurrida.

DEMANDA

La actora, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones 0736 del 18 de mayo de 1999 y 0928 del 16 de junio de 1999.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la Nación – Superintendencia Bancaria al pago de la indemnización de perjuicios causados con la medida administrativa.

Citó como violadas las siguientes normas:

- Artículos 2, 25 y 29 de la Constitución Política.
- Artículo 230 de la Ley 100 de 1993.
- Artículos 108, 114 y 326 del Decreto 663 de 1993.
- Artículo 12 del Decreto 1259 de 1994.
- Artículos 1, 2, 3, 6, 8, 12, 14 y 15 del Decreto 1922 de 1994.
- Artículo 119 del Decreto 2150 de 1995.

El concepto de violación se sintetiza así:

Según el artículo 108 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) la Superintendencia Bancaria puede imponer medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de sus vigiladas sin contar con la debida autorización.

El INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A. es una entidad prestadora de servicios de salud, vigilada por la Superintendencia de Salud, razón por la cual esta es la entidad competente para adelantar las gestiones de liquidación del Instituto, si a ello hubiere lugar. Por ende, la Superintendencia Bancaria no podía ordenar la liquidación de la actora.

El artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala que corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los hechos previstos en la norma que, a su juicio, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En el caso concreto no existe concepto del Consejo Asesor ni la correspondiente aprobación del Ministerio de Hacienda, razón suficiente para anular los actos demandados.

Las obligaciones del Instituto no se pueden considerar ilegales por la habitualidad de la captación, pues se derivan de mandatos de destinación específica otorgados por inversionistas que conocían dicha destinación y, por ende, prestaron su consentimiento en la inversión conjunta que estaban realizando.

Si tales operaciones de expansión del negocio se consideran como captación masiva y habitual, la competencia de la demandada se limita a tomar las medidas para evitar la continuidad de las operaciones consideradas como ilegales.

Además, en caso de existir captación masiva y habitual de recursos del público, la medida procedente sería la intervención administrativa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, si con dichas conductas se afecta gravemente la prestación del servicio de salud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), propuso las siguientes excepciones:

1. Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida representación.

El 21 de octubre de 1999, la actora presentó la demanda a través de su representante legal, quien otorgó poder.

Toda vez que los administradores del Instituto de Salud Royal Center S.A. fueron separados de sus cargos en los actos acusados, es evidente que a la fecha de presentación de la demanda, el representante legal de la actora no podía actuar en nombre y representación de ésta.

2. Falta de aducción de hechos en sede administrativa

La actora no planteó en la vía gubernativa algunos hechos que sustentan los cargos que ahora propone y que en su concepto constituyen causal de nulidad de los actos demandados.

En efecto, la falta de competencia de la demandada y la presunta omisión del concepto previo del Consejo Asesor y de la aprobación del Ministro de Hacienda no fueron objeto de discusión previa en la vía gubernativa.

3. Petición antes de tiempo

Mediante Resolución 0736 del 18 de mayo de 1999 la Superintendencia Bancaria ordenó la disolución del Instituto de Salud Royal Center S.A. y la liquidación rápida y progresiva de las operaciones de captación masiva y habitual realizadas por éste, liquidación que a la fecha de presentación de la demanda y de la contestación no ha concluido.

Por tanto, la demanda plantea un perjuicio hipotético e incierto que no puede ser indemnizable, pues para que un daño sea reparable tiene que ser cierto, real y cuantificable.

Además, la demandada se opuso a las pretensiones de la actora por las siguientes razones:

PRIMER CARGO. Competencia de la Superintendencia Bancaria para proferir los actos acusados

Según el numeral 3 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 1981 de 1988, compete a la Superintendencia Bancaria, de manera privativa, evitar que las personas no autorizadas realicen actividad financiera, atribución que se refiere a cualquier persona, natural o jurídica, sujeta o no a control y vigilancia estatal, que incurra en el ejercicio irregular de la actividad financiera, como lo señalan los artículos 108 y 326 del mencionado estatuto.

La competencia de la Superintendencia Bancaria se deriva de un elemento objetivo que es la realización de la actividad financiera sin autorización.

Tal competencia se materializa en la posibilidad de adoptar una o varias de las medidas previstas en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, independientemente de la calidad de la persona intervenida y de las funciones de inspección, control y vigilancia que ejerzan otras autoridades sobre la intervenida.

Así las cosas, carece de fundamento el cargo de falta de competencia para expedir los actos acusados, pues, la Superintendencia Bancaria tiene competencia respecto de cualquier persona, natural o jurídica, que incurra en el ejercicio irregular de la actividad financiera, con el fin de tomar las medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público general, medidas que no se limitan, como lo pretende el demandante, a la liquidación rápida y progresiva de las operaciones irregulares sino que de manera expresa incluyen la posibilidad de ordenar la disolución de la persona jurídica.

No es cierto que la Superintendencia Nacional de Salud ejerce vigilancia y control sobre la demandante. Ello, porque según oficio de 2020-3-1616 de 27 de enero de 2000, del Jefe de la Oficina Jurídica de dicha Superintendencia, el Instituto de Salud Royal Center S.A. no es una institución organizada para la prestación de servicios de salud, ni presta servicios a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual se concluye que dicho instituto no es una Institución Prestadora de Servicios (IPS).

SEGUNDO CARGO. Aplicación del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Alegó el demandante que los actos demandados vulneraron el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por cuanto no se obtuvo concepto previo del Consejo Asesor del Superintendente Bancario ni se contó con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se debe tener en cuenta que por tratarse de un organismo de asesoría que hace parte de la Superintendencia Bancaria, el artículo 334, numeral 1, literal c) del EOSF prevé que el Consejo Asesor deberá ser oído por el Superintendente Bancario *“para adoptar las medidas que deban imponerse en los casos de ejercicio ilegal de la actividad financiera y aseguradora”*. En cumplimiento de esa disposición, se oyó al Consejo Asesor el 10 de mayo de 1999, como consta en el acta 126 de esa fecha.

Respecto a la aprobación del Ministerio de Hacienda, ninguna norma exige tal requisito para la adopción de las medidas que deban imponerse en los casos de ejercicio ilegal de la actividad financiera y aseguradora.

TERCER CARGO. Violación al debido proceso y al derecho a la defensa

En este caso, la demandante interpuso oportunamente recurso de reposición contra la Resolución 0736 de 1999, que fue resuelto con la debida motivación mediante Resolución 928 de 1999, razón por la cual se le garantizó el debido proceso.

Teniendo en cuenta la naturaleza cautelar de las medidas adoptadas y toda vez que la Superintendencia Bancaria siguió todas las etapas y procedimientos señalados en la ley para la expedición de los actos acusados y se respetó el derecho de defensa que le asiste a la actora, el cargo planteado carece de fundamento.

CUARTO CARGO. Operaciones de captación masiva y habitual sin autorización

Uno de los eventos en que se configura la captación masiva y habitual sin autorización es cuando el pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones,² contraídas directamente o a través de interpuesta persona, y además si el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepasa el 50% del patrimonio liquido de la persona correspondiente.

En este asunto, de conformidad con la comunicación 1998063538-0 del 2 de diciembre de 1998, la Superintendencia de Sociedades puso en conocimiento de la Superintendencia Bancaria una queja existente sobre el ejercicio irregular de la actividad de captación de dineros del público, en forma masiva y habitual, por parte del Instituto de Salud Royal Center S.A, ante lo cual se practicó la visita de inspección y se surtieron todos los procedimientos y el acopio de las pruebas correspondientes.

La Superintendencia Bancaria determinó que la conducta desarrollada por la actora se enmarca dentro de los supuestos del numeral 3 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, pues de los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 1997 se estableció que la demandante:

- Adquirió pasivo para con el público, garantizando el pago de las deudas con la expedición de diversos títulos valores, sin que se hubiera previsto como contraprestación el suministro de bienes o servicios. En este sentido, contrajo setenta y cuatro (74) obligaciones con treinta y dos (32) personas, conforme se detalla de manera pormenorizada en el considerando tercero de la Resolución 0736 de 1999.
- Tenía un patrimonio liquido negativo, (\$23.599.414.000), lo que llevó a determinar que los recursos con los que contaba correspondían en su totalidad a un endeudamiento externo.

Así, la conducta desarrollada por la actora se enmarcó dentro de los supuestos que constituyen la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización. La calidad de recursos captados del público sin contraprestación en

² Artículo 1 del Decreto 1981 de 1988

bienes y servicios deriva de la propia naturaleza de las obligaciones, de cómo están instrumentadas, así como de la verificación que respecto de ellas se hizo y consta en los antecedentes, entre ellos, las certificaciones que los mismos acreedores suscribieron o hicieron constar al respaldo de los respectivos títulos.

En cuanto a la estimación de perjuicios, se anota que es ajena a la realidad de los hechos.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas por las siguientes razones:

1. Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida representación

La excepción no prospera por cuanto conforme con el artículo 227 del Código de Comercio, ante la falta de registro del nombramiento del liquidador, el representante legal de la actora podía actuar en nombre y representación de ésta y otorgar poderes.

2. Falta de aducción de hechos en sede administrativa

No prospera la excepción por cuanto es factible que el recurrente plantee algunos motivos de inconformidad en la vía gubernativa, pero esos no sean los únicos pertinentes para impugnar el acto, circunstancia que puede ser superada al momento de ejercer la acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, presentando mejores argumentos de derecho que produzcan la anulación de los actos demandados.

Como la falta de competencia para la expedición de los actos demandados, alegada por el demandante, no constituye un hecho sino una causal de nulidad del acto demandado, puede ser alegada en vía judicial, sin que tenga que serlo en vía gubernativa.

En relación con el cumplimiento del artículo 114 del EOSF por la falta del concepto previo del Consejo Asesor y de la aprobación del Ministerio de Hacienda, dijo que

también son aspectos de carácter jurídico que no constituyen hechos nuevos, sino nueva argumentación.

3. Petición antes de tiempo

La excepción tampoco prospera por cuanto aunque se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se solicita la reparación del daño, por lo que hasta que no culmine la liquidación no puede hablarse de un perjuicio consolidado que pueda ser objeto de reparación.

Además, el a quo negó las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

Primer cargo. Incompetencia de la Superintendencia Bancaria para expedir los actos acusados

La competencia de la Superintendencia Bancaria se debe a la realización de actividades financieras sin autorización, motivo por el cual la demandada ordenó la disolución de la demandante, que es una medida cautelar consagrada en el literal b) numeral 1 del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Segundo cargo. Aplicación del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

La demandada no violó el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que ordena el concepto previo del Consejo Asesor y la aprobación del Ministro de Hacienda, porque la decisión no fue la toma de posesión, sino una medida cautelar en virtud de la captación de dineros hecha sin autorización.

Tercer cargo. Violación del debido proceso y del derecho a la defensa

La demandante ejerció efectivamente el derecho de defensa, pues tuvo las oportunidades necesarias para pedir y controvertir las pruebas que se estaban valorando en sede administrativa.

Cuarto cargo. Operaciones de captación masiva y habitual sin autorización

Según el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Bancaria está facultada para tomar las medidas que considere pertinentes en cada caso. Por tanto, la medida de ordenar la disolución de la persona jurídica está de acuerdo con el literal c) de la norma en mención.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso así:

La Superintendencia Bancaria no tenía competencia para investigar y tomar las medidas administrativas por captación masiva de dineros del público. Si la demandada pretendía evitar que los socios, personas naturales, siguieran captando dineros sin autorización y consideraban que dicha conducta constituía delito, la competencia para investigar y castigar era de la justicia penal.

Se debe aplicar el artículo 114 del Decreto 663 de 1993 que exige que para la toma de posesión de una empresa, por parte de la Superintendencia Bancaria, se debe contar con el concepto previo del Consejo Asesor y la aprobación del Ministerio de Hacienda.

La Superintendencia Bancaria no tenía competencia para crear la quiebra de la sociedad anónima sin los requisitos del Decreto 750 de 1940 y de la Ley 222 de 1995.

La competencia para decretar medidas cautelares la tiene la Superintendencia Nacional de Salud.

En la contestación de la demanda, la Superintendencia Bancaria aceptó que la liquidación de la sociedad corresponde a la Superintendencia de Sociedades o a los jueces del circuito, ante quienes, en efecto, se adelantó la liquidación. Lo anterior es suficiente para tener esta confesión como prueba de la falta de competencia y de usurpación de jurisdicción.

Solicitó el resarcimiento de perjuicios porque la demandada expropió la propiedad privada. También pidió que se condenara en costas a la Superintendencia Bancaria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregó que toda vez que los títulos valores de contenido crediticio son autónomos y abstractos, no es posible deducir de estos la existencia de contratos de mutuo para concluir que existe captación habitual y masiva de dineros del público por parte de personas naturales o jurídicas no autorizadas.

La **demandada** reiteró los argumentos de la contestación.

El **Ministerio Público** solicitó que se confirme la sentencia apelada, por las siguientes razones:

El Decreto 1981 de 1988 señaló los casos que se consideran captación de dinero del público en forma masiva y habitual; entre ellos, incluyó pasivos para con el público con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, contraídas directamente o a través de interpuesta persona. Dicha circunstancia no exige ninguna condición adicional, es decir, cobija a cualquier persona natural o jurídica que realice tal actividad sin autorización de la Superintendencia Bancaria.

Se encuentra probado que la actora contrajo más de 50 obligaciones con más de 20 personas que reconocieron haber entregado dinero a título de mutuo, sin que se previera como contraprestación el suministro de bienes y servicios por parte del Instituto.

Dichas actividades financieras son exclusivas de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y fueron realizadas por la sociedad sin autorización de dicho ente.

También se determinó que la sociedad presentaba un patrimonio negativo y que no contaba con patrimonio líquido, por lo cual se cumplen los supuestos del Decreto 1981 de 1998, para configurar la captación masiva de dineros. Las anteriores situaciones fácticas no fueron desvirtuadas por la demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante contra la sentencia del 29 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se resolverá el asunto en el orden propuesto por el apelante así:

1.- Competencia de la Superintendencia Bancaria para tomar medidas administrativas por captación masiva y habitual de dineros del público

Según la apelante, la Superintendencia Bancaria no tenía competencia para tomar las medidas administrativas de que dan cuenta los actos acusados, dado que la competente era la Superintendencia Nacional de Salud. Además, si la demandada pretendía evitar que los socios, personas naturales, siguieran captando dineros sin autorización y consideraban que dicha conducta constituía un delito, la competencia para investigar y castigar era de la justicia penal.

El artículo 335 de la Constitución Política señala:

“ARTÍCULO 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150³ son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

El artículo 335 de la Constitución Política, que hace parte del Título XII sobre el Régimen Económico y la Hacienda Pública, califica las actividades a que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, como de "interés público". Tales actividades solamente pueden ser desarrolladas por personas naturales o

³ “ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

[...]

d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

jurídicas, previa autorización de la autoridad competente, so pena de las sanciones legalmente establecidas⁴.

El artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra dentro de los objetivos de la Superintendencia Bancaria, los siguientes:

ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES.

<Artículo sustituido por el artículo 1 del Decreto 2359 de 1993.>

1. Naturaleza y objetivos. *<Inciso 1o. modificado por el artículo 35 de la Ley 510 de 1999. :> La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora⁵, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:*

a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

...d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la Ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas.

.....e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005 dispuso: “Fusión y denominación. *Fusiónase la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia*”.

⁴ En la sentencia C- 224/09 la Corte Constitucional precisó: “La sujeción a la previa autorización del Estado de las actividades previstas en el artículo 335 de la Constitución, sujetas a un régimen de intervención estatal de carácter reforzado, encuentra su fundamento en que las mismas “comprometen el orden público económico y los intereses particulares de los usuarios, lo que exige garantizar la confianza en el sistema financiero. Además, por la importancia que reviste la actividad financiera dentro de un sistema de mercado, y por la necesidad de que sea prestada en forma permanente, continua, regular, general y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como un servicio público”.

⁵ La parte subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-205 del 8 de marzo de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Para el cumplimiento de los objetivos asignados a la Superintendencia, esta entidad cuenta con facultades de supervisión, prevención y sanción, descritas en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero así:

ARTICULO 326. FUNCIONES Y FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. <Artículo sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:> Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan.

“... ”

4o. Facultades de supervisión. La superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de supervisión:

a) Practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o jurídicas, no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general;

“... ”

5o. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:

“... ”

b) Imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108, numeral 1o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización; (Subraya la Sala)

Por su parte, el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone:

“ARTICULO 108. PRINCIPIOS GENERALES

.

1. Medidas cautelares. Corresponde a la Superintendencia Bancaria imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización:

a. La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$1'000.000.) cada una;

b. La disolución de la persona jurídica, y

c. La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los

procedimientos administrativos que señala el presente Estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.

PARAGRAFO 1o. La Superintendencia Bancaria entablará, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público”.

Así, le compete a la Superintendencia Bancaria, como organismo técnico de carácter administrativo, evitar que personas no autorizadas por la ley ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas y supervisar de manera integral las operaciones de las instituciones sometidas a su control con el fin de velar por el cumplimiento de las normas que las regulen, asegurando la confianza en el sistema financiero.

En consecuencia, cuando las personas naturales o jurídicas ejercen de manera irregular una actividad financiera, esto es, sin autorización de la Superintendencia Financiera, esta entidad puede imponer una o varias de las medidas cautelares o preventivas a que se refiere el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de las cuales están la disolución de la persona jurídica y la liquidación rápida y progresiva de las operaciones ilegales, para lo cual se aplican, en lo pertinente, las normas sobre toma de posesión, previstas en la misma normativa.

La captación masiva y habitual de dineros del público está regulada por el Decreto 1981 de 1988 así:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, quedará así:

ARTÍCULO 1º Para los efectos del Decreto 2920 de 1982 se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

“Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

“2. Cuando conjunta o separadamente haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido y contra reembolso de un precio.

“Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

"PARÁGRAFO 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

"a). Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o

b). Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

[...]" (Subraya la Sala)

Según lo expuesto, una de las modalidades de captación de dineros del público, en forma masiva y habitual, se presenta cuando el pasivo para con el público esté compuesto por más de cincuenta (50) obligaciones o se haya contraído con más de veinte (20) personas, en ambos casos, directamente o por interpuesta persona.

Además, se requiere que el valor de los dineros recibidos ascienda al 50% del patrimonio líquido del receptor del dinero, o que las operaciones sean el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas o mecanismos similares de captación.

De otra parte, mediante el Decreto 2029 del 3 de octubre de 1992⁶ se consagró dentro del capítulo III *“Protección penal de la confianza en el sistema financiero”*, la sanción penal por captación de dineros del público, en forma masiva y habitual, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente así:

⁶ Por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano.

“Artículo 20.- *Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años”.*

Igual previsión se consagró en el numeral 3º del artículo 208 del Decreto 663 del 2 de abril de 1993⁷:

3. Captación masiva y habitual. Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

En el caso concreto, mediante comunicación 1998063538-2 de 2 de diciembre de 1998, la Superintendencia de Sociedades puso en conocimiento de la demandada una queja presentada por un particular en razón del ejercicio irregular de la actividad de captación de dineros del público, en forma masiva y habitual, en los términos del Decreto 1981 de 1988 por parte del Instituto de Salud Royal Center S.A.⁸

Con fundamento en la queja, la Superintendencia Bancaria ordenó una visita de inspección a la demandante, visita que se realizó entre el 6 de enero y el 19 de febrero de 1999. En el informe de inspección de 6 de febrero de 1999 se anotó⁹:

“[...] de conformidad con los estados financieros del año 1997, los hechos descritos en la queja formulada por la señora ENVIA INES MOTTA DE BOTERO, así como la situación evidenciada por la comisión de visita y señalada en los numerales 2.1 y 2.2, del presente informe, permiten determinar que las actividades desarrolladas por los señores HECTOR IGNACIO, JORGE HUMBERTO, HUGO GERMÁN, FRANCISCO JAVIER HERRERA DIAZ y EDUARDO HERRERA RANGEL, transferidas al INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A., se enmarcan dentro de los presupuestos que consagran la captación masiva y habitual de dineros del público, sin autorización de esta Superintendencia.

Lo anterior, en razón a que se probó, de una parte, la existencia del supuesto señalado en el artículo 1º del Decreto 1981 de 1998, esto es, la existencia de un pasivo para con el público a cargo del INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A., derivado de la consecución de recursos del público, por parte de los señores

⁷ "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"

⁸ Folio 16 c. de a. 4

⁹ Folio 12 c. de a. 10

HERRERA DÍAZ y HERRERA RANGEL, compuesto por 34 personas y 79 obligaciones por un valor de \$2.368.216.463 y, de otra, que concurre el presupuesto establecido en el literal a) del Parágrafo del mismo artículo, como quiera que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepasa el 50% del patrimonio líquido del Instituto, es decir, la suma de (\$1.236.479.000).”

Con base en las pruebas que no fueron desvirtuadas por la actora, la Superintendencia determinó que la demandante incurrió en los supuestos del artículo 1 del Decreto 1981 de 1988 ya que había captado dinero del público en forma masiva y habitual, sin autorización para ello, toda vez que, según el informe de la visita practicada por la Superintendencia Bancaria y la contabilidad de la demandante, contrajo más de 50 obligaciones con más de 20 personas, consistentes en recibir dinero a título de mutuo, sin prever como contraprestación de su parte el suministro de bienes o servicios. Adicionalmente, se probó que la sociedad presentaba un patrimonio negativo y que no contaba con patrimonio líquido.

En consecuencia, por Resolución 0736 del 8 de mayo de 1999, “*Por medio de la cual se adopta una medida administrativa*”, la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) ordenó:

- La disolución de la sociedad INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A.
- La liquidación rápida y progresiva de las operaciones de captación masiva y habitual, realizadas ilegalmente por la sociedad¹⁰. Para el efecto, se dispuso que el trámite liquidatorio se adelantara ante el juez civil competente.
- Para los fines de la liquidación se dispusieron medidas como la inmediata guarda de bienes y colocación de sellos, la prevención a los deudores para que solo paguen las obligaciones a órdenes del juez de liquidación, la cancelación de los nombramientos de los administradores, la inscripción de la disolución y esta cancelación en el registro mercantil y la formulación de denuncia penal en caso de no existir proceso en curso.

¹⁰ Con la finalidad de definir la competencia para efectuar la liquidación se promovió un conflicto de competencias resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura mediante providencia del 13 de abril de 2000, que determinó que la competencia era de los Jueces Civiles del Circuito.

Ahora bien, respecto al argumento de la apelante según el cual si la Superintendencia Bancaria pretendía evitar que los socios, personas naturales, siguieran captando dineros sin autorización y consideraban que dicha conducta constituía un delito, la competencia para investigar y castigar era de la justicia penal, la Sala precisa que según los estados financieros de la actora, las operaciones de captación masiva y habitual mediante operaciones de mutuo sin contraprestación fueron realizadas por la demandante, no por los socios, aspecto que la actora no logró desvirtuar¹¹.

De otra parte, unas son las medidas cautelares, que son medidas administrativas, y otras, muy distintas, las sanciones penales. Las primeras, persiguen tutelar o garantizar los derechos de las personas de buena fe y la confianza pública, que es el objetivo que justamente se consagra en el literal a), numeral 4 del artículo 326 del EOSF¹², en tanto que las segundas castigan o reprimen una conducta infractora de la ley.

Frente a la diferencia entre la responsabilidad administrativa y la penal, la Sala ha precisado:¹³

“[...] una es la responsabilidad administrativa que cabe a una entidad vigilada por la violación de las normas que estatutaria y legalmente debe acatar y por el manejo no autorizado e inseguro de sus negocios, que puede conducir, como en el caso sub júdice, a que la Superintendencia ordene la toma de posesión para liquidar la institución, con fundamento en los artículos 114 y 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y, otra la responsabilidad penal por la realización de un hecho punible, cuya determinación corresponde legalmente al juez penal.

Ambas responsabilidades pueden concurrir, sin que sea dable aceptar que la autoridad, administrativa deba esperar la decisión el juez penal para tomar medidas que, como la toma de posesión, deben ser inmediatas para evitar el desplome del sistema financiero por la pérdida de la confianza del público. Tampoco es aceptable que por el hecho de que la Superintendencia haya encontrado probado que la Fiduciaria incurrió en captación masiva

¹¹ Folios 39 a 64 cuaderno principal.

¹² a) Practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o jurídicas, no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general;

¹³ Sentencia del 18 de junio de 2009, exp. 14353 C.P. Héctor J. Romero Díaz

e ilegal de dineros del público, esté_reemplazando al juez penal, pues, la determinación de si hubo tal conducta para efectos de tomar las medidas administrativas correspondientes no significa que la demandada invada la competencia del juez penal, dado que, se insiste son dos tipos de responsabilidad que no se excluyen y, por el contrario, concurren” (Subraya la Sala)

En el mismo orden de ideas, el artículo quinto de la Resolución 0736 de 1999, demandada en este proceso, señaló que *“De no existir proceso judicial en curso, **disponer de (sic) la formulación de la denuncia penal a que haya lugar, sin perjuicio de allegar a la autoridad competente copia de la documentación pertinente**”*.¹⁴

En resumen, se demostró el ejercicio irregular de la actividad de captación de dineros del público, en forma masiva y habitual, en los términos del Decreto 1981 de 1988 por parte del Instituto de Salud Royal Center S.A. y, contrario a lo afirmado por la actora, las medidas cautelares adoptadas no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción penal, razón por la cual la presunta realización de un hecho punible corresponde al juez penal.

Frente al argumento de la demandante según el cual, ante la captación masiva y habitual de dineros del público, lo procedente era la intervención administrativa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud o que dicha entidad decretara las medidas cautelares, observa la Sala que mediante Memorando 2020-3-1616 del 27 de enero de 2000, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud informó¹⁵:

“...la intervención técnica – administrativa y para liquidar que por competencias le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud hace relación a las Entidades Promotoras de Salud y a las Instituciones Prestadoras de Salud reguladas por los artículos 177, 178, 179 y 185 de la Ley 100 de 1993, y de manera alguna por otro tipo de entidades que por su naturaleza no presten servicios de salud en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los regímenes establecidos por el artículo 157 de la precitada ley.

“...

“Una vez analizada la citada norma se hace necesario hacer claridad en el sentido de que el Instituto de Salud Royal Center

¹⁴ Folio 49 c.p

¹⁵ Folio 95 c. de a. 4

S.A. no es una Institución organizada para la prestación de servicios de salud, ni presta servicios a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

De esta forma, se observa que la Superintendencia Nacional de Salud no ejerce intervención técnica administrativa a la demandante por no tratarse de una Entidad Promotora de Salud ni una Institución Prestadora de Salud.

Respecto al planteamiento de que la Superintendencia Bancaria no tenía competencia para crear la quiebra de una sociedad anónima sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Ley 750 de 1940¹⁶ y la Ley 222 de 1995¹⁷, anota la Sala que el proceso de quiebra fue de exclusivo conocimiento de la justicia ordinaria, (Decreto 410 de 1971). Sin embargo, fue derogado de manera expresa por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995.

La Superintendencia Bancaria se limitó a adoptar las medidas cautelares o preventivas legalmente establecidas en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general, evitar que personas no autorizadas ejerzan la actividad financiera, y proteger el orden público económico de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Política.

Adicionalmente, se precisa que la resolución que dispuso la disolución de la actora y la liquidación inmediata de las operaciones de captación masiva y habitual que ésta desarrollaba, es un acto administrativo definitivo. En efecto, puso fin a la actuación administrativa que se inició como consecuencia de la queja que contra la actora formuló un particular por el ejercicio irregular de la actividad financiera¹⁸ y resolvió el asunto de fondo ante la Administración¹⁹.

Además, contra dicho acto definitivo se interpuso recurso de reposición y al resolverlo la Superintendencia Bancaria señaló que con esa decisión se entendía agotada la vía gubernativa.

A su vez, conforme con el artículo 108 literal b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para el trámite de la liquidación inmediata de las operaciones

¹⁶ Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de mayo de 1969 declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ley 750 de 1940

¹⁷ Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

¹⁸ Folio 12 c. de a. 10

¹⁹ Artículo 50 del Código Contencioso Administrativo

irregulares de la actora se aplican, en lo pertinente, **los procedimientos administrativos** para los casos de toma de posesión, situación que tiene el carácter de acto administrativo (artículos 290 y ss *ibídem*). Por ello, en los actos acusados la demandada ordenó medidas preventivas como la guarda y colocación de sellos, la cancelación, en la cámara de comercio, de los nombramientos de administradores, y la prevención a los deudores para que solo pagaran las obligaciones a órdenes del juez de liquidación .

Cabe anotar que las medidas cautelares no son exclusivas de procedimientos jurisdiccionales, tal como lo precisó la Corte Constitucional:²⁰

“No son pues, las medidas cautelares exclusivas de los procesos de ejecución, como tampoco lo son tan sólo de una rama del Derecho en particular. Ellas pueden ser establecidas por el legislador según su propia apreciación de la conveniencia de hacerlo por política legislativa, e inclusive puede si así lo considera pertinente, utilizar la técnica de la remisión a leyes o a códigos de una materia determinada, para aplicarlos en otra, nada de lo cual vulnera la Carta Política”.

El artículo 116 de la Constitución Política señala que: “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades”, así, los artículos 133²¹ de la Ley 446 de 1998²² y 51 de la Ley 510 de 1999²³ precisaron las materias sobre las cuales la Superintendencia Bancaria puede ejercer las funciones jurisdiccionales, dentro de las que no se encuentran las decisiones adoptadas en los actos demandados. No prospera el cargo.

²⁰ Sentencia C-484 de 2002

²¹ Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1641-00 del 29 de noviembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Condicionándolo a que la competencia otorgada al funcionario no se refiera a temas desarrollados en las normas aquí declaradas inexecutable

²² ARTICULO 133. COMPETENCIA. <Artículo incorporado en el Artículo 326 Numeral 8o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero> Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, las Superintendencias Bancaria, de Sociedades o de Valores podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Así mismo, a falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de dichas causales de ineficacia, podrá una de ellas solicitar a la respectiva Superintendencia su reconocimiento. En relación con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por la Superintendencia de Sociedades.

²³ Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000

2.- Aplicación del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

El inciso primero del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero vigente para la época de los hechos disponía:

“Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público:

Observa la Sala que la norma transcrita no es aplicable al caso concreto, toda vez que la demandada no ordenó la toma de posesión de la actora. Los actos acusados dispusieron medidas cautelares tendientes a precaver un daño mayor causado por la captación de dineros sin autorización legal. Adicionalmente, el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se aplica a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, calidad que no tiene la sociedad actora.

Como quedó anotado, la demandada aplicó debidamente el artículo 108 ib, que consagra las medidas cautelares aplicables con la finalidad de evitar que las personas no autorizadas, conforme con la Ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas (literal d del art 325 EOSF) protegiendo de esta forma el orden público económico conforme al artículo 335 de la Constitución Política.

Para el efecto, la Superintendencia Bancaria aplicó el artículo 334 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que disponía:

“ARTÍCULO 334. 1o. Del Consejo Asesor. El Superintendente Bancario tendrá un Consejo Asesor integrado por cinco (5) expertos en materia económica, financiera y de legislación general, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, y cuyos honorarios serán fijados por resolución ejecutiva.

El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones y dictámenes no obligarán al Superintendente Bancario. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes casos:

“...

c) Para adoptar las medidas que deban imponerse en los casos de ejercicio ilegal de la actividad financiera y aseguradora;

“ ...

PARÁGRAFO 2o. Cuando se trate de la adopción de una medida cautelar y no se obtenga el quórum necesario para deliberar, el Superintendente Bancario podrá proceder de conformidad, sin que se requiera del concepto previo de que trata este numeral. (Subraya la Sala)

En el folio 78 del cuaderno de antecedentes figura el acta No 126 del 10 de mayo de 1999 proferida por el Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria en la que se registra dentro del orden del día el “*estudio sobre la adopción de una medida administrativa al Instituto de Salud Royal Center S.A., por el ejercicio de actividades de captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización*”.

Sobre el particular, concluyó el Consejo Asesor²⁴:

“En este orden de ideas, es clara la presencia de los requisitos expresados por el Decreto 1981 de 1988, para que la actividad del Instituto se enmarque dentro de los lineamientos de la captación masiva y habitual, como quiera (sic) que, de una parte, existen a su cargo obligaciones originadas por la recepción de dineros del público, sin que se previera como contraprestación el suministro de bienes o servicios y, de otra, concurre la circunstancia señalada en el literal a) del numeral 2º del artículo 1º, ibídem, resultando estos elementos suficientes para configurar la conducta prohibida y adoptar las medidas pertinentes.

“ ...

RECOMENDACIONES DEL CONSEJO ASESOR

De conformidad con todo lo anterior, teniendo en cuenta que el Instituto de Salud Royal Center S.A., incurrió en captación de dineros del público sin contar con la correspondiente autorización, al tenor de lo dispuesto en el artículo 108, numeral 1, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Consejo Asesor recomienda:

- 1. Ordenar la disolución de la sociedad Instituto de Salud Royal Center S.A., representada legalmente por el señor Edilberto Santana Cortés y*
- 2. Ordenar la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, siguiendo para tal efecto el procedimiento establecido en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 35 de 1993”.*

²⁴ Folio 82

Además, en la parte motiva de la Resolución 736 de 18 de mayo de 1999, “por la cual se adopta una medida administrativa”, se lee que: “...con el propósito de adoptar la medida cautelar correspondiente, de conformidad con el artículo 334 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fue oído el concepto del Consejo Asesor del Superintendente Bancario en su sesión del 10 de mayo de 1999, según consta en el Acta 126 de dicha fecha”.

En cuanto a la alegada aprobación por parte del Ministerio de Hacienda, observa la Sala que el artículo 334 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no contempla tal exigencia, razón por la cual no prospera el cargo propuesto.

3.- La Superintendencia Bancaria aceptó que no es competente para liquidar a la actora

La demandante sostiene que en la contestación de la demanda, la Superintendencia Bancaria aceptó que la liquidación de la sociedad es de competencia de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces del circuito, lo que constituye una confesión sobre la falta de competencia y una usurpación de jurisdicción.

Pues bien, con base en el artículo 108 del Decreto 663 de 1993, dentro de las medidas cautelares adoptadas en la Resolución 736 de 1999 se dispuso²⁵:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar la liquidación rápida y progresiva de las operaciones de captación masiva y habitual, realizadas ilegalmente por el INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A., siguiendo, para tal efecto, el procedimiento establecido en el inciso segundo artículo 19²⁶ de la Ley 35 de 1993²⁷, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1228 de 1996²⁸, el cual establece: “(...) para los efectos del inciso tercero

²⁵ Resolución 0736 del 18 de mayo de 1999

²⁶ La liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas carentes de autorización para desarrollar actividades exclusivas de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se adelantarán conforme a los procedimientos establecidos en el Título Segundo del Libro Sexto de Código del Comercio. Para este efecto, la Superintendencia Bancaria o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, según el caso, deberán dar traslado inmediato al juez competente de los negocios, bienes y haberes de la persona intervenida.

²⁷ Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora

²⁸ Por el cual se reglamenta el inciso tercero del artículo 19 de la Ley 35 de 1993 y el literal e) del numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

*del artículo 19 de la Ley 35 de 1993 y el literal e) numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, una vez se ordenen las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del artículo 108 del mismo estatuto se deberá dar traslado al Juez Civil del Circuito Especializado o, a falta de éste, al Juez que corresponda al domicilio de la persona objeto de las medidas **para que adelante la liquidación de las operaciones** realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas carentes de autorización para desarrollar actividades exclusivas de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria, conforme al procedimiento establecido en el título II del libro sexto del Código de Comercio y a partir de la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995²⁹ conforme al procedimiento señalado en su capítulo III del título II³⁰.*

Según el artículo 19 de la Ley 35 de 1993, la liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas, carentes de autorización para desarrollar actividades exclusivas de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se adelantará conforme con los procedimientos establecidos en el Título Segundo del Libro Sexto de Código del Comercio.

Para este efecto, la Superintendencia Bancaria o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, según el caso, deberán dar traslado inmediato al juez competente de los negocios, bienes y haberes de la persona intervenida.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la demandante, no operó la alegada falta de competencia ni la usurpación de jurisdicción por cuanto, como quedó anotado, la Superintendencia Bancaria se limitó a adoptar las medidas cautelares pertinentes, dejando la liquidación de las operaciones realizadas ilegalmente en manos de la jurisdicción ordinaria.

Además, expresamente en la resolución acusada (artículo tercero), la demandada dispuso como medidas:

“... ”

*“d) La prevención a los deudores de la sociedad que sólo podrán pagar a órdenes **del juez que adelante la liquidación**, advirtiendo la inoponibilidad del pago hecho a persona distinta;*

²⁹Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

³⁰ De la Liquidación Obligatoria.

e) *La prevención a todos los que tengan negocios con dicha persona jurídica, que deben entenderse **con el Juez que adelanta la liquidación;***

“...

*i) **La comunicación al Juez Competente sobre la adopción de la medida, para que proceda a adelantar la liquidación de las operaciones ejecutadas ilegalmente”.***

Las anteriores medidas corroboran que la Superintendencia Bancaria no adelantó la alegada liquidación y, por el contrario, reconocía la competencia de la jurisdicción ordinaria para adelantar el trámite liquidatorio.

De otra parte, con la finalidad de definir la competencia para efectuar la liquidación se promovió un conflicto de competencias entre **la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles del circuito**, resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura, entidad que mediante providencia de 13 de abril de 2000 determinó que la competencia para el efecto radicaba en cabeza de los Jueces Civiles del Circuito³¹.

Es de anotar que el proceso de liquidación se adelantó ante el Juzgado 33 del Circuito de Bogotá D.C., exp. 4077.³² No prospera el cargo.

4.-Resarcimiento de perjuicios y condena en costas

Dado que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, no hay lugar al estudio de los perjuicios solicitados y a reconocer las alegadas costas.

No prospera el cargo.

Las razones que anteceden son suficientes para confirmar la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda.

³¹ Folio 110 exp

³² Folio 2 cuaderno 2 de antecedentes

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

RECONÓCESE personería a la abogada Martha María Quitán como apoderada de la Superintendencia Financiera, conforme con el poder que obra a folio 542 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
Presidente de la Sección

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

