

PRINCIPIO DE LEGALIDAD – Alcance Constitucional / SERVIDORES PUBLICOS – Límites para el ejercicio de sus funciones / ACTIVIDAD BURSÁTIL FINANCIERA Y ASEGURADORA – Son de interés público y sólo se pueden ejercer con autorización del Estado / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA – Naturaleza. Funciones. Tiene facultad de policía administrativa / CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS – La superfinanciera puede decretar medidas cautelares para proteger los recursos del público / TARJETAS PREPAGO – Este medio de captación de dinero es indiferente para que la superfinanciera ejerza control sobre dicha actividad

El principio constitucional de legalidad indica que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las leyes de la República, y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6, C.P.), y que todas las personas son titulares del derecho fundamental al debido proceso, según el cual nadie podrá ser juzgado sino de conformidad con leyes preexistentes al acto que se le imputa (art. 29, C.P.). En virtud del anterior principio, los servidores públicos sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por la Constitución, las leyes y sus reglamentos, pues quien detenta potestades públicas debe estar legitimado en sus actos, lo cual sólo se logra si existe normativa habilitante para el servidor público, lo que implica que solo pueda actuar, en ejercicio de sus funciones, conforme con las disposiciones que prevén la competencia funcional que posibilita las actuaciones propias de la Administración en razón de la competencia atribuida. La Constitución Política consagra, en su artículo 335, que las actividades financiera, bursátil y 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 150, son de interés público; por ello, se señala que estas actividades solamente pueden ser ejercidas con previa autorización del Estado, según lo establezca la ley. Esta función la ejerce por intermedio de la Superintendencia Financiera, organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía financiera y administrativa, y patrimonio propio. es claro para la Sala que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público, son de interés público, y sólo pueden ser realizadas previa autorización del Estado, por instituciones sujetas a un régimen reglado, las que, precisamente, gozan de habilitación para ejercer tales actividades, siempre que se sujeten al cumplimiento de especiales requisitos en materia de constitución y funcionamiento. En tal sentido, le compete a la hoy Superintendencia Financiera de Colombia, como organismo técnico de carácter administrativo, evitar que personas no autorizadas conforme a la ley, ejerzan actividades propias de las entidades vigiladas, así como también 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 regulan, asegurando la confianza pública en el sistema financiero. En el ámbito de las facultades de policía administrativa de que está investida, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene competencia para imponer medidas cautelares frente a una disfrazada captación masiva y habitual de dineros del público, sin que el actor pueda aducir que por su objeto social (venta de tarjetas prepago al público en general), se sustraía de la inspección y vigilancia que detenta aquella, por cuanto el Decreto 4327 de 2005, que se refiere a que dicho control se ejerce sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, no lo está limitando por el medio con el cual se realiza la actividad, sino que lo direcciona hacia actividades propias de

las instituciones que integren el sistema financiero, con mayor razón si lo hacen abusivamente, que para el caso en mención fue la captación de recursos del público.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 335 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 19 LITERAL D / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 6

REGISTROS CONTABLES – Deben guardar relación con los libros de contabilidad / SOPORTES CONTABLES – Requisitos / BALANCE GENERAL Y DE ESTADO – Para que sirvan de prueba debe estar respalda por los respectivos soportes contables

La Sala precisa que el Decreto 2649 de 1993, especifica los principios contables generalmente aceptados, así como también el conjunto de conceptos y reglas que se deben observar al registrar los datos contables de un ente económico. Es así que los registros en los libros y los soportes deben guardar la debida correspondencia, habida cuenta que la contabilidad constituye un todo indivisible e integral. El artículo 123 ibídem señala que los hechos económicos deben documentarse mediante soportes, de origen interno o externo, debidamente fechados y autorizados por quienes intervengan en ellos o los elaboren. Los soportes deben adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos o, dejarse constancia en éstos de tal circunstancia, conservarse archivados en orden cronológico y de tal manera que sea posible su verificación. Los soportes pueden conservarse en el idioma en el cual se hayan otorgado, así como ser utilizados para registrar las operaciones en los libros auxiliares o de detalle. Así las cosas, le asistió razón a la Administración cuando desestimó la prueba contable (el balance general y el estado de resultados a 30 de junio de 2007), allegada en vía gubernativa, por no presentarla debidamente soportada. En esta instancia no se mejoró la prueba. El actor se limitó a aducir que no había sido tenido en cuenta, sin entrar a señalar los documentos y/o los datos que la prueba no valorada ofrecería para evidenciar que la contraprestación principal de las Tarjetas Prepago DMG es el suministro de bienes y servicios.

CAPTACION DE RECURSOS – Es el objeto de control e inspección de la Superintendencia Financiera / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA – Tiene facultad para imponer medidas cautelares / TARJETAS PREPAGO – No restringe la facultad de inspección de la Superintendencia / PRINCIPIO DE LA LIBERTAD ECONOMICA – Alcance constitucional. No se vulnera por la practica de medidas cautelares por parte de la Superintendencia financiera / DMG – La intervención que hizo la superintendencia fue con fundamento en la captación ilegal de dineros públicos no el medio a través del cual lo hacia

Frente al primero de los aspectos planteados por el actor, consistente en que la actividad comercial de venta de tarjetas prepago no se encuentra reglamentada en el país, y, en consecuencia, no se le puede exigir que obtenga una autorización para desarrollarla, ni ser objeto de inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia, la Sala puntualiza que fue la captación de recursos del público lo que cuestionó la entidad de control, y reitera que ésta dentro de las facultades de policía administrativa la competencia para imponer medidas cautelares frente a dicha práctica, sin que el actor se pueda excusar en que su objeto social se circunscribe a la venta de tarjetas prepago al público en general, para sustraerse de la inspección y vigilancia que detenta aquella, por cuanto dichas medidas de control, según el Decreto 4327 de 2005, están dirigidas a las personas que

realicen actividades financieras, bursátiles o aseguradoras, e involucren cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. No las restringe el medio con el que realiza la actividad sino el ejercicio de la misma. En cuanto a la vulneración de la libertad económica, se debe precisar que este principio está consagrado en el artículo 333 constitucional, y en la sentencia C- 263 de 2011 la Corte Constitucional lo definió como “la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”. En este sentido, el artículo 333 de la Constitución dispone (i) que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, (ii) que “la libre competencia es un derecho de todos” y (iii) que para el ejercicio de estas libertades “nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”. Así mismo ese órgano judicial expresó que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia. Respecto a la primera señaló que comprende la facultad de las personas para afectar o destinar bienes de cualquier tipo a la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios. En cuanto a la libre competencia manifestó que consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista del mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Si bien es cierto que existe en nuestro medio libertad económica y de iniciativa privada, también lo es que éstos no son derechos absolutos, y que la propia Constitución Política los limita en función de proteger el bien común, el interés general, en este caso de “unos ahorradores o inversionistas” que cayeron en las garras de DMG, que los esquilmo sin piedad, y pretendía seguir haciéndolo. De la interpretación literal que de dicho precepto hace la accionante se concluiría que las entidades que administran tarjetas prepago no estarían incluidas dentro de las que son objeto de vigilancia e inspección, sin embargo, a este resultado solamente se llegaría partiendo de un análisis descontextualizado de las demás normas que rigen la materia, y que ya fueron examinadas en el primero de los cargos “violación del artículo 6° de la constitución política, principio de legalidad”, cargo en el que se determinó que la competencia de control ejercida por la Superintendencia Financiera de Colombia se originó en la actividad que realizaba el Grupo DMG S.A., captación ilegal de recursos del público, y que el hecho de haber captado dichos dineros por intermedio de tarjetas prepago no puede esgrimirse para alegar una falta de competencia. Por lo anterior, no existe la violación alegada por el actor.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 333

CAPTACION ILEGAL DE DINEROS – Evento en el que se presenta / TARJETAS PREPAGO DEL GRUPO DMG – Medio de captación ilegal de dineros públicos

De conformidad con el artículo 1 del Decreto 3227 de 1982 se desprende que la captación ilegal masiva y habitual se presenta cuando la recepción de dineros anticipados genere como contraprestación el suministro de bienes o servicios, y se posibilite, además, la devolución de dineros. En efecto, tal como se encuentra demostrado en el caso propuesto, en las “Condiciones de Uso y Reglamento de las Tarjetas Prepago DMG”, se estableció que los adquirientes de estas tarjetas debían consumir el 5% del importe de las mismas, de manera inmediata a la adquisición o recarga, permitiendo que posteriormente la devolución del 95% restante, pudiese hacerse en dinero. Esta “eventualidad” como la denomina el actor constituye una ilegal captación masiva y habitual de dinero del público, pues permite que en un momento dado, el cliente, reciba como contraprestación,

además, de un bien o servicio, dinero. Y si bien la norma no establece de manera expresa que la contraprestación de los dineros anticipados sea “exclusivamente” en bienes y servicios, así debe entenderse, pues si esta regla general tuviese excepción, estaría contemplada de manera expresa en la normativa aplicable.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3227 DE 1982 – ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-27-000-2008-00009-00(17022)

Actor: GRUPO DMG S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

FALLO

Se decide la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el Grupo DMG S.A, contra las Resoluciones Nos. 1634 del 12 de septiembre de 2007 y 1806 del 8 de octubre de 2007, expedidas por el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante Superintendencia).

I) ANTECEDENTES

Mediante la Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007, expedida por el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera de Colombia, “*se adoptan medidas cautelares respecto de la Sociedad GRUPO DMG S.A.*”, en razón a que las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de “*Tarjetas Prepago DMG*”, constituye una forma de captación masiva y habitual de dinero del público, sin contar con la debida autorización.

La parte actora interpuso recurso de reposición en contra de la citada resolución, el cual fue decidido con la Resolución No. 1806 del 8 de octubre de 2007, proferida por el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera de Colombia, confirmándola en todas sus partes.

Esas medidas cautelares versan sobre la suspensión inmediata de las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG; la devolución de la totalidad de los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de las tarjetas prepagos DMG, cualquiera sea su modalidad, conforme al plan y plazo que se convenga con

la Superintendencia Financiera de Colombia; y la presentación, al ente de control, de un plan de desmonte y devolución de los dineros captados ilegalmente.

II) DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Grupo DMG S.A., solicitó:

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución número 1634 del 12 de septiembre de 2.007 por medio de la cual se adoptan medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG S.A. proferida por el Superintendente Delegado adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera de Colombia.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la resolución número 1806 de 2007 de fecha 8 de octubre de 2.007 mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad GRUPO DMG S.A. y proferida por el Superintendente Delegado adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera de Colombia.

TERCERA: Que a título de restablecimiento del derecho se declare que la actividad de venta de tarjetas prepago adelantada por (sic) sociedad GRUPO DMG S.A. no constituye una forma de captación masiva y habitual del público por lo tanto no requería autorización por ente público alguno a (sic) adelantarla, de igual forma solicitó al H. Consejo de Estado que ordene que se levante la orden a (sic) GRUPO DMG SA. de la suspensión de las operaciones de venta de Tarjetas Prepago DMG; y que ordene que se levanten todas las medidas cautelares adoptadas por la Superintendencia Financiera contra (sic) GRUPO DMG S.A.

CUARTA: Que una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la presente demanda, se comunique a la autoridad que profirió los actos y demás autoridades que considere pertinente, para todos los efectos a que haya lugar. ”.

En el acápite normas violadas y concepto de la violación expresó lo siguiente:

1. INFRACCIÓN DE UNA NORMA SUPERIOR

1.1. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Adujo que ni el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ni las normas que lo adicionan o complementan, establecen competencia alguna a la superintendencia para la inspección y vigilancia de sociedades que tengan por objeto social la venta de tarjetas prepago al público en general, y, por lo tanto, se extralimitó en sus funciones al imponer medidas administrativas en contra del Grupo DMG S.A., no consagradas en la ley, haciendo más gravosa la situación de éste.

Citó el parágrafo 1° del artículo 72 de la Ley 795 de 2003, para plantear que la superintendencia no tiene competencia alguna para intervenir las compañías que administran tarjetas prepagadas.

Concluyó que con la expedición de los actos acusados la accionada desconoció el carácter reglado de la función pública, al exceder la competencia asignada, y, en consecuencia, incurrió en falsa motivación de los mismos, con clara lesión al patrimonio del particular que vio restringido su derecho constitucional a la libre empresa.

1.2. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO, ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Argumentó que la Superintendencia Financiera violó el derecho de defensa y debido proceso, toda vez que pretermitió tanto la práctica de las pruebas solicitadas como la valoración de las aportadas por el demandante. Adicionalmente, no hizo referencia alguna sobre las mismas al imponer las medidas cautelares, pero tuvo en cuenta, en la errada decisión administrativa objeto de censura, indicios (llamadas telefónicas y quejas anónimas), sin ningún respaldo probatorio.

En el caso concreto la superintendencia desestimó la prueba contable con la que se demostró que la contraprestación principal de las Tarjetas Prepago DMG S.A. es el suministro de bienes y servicios.

La accionada incurrió en una actuación arbitraria y extralimitada, *“puesto que fundamentados en una interpretación probatoria sesgada y parcial, presume que las Tarjeta Prepago están encubriendo una actividad financiera principal, cuando los estados financieros y la operación comercial demuestran que éstas tarjetas tienen previsto como contraprestación el suministro de bienes y servicios, no la devolución de dineros ni la retribución dineraria por el importe de las mismas [...]”*.

1.3. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, LIBERTAD ECONÓMICA E INICIATIVA PRIVADA

Señaló que la actividad comercial de venta de tarjetas prepago no se encuentra reglamentada en el país, y que, por lo tanto, no se le puede exigir la obtención de una autorización para desarrollar su objeto social, y menos procurar la vigilancia y control de la misma.

Dijo que la entidad demandada vulneró el derecho a la libertad económica y a la libre empresa al pretender eliminar la actividad comercial que desarrolla, protegida por la misma Constitución, limitando y negando el ejercicio de aquellos derechos al imponer medias cautelares sin expreso fundamento legal.

1.4. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, DERECHO A LA IGUALDAD

Afirmó que al expedir los actos administrativos objeto de la demanda, la Superintendencia violó el derecho a la igualdad de la sociedad, pues ésta comercializa tarjetas prepago, actividad realizada por diversos entes económicos, como los grandes almacenes de cadena y cajas de compensación, entre otros, a los que la entidad demandada no aplica las mismas facultades de inspección y vigilancia, como sí lo hizo con la sociedad demandante.

2. CAUSAL DE ANULACIÓN POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY

2.1. VULNERACIÓN DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO, DECRETO 663 DE ABRIL 3 DE 1993

La Ley 795 de 2003, que modificó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señala qué entidades pueden ser sometidas a inspección o vigilancia por parte del órgano de control; allí se cita, entre otras, a las entidades emisoras de tarjetas de crédito y débito, así como a quienes administren sistemas de pago y compensación, sin que se haga mención a las empresas que comercializan tarjetas prepago, lo que deviene en incompetencia para que se ejerza control, inspección y vigilancia frente a estas últimas.

2.2. VULNERACIÓN DEL DECRETO 1981 DE 1988, QUE MODIFICA EL DECRETO 3227 DE 1982

Adujo que la vulneración a esta normatividad se configuró cuando *“partiendo de supuestos, de contradicciones y de meras presunciones de hecho, califica como captación una actividad, a todas luces, netamente comercial [...]”*.

Afirmó que la interpretación de *“captación”* hecha por la accionada, según la cual, *“se configura cuando se permite que parte de los recursos dinerarios recibidos por anticipado no tengan como finalidad exclusiva la adquisición de bienes y servicios.”*, va más allá de lo establecido por la propia disposición legal, en la que no se establece como requisito imperativo que la finalidad tenga que ser exclusiva, basta con que esté prevista.

En el asunto en examen está demostrado que el Grupo DMG S.A. no está reconociendo intereses ni beneficio económico de carácter alguno, tal como lo sostuvo la Superintendencia en la Resolución No. 1634 de 2007. Además resulta totalmente ajustado a la realidad de la operación comercial consistente en que se presenten devoluciones del importe de las tarjetas de manera eventual, y esa condición de eventualidad se prueba con los estados financieros en los que no se reflejan devoluciones representativas frente al volumen del suministro de bienes y servicios.

3. FALSA MOTIVACIÓN

Estableció que los antecedentes de hecho que tuvo en cuenta la Administración no coinciden con las previsiones normativas, pues se fundamentan en supuestos falsos, o que no corresponden con la actividad mercantil de venta de tarjetas prepago.

Dijo que los actos acusados son nulos por falsa motivación, vicio en el que incurrieron al predicar que: *“Existe captación masiva y habitual porque en algunos casos el tenedor de la tarjeta puede tener derecho al reembolso total o parcial del dinero que entregó”*. Esta premisa es equivocada, porque el verdadero objeto de la tarjeta está en la adquisición de bienes y servicios.

Existió también falsa motivación porque el acto administrativo supuso que el *“pago de la tarjeta parece que se hubiese establecido como un mecanismo de justificación jurídica y encubrimiento de la actividad financiera principal”*; afirmación que no tiene sustento diferente a la opinión del funcionario que elaboró los actos administrativos.

Igualmente se configuró esta causal de nulidad cuando el acto acusado señaló que *“Aunque no existe una prueba directa del reconocimiento de intereses o de*

otros beneficios económicos de carácter financiero, tal situación resulta irrelevante para los efectos de esta actuación administrativa”, y que “las distintas pruebas recaudadas permiten inferir que los clientes están percibiendo importantes retribuciones financieras”; aseveración que, no obstante su gravedad, no se apoya en prueba alguna.

4. AUSENCIA DE MOTIVACIÓN

Las resoluciones proferidas por la entidad, objeto de censura en esta demanda, debían contener todos los argumentos de hecho y de derecho, así como la valoración integral de las pruebas que reposaban en el expediente administrativo, sobre los cuales la administración fundamentó su decisión. Lo que se hizo por parte del ente estatal fue citar una serie de disposiciones legales que no son aplicables al caso en estudio, sin entrar a detallarlas.

5. DESVIACIÓN DE PODER

La superintendencia ha obrado con desviación de poder al invocar normas legales que no son aplicables al caso concreto, por las siguientes razones:

- La actividad mercantil desarrollada por el Grupo DMG S.A., consistente en la venta de tarjetas prepago, no se encuentra reglamentada en Colombia, a contrario *sensu*, dicha actividad no se encuentra prohibida. De hecho, la Constitución Política protege la libertad económica e iniciativa privada.
- La actividad de inspección y vigilancia de la Superintendencia es reglada.
- El órgano de control, pese a que contó con los elementos tanto fácticos como jurídicos que demostraban que la actividad del actor era absolutamente lícita, tomó una decisión en contrario.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor, con los siguientes argumentos:

La Superintendencia cumplió con su deber, de acuerdo con las normas sustantivas y procesales que regulan la materia, y actuó con pleno respeto por los postulados constitucionales relativos al debido proceso, al derecho de defensa y al ejercicio de la función administrativa.

Los actos administrativos demandados están sustentados “*sólida y suficientemente*” en las correspondientes razones jurídicas y fácticas. Ellos no adolecen, por lo tanto, de motivo alguno de anulación.

Adujo que “*ninguna persona natural o jurídica puede captar ahorros del público a ningún título sin contar con permiso del Estado*”¹, exigencia que apunta a evitar que el ahorro del público sea entregado a quienes carecen de suficiente respaldo económico, e inclusive a quienes, teniendo dicho respaldo, no cuentan con la suficiente experiencia, conocimientos y tecnología para captarlos en forma profesional. Es por esto que el derecho financiero, mediante diversas normas, reserva las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público a entidades sometidas a inspección, vigilancia y control del Estado por intermedio de la superintendencia.

¹ Artículo 335 de la Constitución Política

Esas normas buscan garantizar la estabilidad de tales entidades mediante el establecimiento, entre otros, de parámetros de solvencia y liquidez, límites individuales de créditos y de concentración de riesgos.

Desde el punto de vista administrativo el Estado cuenta con las atribuciones necesarias para impedir la actividad ilegal de las personas jurídicas y naturales que captan, manejan, administran o invierten el ahorro del público sin su autorización. Tales facultades son ejercidas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

El actor, desconociendo la normativa, se dedicó a captar ahorros del público en forma masiva y habitual, sin contar con la debida autorización del Estado, razón que justifica, suficientemente, las decisiones que censura el demandante. En efecto, los antecedentes de los actos administrativos acusados contienen las pruebas que verifican que la sociedad demandante, al tenor del artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, estaba captando ahorros del público en forma masiva y habitual, sin contar con la autorización legal respectiva.

Por lo anterior era deber de la superintendencia, en ejercicio de las facultades de policía administrativa para la materia en cuestión, y en aras de proteger a terceras personas de buena fe, adoptar medidas cautelares para impedir que tal actividad continuara, como en efecto se hizo al expedir los actos administrativos demandados.

IV) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante en esta etapa procesal no presentó alegatos.

La demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público solicitó negar las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

En cuanto a la competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia:

Según el artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante ley, señalar los objetivos y criterios a los que se debe sujetar el gobierno en lo que atañe a la regulación financiera y manejo de los recursos captados del público.

Por mandato constitucional, artículo 189 numeral 24, corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, de acuerdo con la ley, ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y cualquier otra relacionada con el manejo de los recursos captados del público. Esa función es realizada por la superintendencia, bajo la dirección del Presidente de la República.

El artículo 335 de la Constitución Política establece que las actividades relacionadas con la captación y el manejo de recursos del colectivo 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.

De tal manera que una entidad dedicada a dichas actividades, que no esté autorizada, y, por ende, no esté sometida a la vigilancia de la superintendencia, no puede ejercerla por fuera de lo dispuesto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Es decir, carece de sustento legal esgrimir que por el hecho de que la sociedad actora no se encuentre descrita dentro de las entidades sometidas a vigilancia, no sea sujeto pasible de ésta, puesto que es evidente que no puede quedar por fuera de la regulación legal prevista para el manejo de dineros captados del público, por el interés público económico que representa.

Consideró el Ministerio Público que, por lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene facultades para dictar medidas sobre entidades que manejen recursos del público sin autorización, lo que lleva a que el cargo no debe prosperar.

Respecto a la captación de dineros del público:

La superintendencia no impuso la medida cautelar contenida en los actos administrativos demandados por el hecho de que el actor comercializara con tarjetas prepago, sino porque éstas configuraban un instrumento de captación de dinero, aspecto sobre el que tiene la facultad para intervenir por mandato legal.

Es por esto que no es de recibo la comparación que el actor hizo con otros establecimientos, alegando un desconocimiento al derecho a la igualdad, pues respecto de éstos no está demostrado que mediante las tarjetas prepago realicen captación de dinero del público.

El hecho de que las tarjetas prepago no estén reglamentadas, no constituye una autorización para efectuar la captación de dinero que, como quedó expuesto, debe estar sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Sobre la falsa motivación:

No es cierto que la actuación se encuentre fundamentada en razones ajenas a la realidad. Por el contrario, la investigación que sirvió de fundamento a los actos administrativos acusados está sustentada.

V) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a pronunciarse sobre la legalidad de las Resoluciones Nos. 1634 de 12 de septiembre de 2007, y 1806 de 08 de octubre de 2007, expedidas por el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera de Colombia. Para el efecto despachará los siguientes cargos:

1. INFRACCIÓN DE UNA NORMA SUPERIOR

1.1. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El actor señaló que ni el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ni las normas que lo adicionan o complementan establecen competencia alguna a la superintendencia para la inspección y vigilancia de las sociedades que tengan por

objeto social la venta de tarjetas prepago, actividad que desarrolla el demandante. Por lo tanto, esa entidad se extralimitó en sus funciones al imponer medidas administrativas en contra del Grupo DMG S.A., no consagradas en la ley.

El principio constitucional de legalidad indica que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las leyes de la República, y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6, C.P.), y que todas las personas son titulares del derecho fundamental al debido proceso, según el cual nadie podrá ser juzgado sino de conformidad con leyes preexistentes al acto que se le imputa (art. 29, C.P.).

En virtud del anterior principio, los servidores públicos sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por la Constitución, las leyes y sus reglamentos, pues quien detenta potestades públicas debe estar legitimado en sus actos, lo cual sólo se logra si existe normativa habilitante para el servidor público, lo que implica que solo pueda actuar, en ejercicio de sus funciones, conforme con las disposiciones que prevén la competencia funcional que posibilita las actuaciones propias de la Administración en razón de la competencia atribuida.

La Constitución Política consagra, en su artículo 335, que las actividades financiera, bursátil y 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 150, son de interés público; por ello, se señala que estas actividades solamente pueden ser ejercidas con previa autorización del Estado, según lo establezca la ley.

A su vez, también dispone que el Congreso de la República tiene facultades para expedir leyes marco que regulen la actividad financiera, bursátil y aseguradora; y regulen el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (art. 150, numeral 19, literal d).² Una vez expedidas las correspondientes leyes marco, el Gobierno Nacional, condicionado por éstas, expide los decretos mediante los cuales ejerce la intervención en dichas actividades (art. 335).

La Carta Política establece que el Gobierno Nacional ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público³.

Esta función la ejerce por intermedio de la Superintendencia Financiera⁴, organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía financiera y administrativa, y patrimonio propio.

La Superintendencia Financiera de Colombia al expedir la Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007, *“Por medio de la cual se adoptan las medidas*

² **ARTICULO 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;

³ Artículo 184, numeral 24

⁴ El Decreto 4327 de 2005, fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia. (art. 1º)

cautelares respecto de la sociedad Grupo DMG S.A”, invocó como facultades legales para hacerlo, en especial las que le confieren el numeral 1º del artículo 108 y el literal b) del numeral 5º del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el numeral 2º del artículo 43 del Decreto 4327 del 2005, que son del siguiente tenor:

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

CAPÍTULO XVII.

EJERCICIO ILEGAL DE LAS ACTIVIDADES FINANCIERA Y ASEGURADORA

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.

PARAGRAFO 2o. La Superintendencia Bancaria podrá imponer las sanciones previstas en los artículos 209 y 211 a cualquier persona que obstruya o impida el desarrollo de las actuaciones administrativas que se adelanten para establecer la existencia de un eventual ejercicio ilegal de actividades exclusivas de las entidades vigiladas, así como a aquellas personas que le suministren información falsa o inexacta.

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.*

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; *(negrilla fuera de texto).*

Decreto 4327 de 2005 “Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura.”

ARTÍCULO 43. DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DELEGADO ADJUNTO PARA SUPERVISIÓN INSTITUCIONAL. *(vigente para la época de los actos*

acusados). *El Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional tendrá las siguientes funciones:*

2. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, las medidas cautelares previstas por las normas vigentes para los casos de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas.

El Decreto 4327 de 2005, antes citado, señaló en el artículo 8^o el objeto de la Superintendencia Financiera de Colombia, así:

“ARTÍCULO 8o. OBJETO. *El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejercerá a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.*

La Superintendencia Financiera de Colombia tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.” (negrilla fuera de texto).

Dentro del marco constitucional y legal antes citado, es claro para la Sala que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público, son de interés público, y sólo pueden ser realizadas previa autorización del Estado, por instituciones sujetas a un régimen reglado, las que, precisamente, gozan de habilitación para ejercer tales actividades, siempre que se sujeten al cumplimiento de especiales requisitos en materia de constitución y funcionamiento.

En tal sentido, le compete a la hoy Superintendencia Financiera de Colombia, como organismo técnico de carácter administrativo, evitar que personas no autorizadas conforme a la ley, ejerzan actividades propias de las entidades vigiladas, así como también 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 regulan, asegurando la confianza pública en el sistema financiero.

Estas competencias de la superintendencia, tan importantes como complejas, apuntan a proteger el sistema financiero, a fin de garantizar su seguridad y estabilidad, y, dentro de un sano y necesario equilibrio, también proteger a los inversionistas y ahorradores de los riesgos, excesos o abusos de los dueños del capital, particularmente a quienes su ambición o ignorancia los lleva a incurrir en comportamientos que los dejan expuestos a enormes perjuicios.

Y fue en desarrollo de esas competencias que la Superintendencia Financiera de Colombia en la Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007, adoptó medidas cautelares respecto de la sociedad Grupo DMG S.A., surgida de la noche a la mañana, en razón a que mediante el mecanismo, habilidosamente utilizado, de venta de tarjetas prepago, incurrió en una funesta forma de captación masiva y habitual de dineros del público, sin contar con la debida autorización.

⁵ Vigente para la expedición de los actos acusados.

Sobre la competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia como entidad administrativa para combatir la captación ilegal de dineros del público, la Corte Constitucional señaló:

“Al respecto cabe señalar que previamente a la declaratoria del estado de excepción la Superintendencia Financiera era la autoridad administrativa con competencias en la materia pues estaba encargada de determinar mediante visitas de inspección si personas jurídicas o naturales no autorizados captaban recursos del público, verificada tal situación podía multar al contraventor, decretar su disolución cuando se trataba de personas jurídicas y disponer la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente (artículos 10 y el literal a) del numeral 4 del artículo 326 del E. O. S. F.)”⁶

Entonces, en el ámbito de las facultades de policía administrativa de que está investida, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene competencia para imponer medidas cautelares frente a una disfrazada captación masiva y habitual de dineros del público, sin que el actor pueda aducir que por su objeto social (venta de tarjetas prepago al público en general), se sustraía de la inspección y vigilancia que detenta aquella, por cuanto el Decreto 4327 de 2005, que se refiere a que dicho control se ejerce sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, no lo está limitando por el medio con el cual se realiza la actividad, sino que lo direcciona hacia actividades propias de las instituciones que integren el sistema financiero, con mayor razón si lo hacen abusivamente, que para el caso en mención fue la captación de recursos del público.

No prospera el cargo.

1.2. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y EL DEBIDO PROCESO, ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Señaló el actor que la accionada violó el derecho de defensa y el debido proceso, al omitir la práctica de las pruebas solicitadas y la valoración de las aportadas.

En primer lugar, la Sala establece que el actor, en este cargo, no determinó qué pruebas solicitó y no fueron practicadas por la Administración, por lo que no puede pretender desconocer la presunción de legalidad de la que están investidos los actos administrativos acusados, con afirmaciones indefinidas que impiden el estudio que, en esta sede, sobre el particular se debe realizar, mas aún cuando no indica la relevancia que hubiera tenido el material probatorio que echa de menos, en la decisión proferida.

En cuanto a las pruebas allegadas, sí precisó que la valoración de la prueba contable por parte de la Administración fue desacertada, aduciendo que ésta demostraba claramente que la contraprestación principal de las Tarjetas Prepago DMG S.A. era el suministro de los bienes y servicios. Dijo así el actor: *“En este caso concreto, la Superintendencia Financiera desestimó la prueba contable en la que demuestra claramente el suministro de los bienes y servicios como contraprestación principal de las tarjetas prepago DMG, reflejando un incremento, en la materialización de la adquisición de los mismos, gradual y ajustado a la realidad económica, administrativa y operativa de un comercializador de bienes y servicios, como lo es el Grupo DMG S.A. que sólo lleva dos años de constituida y que para el año 2006 – año en el cual arrancó con la tarjeta prepago - entregó*

⁶ C-135 de 2009

bienes como contraprestación equivalente al 13.6% del total de los dineros recibidos por venta de tarjetas; para marzo de 2007 entregó bienes como contraprestación equivalentes al 14.7% del total de los dineros recibidos por ventas de tarjetas y para 30 de junio de 2007 entregó bienes como contraprestación equivalente al 59% del total de los dineros recibidos por venta de tarjetas, mientras que a 30 de junio de 2007 las devoluciones de importes de tarjetas por casos excepcionales, sólo ascienden a \$1.800.000.000, lo que demuestra a toda costa que la contraprestación principal no es la devolución del importe de las tarjetas sino la entrega de bienes y servicios [...]”.

De la revisión de los actos acusados se establece que en la Resolución No. 1806 de 2007, por la cual se resolvió el recurso de reposición contra el acto que adoptó las medidas cautelares, hay un acápite denominado “5.2.3. Análisis probatorio de la contabilidad.”. En dicho aparte se llegó a las siguientes conclusiones:

- La contabilidad presentada por la sociedad Grupo DMG S.A., incluyendo el balance general y el estado de resultados, presentados a última hora con el recurso de reposición y de forma totalmente incompleta, corrobora la actividad de captación irregular.

- Los estados financieros, con corte a 30 de junio de 2007, no fueron entregados a la superintendencia en el curso de la actuación administrativa. Sólo con la presentación del recurso de reposición fueron allegados un balance y un estado de resultados en forma general y sin soporte alguno. De tal manera que la afirmación hecha por el recurrente, según la cual la Administración había omitido analizar los estados financieros con corte a 30 de junio de 2007, falta a la verdad y carece de todo sustento probatorio.

- Para facilitar y no entorpecer el ejercicio de control por parte de la superintendencia, esos estados financieros de la sociedad a 30 de junio de 2007, no solo han debido presentarse oportunamente dentro de la actuación administrativa, sino que han debido presentarse de forma completa, esto es con todos sus soportes, tales como los comprobantes de egresos, los contratos con proveedores, las facturas de compra de bienes que adquiría la sociedad para sus clientes, las constancias de entrega de los bienes a los adquirentes de las tarjetas, los libros y auxiliares, relaciones de clientes a quienes se les haya entregado bienes, y demás documentos que en su conjunto conforman o hacen parte de la contabilidad, según la ley.

- “La captación ilegal de recursos del público se configura cuando los dineros se reciben sin que la contraprestación exclusiva sea el suministro de bienes y servicios. De manera que resulta totalmente irrelevante que tales documentos⁷ incompletos y sin ningún soporte o validación indiquen que al 30 de junio de 2007 la entidad hubiere incrementado de forma significativa la venta de mercancías, frente a los niveles de marzo del presente año.”.

Al respecto la Sala precisa que el Decreto 2649 de 1993, especifica los principios contables generalmente aceptados, así como también el conjunto de conceptos y reglas que se deben observar al registrar los datos contables de un ente económico. Es así que los registros en los libros y los soportes deben guardar la debida correspondencia, habida cuenta que la contabilidad constituye un todo indivisible e integral.

⁷ Tales documentos se refieren al balance general y al estado de resultados a 30 de junio de 2007.

El artículo 123 *ibídem* señala que los hechos económicos deben documentarse mediante soportes, de origen interno o externo, debidamente fechados y autorizados por quienes intervengan en ellos o los elaboren. Los soportes deben adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos o, dejarse constancia en éstos de tal circunstancia, conservarse archivados en orden cronológico y de tal manera que sea posible su verificación. Los soportes pueden conservarse en el idioma en el cual se hayan otorgado, así como ser utilizados para registrar las operaciones en los libros auxiliares o de detalle.

Así las cosas, le asistió razón a la Administración cuando desestimó la prueba contable (el balance general y el estado de resultados a 30 de junio de 2007), allegada en vía gubernativa, por no presentarla debidamente soportada. En esta instancia no se mejoró la prueba. El actor se limitó a aducir que no había sido tenido en cuenta, sin entrar a señalar los documentos y/o los datos que la prueba no valorada ofrecería para evidenciar que la contraprestación principal de las Tarjetas Prepago DMG es el suministro de bienes y servicios.

De otra parte, la mención que se hizo, en el acto administrativo con el cual se adoptaron las medidas cautelares, de las llamadas telefónicas y quejas anónimas, está en el acápite de antecedentes, indicando que a partir de dichas consultas e inquietudes se iniciaron las investigaciones y diligencias correspondientes, es decir, que dieron origen a la investigación, mas no son el fundamento de la decisión.

Por lo anterior, esta Sala no comparte la afirmación que hace el actor respecto a que la decisión administrativa objeto de censura se fundamentó en indicios (llamadas telefónicas y quejas anónimas), sin ningún respaldo probatorio. Su dicho lo deja sin piso la resolución que resolvió el recurso de reposición, en la que se dijo que para comprobar la captación cuestionada y adoptar las medidas cautelares de que trata la Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, la Superintendencia se fundamentó en *“múltiples pruebas adicionales a la información contable y comercial de la sociedad, entre ellas, los informes jurados de seis (6) visitas de inspección practicadas a las oficinas de la compañía investigada, rendidos en los términos del numeral 3º del artículo 337 del EOSF, mas de 10 testimonios rendidos por empleados de la misma compañía, su contador, su revisor fiscal y la propia declaración rendida en esta entidad por su presidente y representante legal durante la investigación administrativa.”*⁸

El actor también adujo que la Superintendencia hizo una interpretación probatoria sesgada y parcial, al presumir que las tarjetas prepago están encubriendo una actividad financiera principal, cuando los estados financieros y la operación comercial demuestran que las tarjetas tienen previsto como contraprestación el suministro de bienes y servicios.

Los actos acusados no desconocen que por intermedio de las tarjetas prepago se obtuviera el suministro de bienes y servicios; lo que se ha dicho es que *“una parte muy significativa de los recursos dinerarios recibidos por el Grupo DMG S.A por concepto de ventas de tarjetas prepago, no se traduce en el suministro de bienes y servicios y que, además, la sociedad investigada está obligada a devolver- como en efecto lo hace- recursos a los clientes que así lo soliciten.”*⁹

Por las razones expuestas, no se accede al cargo en examen.

⁸ Resolución 1806 de 2007, página 60

⁹ *Ibídem*

1.3. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, LIBERTAD ECONÓMICA E INICIATIVA PRIVADA

Frente al primero de los aspectos planteados por el actor, consistente en que la actividad comercial de venta de tarjetas prepago no se encuentra reglamentada en el país, y, en consecuencia, no se le puede exigir que obtenga una autorización para desarrollarla, ni ser objeto de inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia, la Sala puntualiza que fue la captación de recursos del público lo que cuestionó la entidad de control, y reitera que ésta dentro de las facultades de policía administrativa la competencia para imponer medidas cautelares frente a dicha práctica, sin que el actor se pueda excusar en que su objeto social se circunscribe a la venta de tarjetas prepago al público en general, para sustraerse de la inspección y vigilancia que detenta aquella, por cuanto dichas medidas de control, según el Decreto 4327 de 2005, están dirigidas a las personas que realicen actividades financiera, bursátil o aseguradora, e involucran cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. No las restringe el medio con el que realiza la actividad sino el ejercicio de la misma.

En cuanto a la vulneración de la libertad económica, se debe precisar que este principio está consagrado en el artículo 333 constitucional, y en la sentencia C-263 de 2011 la Corte Constitucional lo definió como *“la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”*. En este sentido, el artículo 333 de la Constitución dispone **(i) que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, (ii) que “la libre competencia es un derecho de todos” y (iii) que para el ejercicio de estas libertades “nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”**.

Así mismo ese órgano judicial expresó que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia. Respecto a la primera señaló que comprende la facultad de las personas para afectar o destinar bienes de cualquier tipo a la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios. En cuanto a la libre competencia manifestó que consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista del mercado, en un marco de igualdad de condiciones.

El accionante argumentó que la entidad demandada vulneró el derecho a la libertad económica y a la libre empresa cuando frenó actividad comercial que desarrolla, protegida por la misma Constitución, limitando y negando su ejercicio al imponer medidas cautelares sin expreso fundamento legal.

Dicho argumento carece de razón, toda vez que, como se vio, sí le asiste fundamento legal a la superintendencia para adoptar medidas cautelares cuando establezca que se ha configurado una captación ilegal de dineros del público. Además, como se dijo líneas atrás, es la Constitución Política en su artículo 335 la que dispuso que las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera 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 150, por ser de interés público, solamente pueden ser ejercidas con previa autorización del Estado, según lo establezca la ley. Por lo tanto, no puede pretender el actor

ejercer una actividad comercial desatendiendo los mandatos constitucionales y legales.

Si bien es cierto que existe en nuestro medio libertad económica y de iniciativa privada, también lo es que éstos no son derechos absolutos, y que la propia Constitución Política los limita en función de proteger el bien común, el interés general, en este caso de “unos ahorradores o inversionistas” que cayeron en las garras de DMG, que los esquilmo sin piedad, y pretendía seguir haciéndolo.

En este orden de ideas, no existen razones para acceder a este cargo.

1.4. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, DERECHO A LA IGUALDAD

El accionante centró la vulneración a este derecho fundamental en que la superintendencia no aplica de igual modo las facultades de inspección y vigilancia que le son propias, a otros entes económicos, como los grandes almacenes de cadena y cajas de compensación, que también comercializan tarjetas prepago.

Como quiera que el actor fundamenta la vulneración a este derecho en que no son sujetos pasivos de dichas medidas de control otras personas jurídicas que igualmente comercializan esas tarjetas, y que, como ya se expuso, la investigación que terminó con la adopción de medidas cautelares obedeció a la captación ilegal de dineros del público, no es viable hacer el juicio de igualdad que se propone, por cuanto se parte de un presupuesto equivocado.

Por lo anterior, no prospera este cargo.

2. CAUSAL DE ANULACION POR VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

2.1. VULNERACIÓN DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO, DECRETO 663 DE ABRIL 3 DE 1993

Sostuvo el actor que la Ley 795 de 2003, que modificó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señala qué entidades pueden ser sometidas a inspección o vigilancia por parte del órgano de control, sin que se haga mención a las empresas que comercializan tarjetas prepago, lo que deviene en incompetencia para que la Superintendencia ejerza control, inspección y vigilancia frente a éstas.

El párrafo 1º del artículo 72 de la Ley 795 de 2003, que modificó el numeral 2º del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es del siguiente tenor:

"2. Entidades vigiladas. Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones:

(...)

***PARÁGRAFO 1o.** Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente."*

De la interpretación literal que de dicho precepto hace la accionante se concluiría que las entidades que administran tarjetas prepago no estarían incluidas dentro de las que son objeto de vigilancia e inspección, sin embargo, a este resultado solamente se llegaría partiendo de un análisis descontextualizado de las demás normas que rigen la materia, y que ya fueron examinadas en el primero de los cargos “*violación del artículo 6° de la constitución política, principio de legalidad*”, cargo en el que se determinó que la competencia de control ejercida por la Superintendencia Financiera de Colombia se originó en la actividad que realizaba el Grupo DMG S.A., captación ilegal de recursos del público, y que el hecho de haber captado dichos dineros por intermedio de tarjetas prepago no puede esgrimirse para alegar una falta de competencia. Por lo anterior, no existe la violación alegada por el actor.

2.2. VULNERACIÓN DEL DECRETO 1981 DE 1988, QUE MODIFICÓ EL DECRETO 3227 DE 1982

Resaltó el actor que la interpretación realizada por la Administración sobre qué se debe entender por “captación”, va más allá de lo dispuesto en el Decreto 1981 de 1988, al considerar que “*la captación se configura cuando se permite que parte de los recursos dinerarios recibidos por anticipado no tengan como finalidad exclusiva la adquisición de bienes y servicios.*”. El Decreto 1981 de 1998 dispuso:

ARTÍCULO 1o. El artículo 1° 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 (50) 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.

(...)

"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.

"PARÁGRAFO 2.- No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4o. grado de consanguinidad, 2o. de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean

individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

"Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982". (negrilla fuera de texto).

De conformidad con la norma transcrita se desprende que la captación ilegal masiva y habitual se presenta cuando la recepción de dineros anticipados genere como contraprestación el suministro de bienes o servicios, y se posibilite, además, la devolución de dineros.

En efecto, tal como se encuentra demostrado en el caso propuesto, en las "Condiciones de Uso y Reglamento de las Tarjetas Prepago DMG", se estableció que los adquirentes de estas tarjetas debían consumir el 5% del importe de las mismas, de manera inmediata a la adquisición o recarga, permitiendo que posteriormente la devolución del 95% restante, pudiese hacerse en dinero.

Esta "eventualidad" como la denomina el actor constituye una ilegal captación masiva y habitual de dinero del público, pues permite que en un momento dado, el cliente, reciba como contraprestación, además, de un bien o servicio, dinero.

Y si bien la norma no establece de manera expresa que la contraprestación de los dineros anticipados sea "exclusivamente" en bienes y servicios, así debe entenderse, pues si esta regla general tuviese excepción, estaría contemplada de manera expresa en la normativa aplicable.

De admitirse lo contrario, se estaría permitiendo que la inversión de los recursos de captación escape de la regulación previa del Estado en los términos de los artículos 333 y 335 de la Constitución Política. El cargo no prospera.

3. FALSA MOTIVACIÓN

Para fundamentar este cargo el accionante expuso que, los actos acusados son nulos por falsa motivación, cuando determinaron que *"Existe captación masiva y habitual porque en algunos casos el tenedor de la tarjeta puede tener derecho al reembolso total o parcial del dinero que entregó", como cuando supusieron que el "pago de la tarjeta parece que se hubiese establecido como un mecanismo de justificación jurídica y encubrimiento de la actividad financiera principal"*.

También advirtió que se configuró esta causal de nulidad cuando el acto acusado señaló que *"Aunque no existe una prueba directa del reconocimiento de intereses o de otros beneficios económicos de carácter financiero, tal situación resulta irrelevante para los efectos de esta actuación administrativa" y que "las distintas pruebas recaudadas permiten inferir que los clientes están percibiendo importantes retribuciones financieras"*.

La Sala, en primer lugar, reitera lo señalado respecto de la interpretación que debe hacerse del artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, que modificó el Decreto 3227 de 1982, en cuanto a que recibir recursos del público en forma masiva y habitual sin que exista de por medio como contraprestación exclusiva el suministro de bienes y servicios, configura una captación ilegal de dineros del público; en segundo lugar, encuentra que de acuerdo con el material probatorio recaudado, el cual no ha resultado desvirtuado en esta instancia, la contraprestación que se

generaba con la tarjeta prepago no era de manera exclusiva la adquisición de bienes y servicios.

Se resalta dentro de las pruebas recaudadas, la que hace referencia a los contratos suscritos por el Grupo DMG con sus clientes, que fue relacionada en la resolución por medio de la cual se adoptaron las medidas cautelares, y que no fue desconocida por el actor. Señaló la resolución:

“DÉCIMO SÉPTIMO. Que de acuerdo con la evidencia de que dispone la SFC, se encuentra plenamente establecido que la sociedad Grupo DMG S.A está obligada contractualmente a devolver a sus clientes los dineros recibidos por la venta de las Tarjetas Prepago DMG. En efecto, tal y como se encuentra expresamente consagrado en los cien 100 documentos CU-003 denominados Condiciones de uso y reglamento de las tarjetas prepago DMG” suscritos entre enero y julio de 2007 por los compradores de las Tarjetas Prepago, remitidos por la sociedad mediante comunicación radicada con el número 2006020573-046 del de agosto de 2007, en cumplimiento del requerimiento formulado el pasado 9 de julio por esta Superintendencia , se expresa con meridiana claridad lo siguiente : “18. Pasados seis (6) meses sin que el cliente haya utilizado las tarjetas, el Grupo DMG S.A. procederá a la devolución del dinero correspondiente al importe de sus tarjetas, caso en el cual deberá hacer la solicitud escrita de devolución con treinta (30) días comunes de anterioridad.”

“En los mismos documentos de “condiciones de uso y reglamento de las Tarjetas Prepago DMG” antes señalados, se establecen en los numerales 3 y 4, respectivamente, que la tarjeta prepago “[...] estará activa durante el tiempo que lo determine el cliente”, y que “los adquirentes de las tarjetas de Prepago DMG deberán consumir el cinco (5%) del importe de su (s) tarjetas (s) de manera inmediata a la adquisición o recarga de las (s) misma (s) .”

Como la falsa motivación tiene lugar cuando los motivos invocados como fuente de la decisión por parte de la Administración, no son reales o no existen, o están desfigurados al punto de no corresponder a la realidad, las consideraciones que se han hecho conducen a predicar que no se ha configurado esta causal de nulidad. No prospera el cargo.

4. AUSENCIA DE MOTIVACIÓN

Esta causal de nulidad la apoyó en que los actos objeto de censura en esta demanda, debían contener todos los argumentos de hecho y de derecho, así como la valoración integral de las pruebas que reposaban en el expediente administrativo, sobre los cuales la administración fundamentó su decisión.

En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición de forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la Ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada, y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo.

Sin embargo, la Sala se releva de efectuar el análisis de esta causal de nulidad, toda vez que el actor, dentro del acápite del concepto de violación, como se dejó sentado en esta providencia, también invocó como causal de nulidad de los actos la de “falsa motivación”, señalando los motivos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión, y que consideró “*supuestos falsos*”, es decir, el accionante partió del hecho de que los actos acusados estaban motivados, por lo que no puede de manera simultánea esgrimir la ausencia de motivación. No prospera el cargo.

5. DESVIACIÓN DE PODER

La desviación de poder la fundó el actor en que la Superintendencia invocó normas legales que no son aplicables al caso concreto. Específicamente dijo que la actividad mercantil desarrollada por el Grupo DMG S.A., consistente en la venta de tarjetas prepago, no se encuentra reglamentada en Colombia, razón por la cual dicha actividad no está prohibida. Agregó que la actividad de inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera es reglada, y que pese a que el órgano de control contó con los elementos fácticos y jurídicos que demostraban que la actividad del actor era absolutamente lícita, tomó una decisión como si fuera ilegal.

Sobre los aspectos reseñados y que propone el accionante como presupuestos para que se declare esta causal de nulidad, es importante precisar que los mismos ya han sido abordados en esta providencia desestimándolos, por lo que se reiteran las razones que en su momento se esbozaron, y en consecuencia, no hay lugar a dar prosperidad a este cargo, por demás deficientemente formulado.

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,

FALLA

Niéguense las súplicas de la demanda.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO