



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No.: 250002326000199900015 02 (35534)
Actor: Fondo Interprofesional Unión Javeriana Fijar y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Referencia: Apelación sentencia reparación directa

Temas: Responsabilidad del Estado por falla en el servicio de inspección, vigilancia y control de entidades financieras – acción procedente.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de abril de 2008, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual declaró probadas las excepciones de acción indebida y caducidad de la acción y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

En escrito presentado el 26 de noviembre de 1998, el Fondo Interprofesional Unión Javeriana Fijar, Marval S.A., Diego Muñoz Tamayo, Ramiro Javier Felipe Cordovez Escobar y Confinvest S.A., por conducto de apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera¹ y el

¹ El artículo 1 del decreto 4327 de 2005, ordenó la fusión de la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores que en adelante se denominó Superintendencia Financiera.



Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin), con el fin de que se les declare administrativamente responsables por:

“...los perjuicios materiales causados a los demandantes por falla o falta en el servicio de vigilancia y supervisión de esta última entidad que condujo a la liquidación de La Fortaleza S.A. Compañía de Financiamiento Comercial”.

“Que el Fondo de Garantías e Instituciones Financieras FOGAFIN es solidariamente responsable con la Nación, por los daños inferidos a mis poderdantes con motivo de las fallas o faltas en el cumplimiento de las funciones que le asigna el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, fallas que condujeron a la reducción del valor nominal de sus acciones en La Fortaleza a la suma de un centavo”².

2.- Las pretensiones

Por concepto de perjuicios materiales se solicitó la suma de \$9.957`694.258 o el valor que resulte probado en el proceso.

3.- Los hechos

En la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

La Compañía de Financiamiento Comercial La Fortaleza S.A. era un establecimiento de crédito sometido a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, que se constituyó mediante escritura pública No. 1394 del 25 de mayo de 1993.

Dicha sociedad anónima fue constituida con el ánimo de recibir los activos, pasivos y contratos que le traspasaría la Compañía de Financiamiento Comercial de Promociones S.A. “Pronta”, sociedad de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial del Estado.

² Fls. 21 a 59 c 1.



La Superintendencia Bancaria aprobó la cesión parcial de activos, pasivos y contratos de Pronta S.A. a La Fortaleza a través de Resolución No. 2140 del 30 de junio de 1993. El 25 de junio de 1995 dicha entidad realizó una visita de inspección a La Fortaleza S.A.

Entre el 11 de septiembre y el 22 de noviembre de 1995, efectuó una nueva visita, de la cual se elaboró informe en el que puso de presente la necesidad de efectuar provisiones por concepto de cuentas por cobrar, cartera comercial, de consumo e hipotecaria.

El 24 de enero de 1996, esa Superintendencia aprobó un plan de ajuste para La Fortaleza S.A., el cual exigió una capitalización de \$6.000 millones de pesos. El 2 de abril siguiente, la entidad de vigilancia elevó esa suma a la de \$10.000 millones de pesos que debía entrar al patrimonio de la sociedad a más tardar el 15 de mayo de 1996.

Ante la imposibilidad de los accionistas de cumplir con dicho requerimiento, amplió el plazo de capitalización al 6 de junio de 1996. Posteriormente, la Junta Directiva y el presidente de La Fortaleza S.A. solicitaron nuevo aplazamiento, el cual fue concedido hasta el 20 de junio de 1996.

El 17 de junio de 1996, La Fortaleza S.A. y el Fogafin suscribieron contrato de capital-garantía por \$10.000 millones de pesos.

El Fogafin, en consideración a la imposibilidad de que se lograra la capitalización de la sociedad, pues solo alcanzó a capitalizar \$2.987 millones de pesos, retiró su garantía. Por órdenes de esa entidad, La Fortaleza S.A. debió paralizar o disminuir el número de operaciones activas y pasivas de crédito.

Con respaldo en el informe No. 9504268373 de la entonces Superintendencia Bancaria, el Fogafin profirió la Resolución No. 003 del 10 de octubre de 1996, por la cual resolvió capitalizar a La Fortaleza S.A. en la suma de \$4.803 millones de pesos, reducir el valor

nominal de las acciones a un centavo y modificar la composición de la Junta Directiva para reflejar su nueva naturaleza oficial.

El 26 de noviembre de 1996 la entonces Superintendencia Bancaria tomó posesión de la sociedad La Fortaleza S.A. para adelantar su liquidación.

3.1.- Posteriormente la demanda fue adicionada en el acápite de hechos y en el escrito se dejó consignado que mediante Decreto 836 de 1999, el presidente de la República de ese entonces autorizó al Fogafin para establecer una línea de crédito, por la cual se otorgaran préstamos a los accionistas de los establecimientos y a terceros interesados, con destino a la capitalización de las entidades³.

4.- La oposición

4.1.- El Fogafin contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones en ella contenidas. Señaló que la responsabilidad que se le ha pretendido endilgar se derivaría de las actuaciones anteriores al contrato celebrado entre Pronta S.A. y La Fortaleza S.A., por lo cual la acción se encontraría caducada, de conformidad con lo dispuesto en el C.C.A.

Agregó que si de responsabilidad contractual se tratara, de conformidad con la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados con entidades financieras estatales no se sujetan a sus previsiones sino al derecho privado, por ello, la Jurisdicción Contencioso Administrativa no está facultada para decidir sobre su eventual responsabilidad.

Propuso las excepciones de falta de jurisdicción y de competencia, caducidad de la acción y falta de causa⁴.

4.2.- La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó que se desestimaran las pretensiones, en tanto consideró que los hechos de la demanda no involucran actos de ese Ministerio.

³ Fls 82 a 85 c 1.

⁴ Fls. 69 a 80 c 1.

Consideró que de acuerdo con el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Ministerio aprobó la resolución por la cual se tomó posesión de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, que si bien esta última, así como el Fogafin se encuentran adscritos al Ministerio, las normas que rigen su funcionamiento les han otorgado autonomía para adelantar las actuaciones que son objeto de la demanda.

Adujo que la parte actora pretende demostrar una situación de causa y efecto, entre lo ocurrido a La Fortaleza S.A. durante los años 1993 a 1996 y la declaratoria de emergencia económica en 1998, para decir que las medidas adoptadas tendientes a dar viabilidad al sector financiero “sellaron” la suerte de la mencionada compañía de financiamiento comercial.

Aseveró que las medidas de salvamento desarrolladas, tanto por la Superintendencia Bancaria como por el Fogafin, tienen como fin proteger los depósitos del público en las instituciones financieras, no solo en desarrollo del artículo 2 de la Constitución Política, sino en virtud de la importancia que en la economía de un país tiene la actividad financiera.

Aseguró que en cuanto a la falla en el servicio de vigilancia y supervisión, la parte actora se contradice, pues manifestó que la sociedad no presentaba desequilibrios estructurales en su patrimonio hasta el momento de la intervención, al tiempo que señaló que la situación de solvencia de la empresa estaba comprometida desde la celebración de la operación de cesión de activos, pasivos y contratos; sin embargo, en criterio de los demandantes tanto la Superintendencia Bancaria como el Fogafin, incumplieron su deber de transparencia de la información sobre la cartera cedida.

Formuló las excepciones de caducidad de la acción, acción inadecuada, ineptitud sustancial de la demanda, por no indicarse la calidad en que actúan los demandantes, ni aportarse prueba de la misma e indebida representación⁵.

⁵ Fls. 91 a 107 c 1.

4.3.- La Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, señaló que sorprende el argumento del demandante según el cual faltó información, así como la advertencia y verificación por parte de esa entidad de vigilancia respecto de la operación de cesión de activos, pasivos y contratos frente a los accionistas y demás entidades involucradas, pues consideró que era obvio que quienes debían estar enterados tanto de los datos financieros de la operación como de la situación patrimonial de la compañía eran precisamente sus accionistas. Por tanto, aseguró que es erróneo interpretar la intervención del ente público como un deber de resultado mediante el cual la autorización del organismo de control supone un aval a los efectos económicos y financieros que corresponde evaluar a los interesados en la transacción de acuerdo con sus propias expectativas.

Anotó que la orientación de la intervención de la Superintendencia Financiera dentro de los procesos de integración económica, como lo es la cesión de activos, pasivos y contratos, no se enfoca en garantizarle a los intervinientes, bien sea accionistas u otros involucrados, el éxito de la transacción o la consecución del volumen de utilidades presupuestado en la misma, por cuanto, apunta a la revisión de los aspectos previstos en la ley bajo el postulado de que el objeto de la protección son los intereses de los terceros y la estabilidad del sistema financiero.

Precisó que si bien era cierto que al momento de la realización de la operación la Superintendencia había verificado que La Fortaleza S.A., como cesionaria, se encontraba en una posición que le permitía cumplir con sus compromisos a futuro en cuanto al margen de solvencia, el posterior incumplimiento en que incurrió la vigilada - dos años después y que constituyeron causal de intervención forzosa administrativa-, ello no obedeció a un error de cálculo o deficiente revisión del órgano de supervisión y, por el contrario, tuvo origen en el desarrollo del objeto social de la compañía, de tal suerte que no le facilitó cumplir con lo proyectado.

Afirmó que la acción se encuentra caducada, pues fue presentada dos años después de la expedición de la resolución que ordenó la toma de posesión de La Fortaleza S.A., el 26 de noviembre de 1996, dado que las supuestas omisiones son anteriores a dicha

fecha, pues culminan con las órdenes de capitalización del 29 de diciembre de 1995, 2 de abril y 15 de mayo de 1996.

Consideró que tampoco es adecuada la acción, pues si lo pretendido por el actor es atacar la legalidad del acto administrativo mediante el cual se ordenó la toma de posesión de La Fortaleza S.A., esto es la Resolución No.1710 del 26 de noviembre de 1996, la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual también estaría caducada pues procedía dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto, de manera que la demanda debió interponerse a más tardar el 26 de marzo de 1997.

Igualmente, agregó que no está definida la calidad en que actúan los demandantes, pues ni en los poderes allegados ni en el texto de la demanda se aludió a la misma, como tampoco se demostró que se tratara de accionistas de La Fortaleza S.A.

Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones de caducidad de la acción, acción inadecuada e ineptitud sustancial de la demanda por no indicarse la calidad en que actúan los demandantes, ni aportarse prueba de la misma.

5.- Alegatos de conclusión en primera instancia

Las partes presentaron oportunamente sus alegatos de conclusión, insistiendo en los argumentos esbozados en los escritos de demanda y contestación de la misma⁶.

6.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 16 de abril de 2008, declaró probadas las excepciones de acción indebida y caducidad de la acción y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

⁶ Fls. 532 a 676 c 2.



Fundamentó tal decisión, relacionando las acciones y omisiones en que habrían incurrido las entidades demandadas relatadas por la parte demandante así:

En cuanto a la cesión de activos, pasivos y contratos de Pronta S.A. a La Fortaleza S.A., sostuvo que los actores tuvieron conocimiento de la mala calidad de la cartera de crédito a partir de octubre de 1995, luego, al 26 de noviembre de 1999 cuando se presentó la acción ya esta había caducado, de conformidad con los dictados del artículo 136 numeral 8 del C.C.A.

Frente a la aprobación por parte de la Superintendencia Bancaria de la cesión antes referida, consideró, que la aludida omisión en el control de los presupuestos para determinar si la operación era viable, tal como lo manifestó la parte actora en sus alegatos de conclusión, cesó en septiembre de 1995.

En relación con la deficiente inspección y vigilancia por parte de esa misma Superintendencia, afirmó que cuando impartió la orden de efectuar provisiones por valor de \$3.060 millones de pesos, si dicha falla se corrigió en octubre de 1995, al 26 de noviembre de 1999, venció el término de dos años para la acción de reparación directa.

Por su parte, en cuanto al plan de ajuste que implicaba la obligación de capitalizar La Fortaleza S.A., este fue concertado el 24 de enero de 1996, pero la demanda se presentó el 26 de noviembre de 1999, encontrándose caducada la acción también por este motivo.

Frente a la aludida dilación del Fogafin en conciliar las cuentas pendientes derivadas de la cesión de activos, pasivos y contratos, actuación que tardó en realizar dos años y medio, logrando la depuración el 14 de marzo de 1996, consideró que igualmente se encontraba caducada la acción para el 26 de noviembre de 1999 cuando se presentó la demanda.

En cuanto a la celebración del contrato de capital de garantía, el 17 de julio de 1996, condicionado a que la capitalización de La Fortaleza S.A. se efectuara por valor de

\$10.000 millones de pesos, aseguró que si la parte actora consideraba que las condiciones de dicho contrato eran lesivas para la sociedad por no ajustarse a las condiciones del mercado, debió demandarlo mediante acción contractual, por lo que frente a este hecho existe ineptitud sustantiva de la demanda.

Por el retiro del capital de garantía por parte de Fogafin, el 1 de octubre de 1996, considerada por la parte actora como una operación administrativa en la que dicho Fondo se excedió, sin que se dieran las condiciones establecidas en el acta No. 188 de 1996, precisó que la acción estaría caducada por cuanto la demanda se radicó el 26 de noviembre de 1999.

Frente a la oficialización de La Fortaleza S.A., mediante Resolución No. 003 del 10 de octubre de 1996, la parte actora reprocha que se hubiese reducido el valor de las acciones a un centavo, lo que habría traído como consecuencia que Fogafin suscribiera las mismas por \$4.803,3 millones de pesos, convirtiéndose en titular del 99.9% de las acciones en circulación. A este respecto, resaltó que se presentó ineptitud sustantiva de la demanda por acción indebida, pues lo procedente era atacar la legalidad de la mencionada resolución, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de reparación directa.

En lo atinente a la negativa de Fogafin a capitalizar a la sociedad La Fortaleza S.A., una vez se encontraba sujeta a toma de posesión, si se tiene en cuenta que la parte actora tuvo conocimiento de esa decisión desde el 10 de octubre de 1996, consideró que dicha fecha es la acertada para contar el término de caducidad de la acción, la cual se presentó el 26 de noviembre de 1999, es decir, vencido el mismo.

Finalmente, la toma de posesión por parte de la entonces Superintendencia Bancaria se materializó mediante resolución No. 1710 del 26 de noviembre de 1996, por lo que si los demandantes no estaban de acuerdo con dicha medida, debieron instaurar la acción de nulidad y restablecimiento y no la de reparación directa, razón por la cual, el *a quo* encontró que había ineptitud sustantiva de la demanda por acción indebida⁷.

⁷ Fls. 678 a 687 c 12.

7.- La impugnación

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, a fin de que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Entre los motivos de su inconformidad señaló que en la providencia impugnada se difuminó el acto de toma de posesión y cobraron cuerpo los actos, hechos y omisiones previos, que constituyeron los eslabones de esa cadena que llevó a La Fortaleza S.A. a su desaparición. Consideró que se trató de un sesgo del *a quo*, al ocuparse una a una de las caducidades que supuestamente afectaron a las hipotéticas acciones de la Administración.

Precisó que desde la interposición de la demanda insistió en la presencia de una *“secuencia concatenada de actos, hechos, situaciones y omisiones que empezaron al momento de la constitución de la sociedad (25/06/93) y que se extienden en el tiempo hasta los eventos que precipitaron la desaparición de la compañía”*. Así, expresamente le solicitó al Tribunal no detenerse en el estudio de las partes sino, por el contrario, tener en cuenta la interacción entre La Fortaleza S.A. y el Estado como un todo.

Reiteró que la actividad administrativa de las entidades demandadas, frente a la situación de estrechez financiera en la que se encontraron sorpresivamente los accionistas de La Fortaleza S.A. en 1995, fue unitaria: exigir, ordenar y derivar efectos jurídicos adversos ante la imposibilidad de cumplir con lo ordenado. Aseguró que se trató de un devenir ininterrumpido de actividad estatal porque los problemas de la compañía comenzaron desde su intervención, en la cual se encontraban presentes tanto Fogafin como la Superintendencia Bancaria, dado que las anomalías se presentaron bajo la vigilancia continua de esa entidad de control, *“que puso en marcha sus instrumentos sin reparar en la necesidad de mantener a flote la compañía y la tabla de salvación que debió lanzar el Fondo no fue tal”*.

Señaló que por esa condición de inseparables de los actos, los hechos y las omisiones de la Administración en sus diversas manifestaciones, la actividad de ese sector central de la rama ejecutiva en asuntos financieros se asimila a la noción de operación administrativa y, en todo caso, a la omisión general de ayuda y salvamento a una institución que bien podría estarle sirviendo a sus ahorradores. Razón por la cual, el término de caducidad de la acción de reparación directa, según su parecer, debería contarse a partir del 27 de noviembre de 1996, fecha en la cual se produjo la toma de posesión de La Fortaleza S.A., que cerró el conjunto de hechos, omisiones y operaciones constituyéndose en la causa del daño, de donde infirió que la acción fue presentada dentro del término legal.

Finalmente, en cuanto a la calidad de los accionistas, reiteró que se encuentra probada fehacientemente en el proceso, porque así quedó establecido en el dictamen pericial en el cual se expuso la estructura accionaria de La Fortaleza S.A., y se mencionó a cada uno de los demandantes con su porcentaje accionario, es decir, con dicha prueba se demostró que los demandantes fueron accionistas de la mencionada sociedad comercial⁸.

8.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

8.1.- El Fogafin consideró que la insidia que la parte demandante creyó hallar en las medidas controvertidas, como si se tratara de un caso típico de desviación de poder, no tuvo comprobación alguna, pues en la propia demanda admite que la inversión en La Fortaleza S.A. no resultaba atractiva, porque los eventuales inversionistas no estaban dispuestos a arriesgar en ese momento capitales de ese monto y, de haber sido así, probablemente hubieran canalizado sus recursos a otras inversiones más rentables.

⁸ Fls. 696 a 702 c12.

Resaltó que la aludida falla en el servicio no apareció demostrada, dado que el Fondo brindó la ayuda solicitada por La Fortaleza S.A., en las condiciones que los principios de la buena administración de los recursos públicos lo imponen⁹.

8.2.- La parte demandante reiteró que las omisiones y deficiencias de Fogafin y de la entonces Superintendencia Bancaria, respecto de la cartera cedida, tienen conexión directa con la orden impartida por la misma entidad de vigilancia para subsanar la situación precaria de mala cartera.

A estas falencias agregó la falla en el servicio de supervisión por parte de la citada Superintendencia que se percató, dos años más tarde, que existían problemas y vulnerabilidades y recordó que la cesión de activos y pasivos tuvo lugar en junio de 1993 y que la situación de cartera estuvo oculta o latente hasta septiembre de 1995, por lo cual cuestionó el hecho de que el organismo de control no hubiere ejercido con celo sus tareas respecto de una nueva entidad del sector financiero, máxime si era la depositaria de la actividad desarrollada por una sociedad nacionalizada bajo la vigilancia del Estado¹⁰.

8.3- La Superintendencia Financiera solicitó que se confirme la decisión de primera instancia, en virtud de que las supuestas omisiones en que incurrió esa entidad, tal como lo señaló la parte demandante, fueron anteriores a la expedición de la resolución que ordenó la toma de posesión de La Fortaleza S.A., esto es, el 26 de noviembre de 1996.

Insistió en que la demanda no indicó en qué calidad actúan las sociedades Fondo Interprofesional Unión Javeriana Fijar, Marval S.A., Diego Muñoz Tamayo, Ramiro Javier Felipe Cordovez Escobar y Confinvest S.A.

En relación con el incumplimiento del margen de solvencia, aseveró que La Fortaleza S.A. como profesional de su actividad para el momento de la cesión de activos, pasivos y contratos que fuera celebrada con Pronta S.A., conocía las normas a las cuales debía

⁹ Fls. 708 a 774 c 12.

¹⁰ Fls. 775 a 778 c 12.

sujetar su gestión, por tanto se encontraba en plena capacidad de ajustarse a lo dispuesto en la Resolución No. 1980 de 1994 y el Decreto 673 de 1994, es decir, la cartera de créditos recibida debía clasificarse, calificarse y provisionarse de conformidad con el régimen consagrado en dichas normas.

Concluyó que la entidad vigilada a través del desarrollo eficiente de su objeto social estaba en capacidad de ubicarse en las condiciones adecuadas para el cumplimiento de las normas sobre solvencia, lo cual no sucedió y empeoró su situación¹¹.

8.4.- El Ministerio Público manifestó que comparte en su totalidad la decisión del *a quo* y en consecuencia solicitó que se confirme la providencia impugnada.

Consideró que la parte demandante ejerció la acción equivocada, pues tal como se precisó en el recurso de apelación, el daño por el cual se reclama la indemnización obedeció a la toma de posesión de la entidad financiera La Fortaleza S.A., por parte de la entonces Superintendencia Bancaria, lo que, según el recurrente, ocurrió el 27 de noviembre de 1996 con la expedición de la Resolución No. 1710, decisión que fue impugnada por el representante legal del Fondo Interprofesional Unión Javeriana y confirmada mediante Resolución No. 114 del 31 de enero de 1997.

Señaló que la legalidad de dichos actos administrativos debió ser cuestionada mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, no a través de la de reparación directa, por lo que se presentó una ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.

Anotó, finalmente, que aunque en el expediente no obra constancia de notificación personal de la Resolución No. 114 del 31 de enero de 1997, lo cierto era que entre aquella fecha y el 26 de noviembre de 1998, cuando se presentó la demanda, trascurrieron casi 20 meses, por lo que el término para ejercer la acción de nulidad y

¹¹ Fls. 784 a 806 c 12

restablecimiento del derecho se encuentra superado y por ende operó el fenómeno de la caducidad¹².

II.- CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, para cuyo efecto se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia funcional del Consejo de Estado para conocer del presente asunto; **2)** la acción procedente en casos en que se atribuye responsabilidad al Estado por la falla en el servicio de inspección, vigilancia y control de entidades financieras; **3)** la caducidad de la acción; **4)** la legitimación en la causa por activa; **5)** las pruebas; **6)** la responsabilidad del Estado en el caso concreto.

1.- Competencia

Para que el asunto tenga vocación de doble instancia, la cuantía del proceso debe exceder de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al año 1998¹³. Dado que en la demanda se solicitaron \$9.957'694.258 por concepto de perjuicios materiales, cifra que supera la cuantía antes referida, se impone concluir que esta Corporación es competente para conocer, en segunda instancia, del recurso de apelación interpuesto.

2.- Acción procedente en casos en que se atribuye responsabilidad al Estado por la falla en el servicio de inspección, vigilancia y control de entidades financieras

En providencia del 25 de marzo de 2015¹⁴, esta Sala reiteró que tratándose de hechos u omisiones en la toma de posesión, en la liquidación obligatoria o en el incumplimiento del control, vigilancia e inspección por parte de la Superintendencia Financiera, demandables en ejercicio de la acción de reparación directa, ya no era preciso que hubiere concluido la liquidación de la entidad vigilada para que existiera un daño cierto y demandable.

¹² Fls. 779 a 783 c 12.

¹³ El salario mínimo legal mensual vigente para el año 1998 fue de \$203.826.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de marzo de 2015. exp. 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944). CP: Hernán Andrade Rincón.

Igualmente, citando providencia anterior sobre un caso similar, se indicó “...que, a pesar de que la entidad financiera esté intervenida y su liquidación aún no haya terminado, los usuarios -ahorradores o depositantes-, e incluso la misma entidad objeto de dicho procedimiento, pueden sufrir daños ciertos que generan perjuicios materiales e inmateriales”¹⁵ (Subrayas y negrillas de la Sala). Lo anterior, por cuanto los procedimientos previos a la liquidación e, incluso, durante la misma, pueden causar daños tanto a terceros como a las propias entidades financieras sujetas a intervención.

En consecuencia, la Sección consideró la procedencia de la acción de reparación directa cimentada en el funcionamiento anormal del servicio, en todos aquellos eventos derivados de: **i)** hechos u omisiones en la toma de posesión, **ii)** en la liquidación obligatoria y **iii)** en el incumplimiento del control, vigilancia e inspección.

Por tal razón, la Sala de Subsección estima que en el caso que ahora se examina la acción de reparación directa resulta procedente, por cuanto la causa *petendi* de la misma tiene como fin la declaratoria de responsabilidad del Estado por la falla en el servicio de vigilancia y supervisión por parte de la Superintendencia Financiera, que habría conducido a la liquidación de La fortaleza S.A., así como la responsabilidad solidaria de Fogafin por las fallas que condujeron a la reducción del valor nominal de las acciones de dicha sociedad a la suma de un centavo.

3.- La caducidad de la acción

Dado que en el *sub lite* se señaló de manera general que el daño consistía en la liquidación de La Fortaleza S.A., así como en la reducción del valor nominal de las acciones de dicha sociedad a la suma de un centavo, para hacer el respectivo conteo de caducidad se debe tener en cuenta que a la fecha de presentación de la demanda, la Superintendencia había hecho la toma de posesión de La Fortaleza S.A. con fines de liquidación, pero no se había terminado la misma, pues solo mediante Resolución No. 177 del 30 de septiembre de 2005¹⁶ el liquidador declaró que a partir de esa fecha

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 25000-23-26-000-1999-00228-01(27920), CP: Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶ Fls. 426 a 430 c1.

terminaba la existencia y representación legal de La Fortaleza S.A. C.F.C. EN LIQUIDACIÓN, lo cual supone la terminación del proceso de liquidación forzosa administrativa, previa publicación en un diario de amplia circulación nacional e inscripción en el registro mercantil.

De ahí que la fecha a considerarse para revisar término de caducidad es la de la Resolución No. 1710 del 26 de noviembre de 1996, notificada en la misma fecha al presidente de La Fortaleza S.A., según consta en el sello de notificación personal de dicho acto¹⁷, decisión que según el agente del Ministerio Público fue impugnada por el representante legal del Fondo Interprofesional Unión Javeriana y confirmada mediante Resolución No. 114 del **31 de enero de 1997**, de contarse la caducidad a partir del día siguiente, al no poderse verificar la fecha de notificación de este segundo acto, el término vencería el **1 de febrero de 1999**, incluso de contarse a partir del día siguiente a la notificación de la primera Resolución, caducaría al **27 de noviembre de 1998** y, la demanda fue presentada el **26 de noviembre de 1998**¹⁸, esto es, dentro del término legal previsto para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 numeral 8 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época.

Cabe precisar que en este caso la parte actora hace consistir la falla de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, en una “*secuencia concatenada de actos, hechos, situaciones y omisiones que empezaron al momento de la constitución de la sociedad (25/06/93) y que se extienden en el tiempo hasta los eventos que precipitaron la desaparición de la compañía*”. Quiere ello decir, que esa serie de omisiones o hechos de la Administración culminó con la toma de posesión, momento para el cual se podía hablar de un daño cierto y determinado, como quiera que el proceso de liquidación apenas iniciaba y solo culminó en el 2005, esto es, aproximadamente 8 años después de presentada la demanda.

Así las cosas, es para ese momento que la parte demandante considera la causación del daño a su compañía que daban por perdida con la toma de posesión, decisión que como ya se expuso fue objeto de los recursos de ley y confirmada, por lo que es a partir del día siguiente de la decisión de la toma de posesión que debe contarse el término de

¹⁷ Fls. 12 a 16 c 5.

¹⁸ Fls. 58 vuelto c 1.

caducidad de la acción de reparación directa, como ya lo ha advertido en casos similares esta Subsección¹⁹, además de que fue a partir de este momento que se materializó el daño, según la actora, consistente en las omisiones de la demandada durante el proceso de intervención, es decir, el fracaso de la intervención.

En cuanto a la reducción del valor nominal de las acciones de La Fortaleza S.A. al valor de un centavo por parte del Fogafin, esta ocurrió, según lo relata el mismo libelo²⁰, mediante Resolución No. 003 del **10 de octubre de 1996** de esa entidad, esto es, anterior a la toma de posesión y la demanda, como ya se indicó, se presentó el **26 de noviembre de 1998**, por fuera del término señalado en la norma antes citada, de manera que no puede juzgarse la supuesta falla en el servicio por parte del Fogafin, al haber vencido la oportunidad legal prevista para ello.

4.- La legitimación en la causa por activa

Se presentaron como demandantes el Fondo Interprofesional Unión Javeriana –Fijar-, Marval S.A., Diego Muñoz Tamayo, Ramiro Javier Felipe Cordovez Escobar y Confinvest S.A.

En cuanto a Marval S.A., su apoderado presentó desistimiento de la demanda, el cual fue aceptado mediante auto del 26 de noviembre de 2002, por tanto quedó desvinculado del proceso²¹.

Frente al resto de los accionantes, estos se encuentran plenamente identificados en el acta No. 05 del 20 de marzo de 1996 de la asamblea general de accionistas de La

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de marzo de 2015. exp. 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944). CP: Hernán Andrade Rincón: *“Dado que, en el sub lite se señaló de manera general que el daño consistía en la pérdida de los aportes de los demandantes con ocasión de la liquidación del BANCOOP, para hacer el respectivo conteo de caducidad, se debe tener en cuenta la fecha de terminación del proceso liquidatorio, por cuanto sólo hasta ese momento se podría hablar de un daño cierto y determinado; sin embargo, comoquiera que en el plenario no obra la resolución mediante la cual se dio por culminado el proceso de liquidación, tendrá en cuenta la fecha en que fue expedida el acta de liquidación final, esto es el 2 de febrero de 1999, por lo que, a partir de ese momento se puede evidenciar la supuesta imposibilidad de reintegrar los aportes a la entidad demandante; en consecuencia, los dos años consagrados en la ley para interponer la demanda se contarán a partir del día siguiente a la referida fecha, esto es, desde 3 de febrero de 1999”.*

²⁰ Fls. 27 y 28 c 1.

²¹ Fls. 259 y 260 c 1.

Fortaleza S.A., allegada como anexo No. 4 al dictamen pericial rendido por los peritos contadores así: Fondo Interprofesional Unión Javeriana –Fijar-, titular de 778.947 acciones; Ramiro Javier Felipe Cordovez Escobar, titular de 362.749 acciones; Confinvest S.A., 361.045 acciones y Diego Muñoz Tamayo, titular de 97.485 acciones²².

De ahí que probada su calidad de accionistas deviene su legitimación para actuar en el presente proceso como parte demandante, por su claro interés en la suerte de La Fortaleza S.A., objeto del litigio.

5.- Las pruebas

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron en el proceso, los siguientes **documentos** allegados en copia auténtica a través de oficio No. 8403 del 15 de diciembre de 2000:

-Certificado de existencia y representación legal de La Fortaleza S.A., constituida con el ánimo de recibir los activos, pasivos y contratos de Pronta S.A.²³.

-Resolución No. 2140 del 30 de junio de 1993, por la cual se autorizó la cesión parcial de activos y pasivos de Pronta S.A. a La Fortaleza S.A. por valor de \$35`000.000²⁴.

-Informe de inspección CFC-03 de 1994 de la Superintendencia Bancaria a La Fortaleza S.A.²⁵.

-Informe interno de inspección No- 03-94, periodo de la visita: 29 de abril al 15 de julio de 1994²⁶.

-Informe final del 18 de agosto de 1994 sobre La Fortaleza S.A.²⁷.

²² Fl. 375 c 1.

²³ Fls. 19 y 20 c 1.

²⁴ Fls. 1 y 2 c 7.

²⁵ Fls. 1 a 35 c 7.

²⁶ Fls. 129 a 145 c 7.

²⁷ Fls. 125 y 126 c 7.

-Oficio del 21 de septiembre de 1994, por el cual el intendente de Compañías de Financiamiento Comercial (E) otorgó a La Fortaleza S.A. una prórroga hasta el 26 de septiembre del mismo año para atender los diferentes aspectos contenidos en el informe CFC-03 de 1994²⁸.

-Oficios del 3 de noviembre y 1 de diciembre de 1994 y del 1 de marzo de 1995, a través de los cuales el Intendente de Compañías de Financiamiento Comercial (E), requirió a La Fortaleza S.A. a fin de que tomara las medidas necesarias para subsanar los puntos críticos señalados en el informe de visita CFC-03 de 1994 y, cumpliera los puntos del programa de control interno propuesto por la compañía, con ocasión de las inconsistencias detectadas luego de la visita de Inspección²⁹.

-Resolución No. 0082 del 20 de enero de 1995 por la cual la Superintendencia Bancaria sancionó a La Fortaleza S.A. en suma de \$8'000.000 por violación a diferentes normas de obligatoria observancia³⁰.

-Resolución No. 0547 del 17 de marzo de 1995 por la cual se confirmó el contenido de la Resolución No. 0082 del 20 de enero del mismo año³¹.

-Informe de inspección No. 10-95, periodo de la visita: 11 de septiembre al 22 de noviembre de 1995, cuyo objetivo fue *“verificar el adecuado cumplimiento de las disposiciones sobre evaluación de cartera contenidos en las resoluciones 1980 y 2195 de 1994, y evaluación de puntos específicos de acuerdo con lo establecido en la planeación de la visita”*³².

-Oficio del 29 de diciembre de 1995 por el cual el Superintendente Delegado de Servicios Financieros y Compañías impartió autorización al plan de ajuste de La Fortaleza S.A., bajo la condición de que esa sociedad cumpliera los distintos

²⁸ Fls. 116 y 117 c 7.

²⁹ Fls. 14 y 15, 52, 87 y 88 c 7.

³⁰ Fls. 22 a 33 c 7.

³¹ Fls. 7 a 12 c 7.

³² Fls. 507 a 535 c 7.

compromisos y advirtió que en caso contrario, se daría por terminado el programa convenido³³.

-Acta de compromiso suscrita el 24 de enero de 1996 entre el Superintendente Delegado de Servicios Financieros y Compañías y el presidente de La Fortaleza S.A.³⁴.

-Oficio del 2 de abril de 1996 a través del cual el Superintendente Delegado de Servicios Financieros y Compañías ordenó a La Fortaleza S.A. una serie de acciones para reestructurar el plan de ajuste, entre ellas, capitalizar la Compañía en la suma de \$4.000 millones adicionales al 15 de mayo de 1996³⁵.

-Oficio del 15 de mayo de 1996 por el cual el Superintendente Delegado de Servicios Financieros y Compañías consideró que dado *“que a la fecha no se ha dado cumplimiento al plan de capitalización acordado en el Acta de Compromiso suscrita el 24 de enero de 1996, como tampoco a los requerimientos adicionales de capital exigidos mediante comunicación 95042683-5 del 2 de abril de 1996, requiere que la compañía, dentro de un plazo improrrogable que se considera suficiente hasta el próximo 6 de junio, realice las gestiones y negocios jurídicos necesarios para que se suscriban y paguen, dentro de éste término, las acciones suficientes para cubrir en su totalidad la suma faltante para completar los \$10.000 millones indispensables para restablecer el equilibrio patrimonial y la relación de solvencia de la sociedad”*³⁶.

-Oficio del 6 de junio de 1996 en el que el superintendente bancario hizo unas precisiones a La Fortaleza S.A., respecto de la necesidad de capitalizarla y de la aprobación del reglamento de colocación de acciones³⁷.

-Oficio del 7 de junio de 1996, en el cual el superintendente bancario indicó a La Fortaleza S.A. las alternativas y decisiones administrativas para la entidad en atención a su situación financiera y económica³⁸.

³³ Fl. 274 c 7.

³⁴ Fls. 271 a 273 c 7.

³⁵ Fls. 276 a 278 c 7.

³⁶ Fls. 279 y 280 c 7.

³⁷ Fls. 237 y 238 c 6.

-Oficio del 24 de junio de 1996 a través del cual el Intendente de Compañías de Financiamiento Comercial requirió a La Fortaleza S.A. para que efectuara, con cargo al estado de resultados con corte al 30 de mayo de 1996, provisiones en inversiones, cuentas por cobrar diversas, multas y sanciones³⁹.

-Resolución No. 1226 del 15 de julio de 1996 “*por la cual se autoriza un reglamento de emisión y colocación de acciones*” a La Fortaleza S.A.⁴⁰

-Oficio del 25 de septiembre de 1996, en el cual el Superintendente Delegado de Servicios Financieros y Compañías hizo observaciones al contrato de capital garantía celebrado entre Fogafin y La Fortaleza S.A.⁴¹

-Oficio del 2 de octubre de 1996, por el cual la Superintendente Bancaria ordenó a La Fortaleza S.A. la suspensión de colocaciones y captaciones, debido a que la solvencia de situaba por debajo de los límites legales, hasta tanto la Compañía encontrara una solución a su necesidad de capitalización⁴².

-Resolución No. 1593 del 22 de octubre de 1996 “*por la cual se autoriza un reglamento de colocación de acciones*” a La Fortaleza S.A.⁴³.

-Resolución No. 1710 del 26 de noviembre de 1996 “*por medio de la cual se toma posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de LA FORTALEZA S.A. Compañía de Financiamiento Comercial*”⁴⁴.

-Resolución No. 007 del 26 de noviembre de 1996 “*por la cual se designa a un liquidador*”⁴⁵.

³⁸ Fls. 313 y 314 c 6.

³⁹ Fls. 286 y 287 c 6.

⁴⁰ Fls. 262 y 263 c 6.

⁴¹ Fls. 68 y 69 c 6.

⁴² Fls. 90 y 91 c 6.

⁴³ Fls. 75 a 77 c 6.

⁴⁴ Fls. 12 a 16 c 8.

⁴⁵ Fls. 10 y 11 c 6.

-Oficio del 9 de diciembre de 1996, a través del cual el Superintendente Bancario informó al Ministro de Hacienda y Crédito Público, las medidas adoptadas mediante Resolución No. 1710 del 26 de noviembre de 1996⁴⁶.

-Resolución No. 0114 del 31 de enero de 1997, por la cual se confirmó lo decidido en la Resolución No. 1710 del 26 de noviembre de 1996⁴⁷.

-Oficio del 31 de julio de 1997 del mismo funcionario, en el cual requirió explicaciones al liquidador de La Fortaleza S.A. por incumplimiento del plan de ajuste aprobado por la Superintendencia Bancaria, a fin de evaluar posible sanciones⁴⁸.

Se recibió **declaración al señor Mauricio Alejandro Reyes Duarte**, quien en su calidad de ex miembro de la junta directiva, manifestó que durante los años 1995 y 1996 los funcionarios de la Superintendencia Bancaria le ayudaron a hacer el saneamiento de La Fortaleza S.A.⁴⁹.

Se decretó como prueba conjunta **dictamen pericial** practicado por dos peritos contadores, cuyo objeto fue determinar los siguientes aspectos: *a)* la existencia, al momento de la cesión de activos, pasivos y contratos de Pronta S.A. a La Fortaleza S.A., de un vicio oculto consistente en una cartera de dudoso o imposible recaudo; *b)* la permanencia de dicho vicio entre el 30 de junio de 1993 y el 30 de septiembre de 1995; *c)* la correspondencia entre la cartera mala de que tratan los dos puntos anteriores y las provisiones ordenadas por la Superintendencia Bancaria; *d)* la relación de causalidad entre las provisiones impuestas por la Superintendencia Bancaria y las órdenes de capitalización de esa misma entidad; *e)* el monto de las inversiones que realizaron los demandantes en La Fortaleza S.A.; *f)* la gestión del Fogafin, las orientaciones de los gastos, los costos de gestión y operación, la razonabilidad de la gestión de la Compañía, la incidencia de los gastos de personal en los estados financieros y en las tasas reconocidas a los depositantes ahorradores y titulares de C.D.T.'S, el

⁴⁶ Fls. 444 y 445 c 8.

⁴⁷ Fls. 26 a 33 c 6.

⁴⁸ Fl. 439 c 8.

⁴⁹ Fls. 449 a 480 c 8 y 5 a 10 c 5.

cumplimiento de los accionistas y de La Fortaleza S.A. de las disposiciones sobre capitalización y la evolución de su situación financiera.

Sobre este último punto la Sala no hará pronunciamiento alguno, ya que como arriba se precisó, no habrá análisis de responsabilidad a cargo del Fogafin, por haberse presentado la demanda por fuera del término legal para el ejercicio de la acción de reparación directa en relación con este asunto.

En cuanto a los aspectos objeto de la pericia, en el dictamen se concluyó de forma general lo siguiente:

“En cuanto a la cartera clasificada como ORDINARIA, al momento de la cesión de activos, pasivos y contratos de Pronta S.A. no existió un vicio oculto consistente en una cartera de dudoso o imposible recaudo. Los suscritos peritos contadores públicos nos abstenemos de opinar en cuanto se refiere a la cartera correspondiente a las tarjetas de crédito, cartera extra cupo Pronta S.A., producto Pronta cheque y aceptaciones por no conocer los documentos referentes a dichas obligaciones.

“No existió vicio oculto consistente en una cartera de dudoso o imposible recaudo durante el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1993 y el 30 de septiembre de 1995, en cuanto se refiere a la cartera ordinaria. Los suscritos peritos contadores públicos nos abstenemos de opinar en cuanto se refiere a la cartera correspondiente a las tarjetas de crédito, cartera extra cupo Pronta S.A., producto Pronta cheque y aceptaciones por no conocer los documentos referentes a dichas obligaciones”⁵⁰ (Negrillas fuera de texto).

Por solicitud de la parte demandante⁵¹, los peritos **aclararon el dictamen en los siguientes** puntos: a) las técnicas estadísticas utilizadas; b) el método de muestreo aplicado sobre una parte de la cartera; c) si tuvieron o no en cuenta los criterios distintivos a la verificación de saldos de los clientes; d) si los saldos, a la fecha de corte establecida en el dictamen, correspondían a las amortizaciones pactadas para la cancelación de los mismos en los títulos de deuda; e) el por qué el experticio no tuvo en cuenta las evaluaciones y calificaciones de la cartera; f) la explicación acerca de si la cancelación de los créditos analizados obedeció al pago efectivo de los mismos; g) la mención de si el análisis de cartera incluyó el estudio de la necesidad de constitución de provisiones sobre la cartera cedida durante el periodo analizado; h) la razón de si en el

⁵⁰ Fls. 1 a 26 c 9.

⁵¹ Fls. 318 a 336 c 1.

análisis de evolución de la cartera ordinaria se verificó la causación, provisión y castigo de intereses devengados sobre los créditos; i) la explicación de si se analizó el coeficiente de cartera vencida sobre cartera total; j) la confirmación de si se tuvo en cuenta que las provisiones de la cartera de crédito había registrado un incremento del 273% en el periodo; k) la indicación de cuál fue el monto de la inversión realizada en La Fortaleza S.A. por cada uno de los demandantes y; h) el por qué las técnicas estadísticas aplicadas permitieron concluir que la muestra escogida era representativa de la cartera de La Fortaleza S.A.

La parte actora presentó **objeción por error grave al dictamen y su aclaración**⁵², señalando que el mismo consistió en que los peritos efectuaron un análisis sobre datos e información abiertamente incompletos que tampoco fueron verificados y, además, por una desviación en la utilización de la técnica de análisis.

Para determinar la existencia de error grave se decretó nuevo dictamen⁵³, el cual fue rendido por una contadora, en el que señaló entre otros aspectos, lo siguiente:

“Después de un análisis del dictamen del dictamen pericial presentado el 25 de agosto de 2003, la aclaración de dicho dictamen presentado el 14 de octubre de 2004, se puede concluir que para llevar a cabo la totalidad del análisis de la cartera manejada por La Fortaleza S.A., a partir de la cartera cedida por Pronta S.A., y los movimientos realizados por La Fortaleza S.A. Compañía de Financiamiento Comercial en Liquidación, propios del desarrollo de su objeto social, es indispensable solicitar al Liquidador Dr. Luis Felipe Londoño Soto, el Acta de Cesión de Activos de Pronta S.A. en Liquidación a La Fortaleza S.A. la cual debe incluir el detalle de la totalidad de la cartera de Pronta S.A. a junio 30 de 1993, soporte de la garantía del crédito y su calificación según la Superintendencia Bancaria a esa misma fecha.

*“En la opinión del Dr. Luis Felipe Londoño Soto, encontrar toda la información que es necesaria para llevar a cabo el dictamen, tal como lo solicita la parte actora, es un poco difícil debido al paso del tiempo y a que los archivos de la información no son muy completos y seguros. **En cuanto a los sistemas, se me informó por parte de la Dra. Doris Joya, Contadora actual de La Fortaleza, que en el año 1999 el sistema contable fue cambiado y no se tiene acceso al anterior.***

“Sin embargo, doy respuesta a la parte actora de acuerdo con los documentos que reposan en el proceso, el dictamen inicialmente presentado por los otros peritos y la aclaración rendida al mismo.

⁵² Fls. 341 a 353 c 1.

⁵³ Fls. 355 y 356 c 1.

(...).

“De acuerdo con los libros auxiliares de La Fortaleza S.A. Compañía de Financiamiento Comercial a junio 30 de 1993, la cartera se encontraba discriminada como aparece en el Anexo No. 2. Este total no presenta provisiones, ni ningún detalle que haga aclaración sobre la calificación de dicha cartera de acuerdo a las normas expedidas por la Superintendencia Bancaria.

“El Balance General de La Fortaleza S.A. presentado a diciembre 31 de 1993, presenta un anexo general de la cartera clasificada de acuerdo con la calificación expedida por la Superintendencia Bancaria, se encuentra en el Anexo No. 3. Adicionalmente a su vez este anexo muestra la cartera de acuerdo con las garantías que respaldan estas obligaciones y sus respectivas provisiones.

*“Analizando los Balances a diciembre 31 de 1994, se encuentra que **tanto la administración de La Fortaleza S.A. como el revisor fiscal certifican que la cartera es razonable y se encuentra cubierta en su totalidad por las provisiones realizadas a esas fechas y adicionalmente la califican de acuerdo con las normas expedidas por la Superintendencia Bancaria.***

(...).

“En este punto es importante aclarar que la labor realizada por los peritos que ya dictaminaron, es muy prudente y confiable al tomar una muestra significativa de la cartera, además [de] que no les fue posible conseguir la totalidad de la cartera cedida a La Fortaleza.

(...).

“Se aclara que los soportes de los movimientos de las cuentas de cartera, corresponden a créditos otorgados, recibos de caja correspondientes a abonos de los clientes, adicionalmente podrían encontrarse movimientos debido a ajustes, reclasificaciones, provisiones, notas de crédito y débito. Estos documentos para cada uno de los clientes en un volumen muy grande.

(...).

“Adicionalmente quiero aclarar al honorable Tribunal, que con el fin de poder llevar a cabo el peritaje asignado, visité la Superintendencia Bancaria donde me facilitaron las siguientes normas con respecto a las Compañías de Financiamiento Comercial: clasificación, valoración y contabilización de inversiones, reglas relativas a la gestión del riesgo de crédito y Circular Externa 050 de 2001”⁵⁴ (Negrillas fuera de texto).

La parte actora solicitó nueva aclaración del dictamen, en el sentido de que la auxiliar de la justicia certificara: a) si pudo determinar el monto total de la cartera de créditos, las evaluaciones y calificaciones de la misma; b) por qué consideró que la muestra

⁵⁴ Fls. 367 a 377 c 1.

significativa de cartera tomada por los peritos anteriores fue confiable y; c) si consideraba que su trabajo brindó elementos de juicio suficientes y necesarios para absolver todos los interrogantes del escrito de objeción⁵⁵, ante lo cual la perito contadora precisó lo siguiente:

*“Una vez analizados todos los documentos entregados por la Compañía de Financiamiento Comercial La Fortaleza S.A. en Liquidación, cuya copia también reposa en su despacho y, en vista, además, de que la solicitud que realicé según los folios 361 y 362 del expediente de fecha marzo 14 de 2005, la información no fue allegada a su despacho, **en el dictamen que reposa en su despacho aclaro que el análisis realizado al TOTAL DE LA CARTERA CEDIDA por Pronta S.A. a La Fortaleza S.A. se basa en los auxiliares a junio 30 de 1993.**”*

“Aclaro, además, que el CONTRATO DE CESIÓN DE ACTIVOS, PASIVOS Y CONTRATOS, celebrado con La Fortaleza S.A. Compañía de Financiamiento Comercial y la Compañía de Financiamiento Comercial de Promociones S.A. Pronta, con fecha junio 30 de 1993, cuya copia reposa en su despacho, tampoco relaciona el total, ni la discriminación de los valores de los créditos cedidos, mencionan el anexo No. 5, anexo No. 8, que no se han allegado al expediente.

“Después de lo anterior concluyo, que el análisis del total de la cartera cedida se realizó con base en los LIBROS AUXILIARES DFE LA FORTALEZA COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL a junio 30 de 1993.

“(…).

*“En el anexo No. 3, que se encuentra en el dictamen presentado a su despacho en julio 7 de 2005, **en mi condición de perito y para efectos del análisis del mismo anexo, incluyo una columna con el total de la cartera.**”*

“Aclaro que estos folios corresponden a la nota a los Estados Financieros a diciembre 31 de 1993, certificados por el revisor fiscal de La Fortaleza S.A. Compañía de Financiamiento Comercial y aprobados en Asamblea de Accionistas, como consta en el acta de la cual dicho análisis hace parte.

“(…).

*“Como ya es de su conocimiento, ante la dificultad de obtener los soportes uno a uno de los movimientos de cartera por cliente, en un lapso de tiempo que cubre desde junio 30 de 1993 hasta el momento de toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria, se concluye que no se podría determinar o certificar las evaluaciones y **calificaciones de la cartera de dichos periodos, excepto por los detalles finales de la cartera presentados en las actas de análisis de estados financieros al finalizarlos años 1993-1994 y 1995, cuyo análisis fue realizado durante el trabajo desarrollado por los peritos que dictaminaron en primera instancia, teniendo en cuenta un muestreo estadístico.**”*

“(…).

⁵⁵ Fls. 380 a 385 c 1.

“En cuanto a la selección realizada por los peritos anteriores, la muestra estadística es de un 69.78% del total de la cartera ordinaria, que es una muestra significativa, por tanto los peritos concluyen únicamente sobre la CARTERA ORDINARIA y “se abstienen de opinar en cuanto se refiere a la cartera correspondiente a las tarjetas de crédito, cartera extra cupo Pronta S.A., producto Pronta Cheque y aceptaciones, por no conocer los documentos referentes a dichas obligaciones.

“(…).

“Adicionalmente a esto, quiero dejar claro que en el desarrollo del trabajo asignado, me puse en contacto directo con el Dr. LUIS FELIPE LONDOÑO SOTO, tanto telefónicamente como personalmente, quien a su vez me puso en contacto con la Dra. Doris Joya, actual Contadora de la Compañía, quienes me colaboraron en la ubicación del archivo muerto donde no se encontró ningún detalle de la cartera solicitada y quienes me informaron que no podíamos tener acceso a la información por vía sistematizada, porque en el año 1999 cambiaron de sistema contable y no se tiene acceso al anterior.

“(…).

“Después de analizar el trabajo realizado tanto por los anteriores peritos como el realizado por mi parte, puedo considerar que por falta de los soportes no se podría dar claridad a todos los interrogantes planteados por la parte actora.

“Sólo puedo confirmar que las conclusiones de los dos peritos anteriores son razonablemente confiables en cuanto a la totalidad de la información recaudada, y que hace parte del expediente que reposa en su despacho”⁵⁶
(Negrillas fuera de texto).

Surtido el traslado correspondiente, la parte actora presentó escrito en el cual se pronunció respecto de la aclaración al dictamen rendido por la auxiliar de la justicia, en el cual manifestó que las aclaraciones efectuadas incurrieron en los mismos defectos graves en que incurrió el dictamen inicial, al admitir como válido un conjunto de datos insuficientes y asumir que los resultados de los primeros peritos son confiables. Solicitó que no se tuvieran como evidencia los dictámenes rendidos y, de oficio, se decretara uno nuevo con distintos peritos⁵⁷.

Seguidamente, por auto del 8 de noviembre de 2006, se ordenó a la perito rendir nuevo dictamen teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente y la requerida

⁵⁶ Fls. 391 a 399 c 1.

⁵⁷ Fls. 402 a 406 c 1.

a La Fortaleza S.A., según oficio que debía ser radicado en sus dependencias por parte de la auxiliar de la justicia⁵⁸.

Ante los múltiples inconvenientes para obtener la información de La Fortaleza S.A., respecto de la cual a partir del 30 de septiembre de 2005 ya se había declarado su terminación y cancelación de su representación legal, razón por la cual la parte actora informó que sus archivos estaban siendo administrados por la Sociedad Técnicas en Inventario y Almacenamiento Tial Ltda.⁵⁹, la perito Contadora rindió un informe final en el cual manifestó lo siguiente:

“Como es de su conocimiento, todos los esfuerzos realizados con el fin de llevar a cabo el análisis completo sobre las CUENTAS CEDIDAS por PRONTA S.A. EN LIQUIDACION a LA FORTALEZA COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL ya liquidada, han sido infructuosos.

“Después de un análisis detallado sobre los dos volúmenes que contienen:

- *Saldo de cartera con corte a junio 30 de 1993.*
- *Saldo de cartera con corte a julio 30 de 1993, el cual contiene saldo anterior, movimientos y nuevo saldo.*

“Pude llegar a la conclusión que hacen parte de un todo que no se ha podido completar.

“Ante las circunstancias concluyo que un mayor análisis, como el que solicita la parte actora, no es posible.

“Adjunto copia de los subtotales por ciudades correspondientes a los volúmenes ya dichos, con su respectivo cuadro resumen”⁶⁰ (Negrillas fuera de texto).

En cuanto a la objeción por error grave la jurisprudencia de esta Sala ha precisado que es aquel derivado de una observación equivocada del objeto del dictamen, cuando se concentra en **“materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia”**; siendo el presupuesto necesario para su formulación que el error **“haya sido determinante en las conclusiones del dictamen”⁶¹.**

⁵⁸ Fls. 408 y 409 c 1.

⁵⁹ Fls. 424 y 425 c 1.

⁶⁰ Fls. 498 a 515 c 1.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, exp. 76001-23-31-000-2003-00002-01(AP); M.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.



En este caso, la prueba pericial, sin duda, adoleció de graves deficiencias reconocidas por los peritos, consistentes en haber realizado su experticia con base en información incompleta, situación que no pudo ser subsanada a lo largo del proceso y, que finalmente, impidió que se cumpliera el objeto del dictamen.

De ahí que no se trata de una prueba confiable, suficiente, que arribara a unas conclusiones ciertas en cuanto a la finalidad para la cual fuera decretada, razón por la cual no se valorará, sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, no puede hablarse de la existencia de error grave, pues no se alteró la materia objeto del dictamen, simplemente, no pudo llevarse a cabo debido a la insuficiencia de la información requerida.

6.- La responsabilidad del Estado en el caso concreto

Como ya se precisó antes, se analizará la responsabilidad de la Superintendencia Financiera, por la supuesta *“falla en el servicio de vigilancia y supervisión que condujo a la liquidación de La Fortaleza S.A. Compañía de Financiamiento Comercial”*, pues respecto de la reducción del valor nominal de las acciones de dicha sociedad a la suma de un centavo por parte del Fogafin, la acción se encuentra caducada.

Como resulta evidente, la parte demandante estructuró su argumentación hacia la configuración de una falla del servicio, régimen que supone para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, tanto la acreditación del daño, como de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la Administración.

Con fundamento en lo anterior, la Sala debe establecer si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Superintendencia Financiera por una falla consistente en la omisión, retardo o ineficiencia en la prestación de los servicios a su cargo, en este caso, relativos a las funciones de inspección, vigilancia y control de entidades financieras.

Como ya lo señaló esta Sala frente a un caso similar⁶², el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero estableció, a cargo de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– importantes funciones y/o facultades⁶³, entre las cuales se destacan las siguientes:

“a. Funciones de control y vigilancia:

- Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera en que deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera en la cual deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades;

“b. Facultades de supervisión:

- Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de sus negocios o de los aspectos especiales que se requieran.

“c. Facultades de prevención y sanción:

*- **Tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presente alguno de los hechos previstos en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, a juicio del Superintendente Bancario, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público**”.* (Negrillas fuera de texto”).

El artículo 113 del referido Estatuto, consagró unas medidas preventivas para evitar la toma de posesión de bienes de aquellas entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, entre ellas las siguientes:

- “1. Vigilancia especial.*
- 2. Recapitalización.*
- 3. Administración fiduciaria.*
- 4. Cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución.*
- 5. Fusión.*
- 6. Programa de recuperación.*
- 7. Suspensión de la compensación de los saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales.*
- 8. Exclusión de activos y pasivos”.*

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944); M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁶³ Artículo 326 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF–.

Frente a la toma de posesión de bienes, el Decreto 663 de 1993⁶⁴ precisó unas causales, previo concepto del Consejo Asesor, a saber:

- a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;*
- b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;*
- c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, en relación con sus negocios;*
- d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria, debidamente expedidas;*
- e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;*
- f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura;*
- g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito;*
- h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria y que, a juicio de ésta, no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad;*
- i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;*
- j. Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados;*
- k. Cuando incumpla la orden de exclusión de activos y pasivos que le sea impartida por la Superintendencia Bancaria;*
- l. Cuando se incumpla el programa de desmonte progresivo acordado con la Superintendencia Bancaria”.*

A su turno, el artículo 20 de la Ley 510 de 1999 adicionó las siguientes causales:

- a. Cuando se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado.*
- b. Cuando haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general señale el Gobierno Nacional”.*

En el citado Estatuto se señaló que el objetivo⁶⁵ de la toma de posesión consiste en establecer si la entidad vigilada **i) debe ser objeto de liquidación; ii)** si es posible ponerla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social; **iii)** o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias. Las anteriores determinaciones deberán adoptarse por la Superintendencia

⁶⁴ Artículo 114 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 795 de 2003.

⁶⁵ Artículo 115 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999.

Bancaria en un término no mayor de dos meses, prorrogable por un término igual por dicha entidad⁶⁶.

A su turno, el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció la liquidación como consecuencia de la toma de posesión, fenómeno que implica **i)** la disolución de la entidad; **ii)** la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida, sean comerciales o civiles, estén caucionadas o no; **iii)** la formación de la masa de bienes; **iv)** la terminación automática al vencimiento de un plazo de dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo, de los contratos de seguros vigentes, cualquiera que sea su clase, celebrados por una entidad aseguradora respecto de la cual la Superintendencia Bancaria disponga la liquidación; **v)** los derechos laborales de los trabajadores gozarán de la correspondiente protección legal, en los procesos de liquidación⁶⁷.

Para los accionantes, se presentó una falta o falla o en el servicio por parte de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, que condujo a la liquidación de La Fortaleza S.A., tal daño no se había materializado a la fecha de presentación de la demanda, pero es claro que los accionantes lo previeron dado que la toma de posesión fue con esa finalidad y, en todo caso, no tiene discusión su ocurrencia habiéndose allegado al plenario la Resolución No. 177 del 30 de septiembre de 2005, por la cual el liquidador de dicha entidad declaró la terminación de la existencia y representación legal de la liquidada.

Frente a la falla o falta en los deberes de inspección, vigilancia y control a cargo de la demandada, se probó en el plenario que esta llevó a cabo todas las evaluaciones, inspecciones, visitas, requerimientos, informes y medidas adoptadas con anterioridad a la toma de posesión con fines de liquidación de la sociedad vigilada.

Esas actividades se reflejan desde el otorgamiento del permiso de funcionamiento (Resolución No. 2073 del 25 de junio de 1993); pasando por la autorización de una

⁶⁶ *Ibídem*.

⁶⁷ En términos similares a los expuestos en la presente providencia, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de junio de 2012, Expediente: 21.249, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



cesión parcial de activos y pasivos cuya determinación estuvo en cabeza de los accionistas de La Fortaleza S.A. (Resolución No. 2140 del 30 de junio de 1993); informes de inspección Nos. 03-94 y 10-95; las normas dispuestas en materia de provisión de cartera (Resolución No. 2410 del 10 de octubre de 1995); plan de ajuste celebrado el 24 de enero de 1996 con la sociedad sujeta a vigilancia; los oficios y comunicaciones del 15 de mayo y 29 de diciembre de 1995, 5 de enero, 2 de abril, 20 de junio y 10 de octubre de 1996 dirigidos al Presidente de La Fortaleza S.A., para que diera cumplimiento a las instrucciones, recomendaciones y observaciones provenientes de los informes de visita de inspección y, compromisos pactados en el plan de ajuste.

Previo a la toma de posesión con fines de liquidación, se destacan las siguientes acciones por parte de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-:

En el informe de inspección CFC-03 de 1994 de la Superintendencia Bancaria a La Fortaleza S.A. en el cual se evaluaron los siguientes aspectos: a) incumplimiento de leyes; b) insuficiencia de provisiones en la cartera de crédito masivo con más de 180 días de vencida; garantía real y de los intereses de la cartera de consumo categoría "E" garantía personal y provisión por contingencia de pérdidas probables; c) deficiencias en las cualidades de la información contable tales como errores en la contabilización de pagos a créditos por tarjeta crédito y crédito masivo, saldos contrarios a la naturaleza de la cuenta de CDT's, carencia de auxiliares contables e inconsistencias en la base de datos del aplicativo de tarjeta de crédito; d) deficiencias contables que incumplen las instrucciones previstas en el PUC; e) partidas pendientes de conciliar con antigüedad superior a 30 días tales como cuentas y cheques girados con más de 6 meses de expedidos sin contabilizar; f) deficiencias en el control interno de efectivo, conciliaciones bancarias, cartera de créditos, créditos a empleados y crédito masivo.

En el informe final del 18 de agosto de 1994 sobre La Fortaleza S.A.:

"Se determinó insuficiencia de provisiones por capital e intereses sobre la cartera de crédito categoría "E" por \$448 millones, con lo cual se estaría contraviniendo lo dispuesto en la letra f) del artículo 10 de la resolución 2053 de 1989.

“Se requiere, además de la provisión anterior, que la entidad visitada constituya provisión por contingencia de pérdida probable, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993, por el valor de \$364 millones, por cuanto se presentó una diferencia por igual suma, de un mayor valor en el balance con relación a los libros auxiliares; por cuanto no existen deudores claramente identificados que justifiquen el registro de la suma referida a favor de La Fortaleza S.A.”.

Igualmente, en el informe de inspección No. 10-95, por visita practicada entre el 11 de septiembre y el 22 de noviembre de 1995 a La Fortaleza S.A., se evaluaron entre otros temas: a) el incumplimiento de normas; la valorización del puesto de bolsa de Pronta Valores S.A.; b) la inadecuada contabilización del siniestro por fraude con tarjetas de crédito ocurrido en abril de 1995; c) el efectivo; d) las cuentas por cobrar; e) la cartera de créditos; f) la provisión para ajustar los activos fijos a precios de mercado; g) la inadecuada causación de ingresos; h) la incidencia de las provisiones adicionales determinadas por la Comisión de Visita; i) las deficiencias de control.

En dicho informe se concluyó el incumplimiento de varias normas y serias deficiencias por parte de La Fortaleza S.A. en cada uno de los ítems evaluados, ante lo cual se hicieron las observaciones y se solicitaron las aclaraciones respectivas a la visitada.

Además, en el acta de compromiso suscrita el 24 de enero de 1996 entre el Superintendente Delegado de Servicios Financieros y Compañías y el presidente de La Fortaleza S.A., se convino que *“la aludida Compañía dentro del periodo comprendido entre el primer día del mes de diciembre de 1995 y el 30 de septiembre de 1996 acometa una serie de actividades y gestiones orientadas exclusivamente a alcanzar gradualmente las metas relacionadas con la normalización de capital adecuado”.*

También se demostró con base en los múltiples oficios allegados al plenario, el intercambio de comunicaciones entre la entidad vigilada y la de control, consistentes en requerimientos a la sociedad comercial para que diera cumplimiento a lo dispuesto en los informes de visita, planes de ajuste, capitalización y compromisos efectuados con el órgano de vigilancia, así como de la misma inspeccionada, solicitando prórrogas para acatar efectivamente tales exigencias.



Finalmente, en la Resolución No. 1017 del 26 de noviembre de 1996 por la cual la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, tomó posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de La Fortaleza S.A., se hizo el recuento de todo lo actuado así como del incumplimiento por parte de la vigilada, de las obligaciones para restablecer un margen de solvencia adecuado, concluyéndose lo siguiente:

“Que en virtud de los hechos y de las situaciones anteriormente expuestas, las cuales se hallan debidamente acreditadas en la presente actuación administrativa, es evidente que a la fecha LA FORTALEZA S.A. ha incurrido en la siguientes causales de toma de posesión:

- a) Incumplimiento del margen de solvencia en los meses comprendidos entre octubre y diciembre de 1995, enero y octubre de 1996, excepto agosto del presente año, esto es durante once (11) meses consecutivos, en oposición a lo requerido por el artículo 2º del decreto 673 de 1994, circunstancia que la aboca en la causal señalada por el literal e) del artículo 114 ibídem.*
- b) Incumplimiento reiterado de las órdenes de capitalización impartidas por esta Superintendencia en la forma y condiciones antes indicadas, con lo cual tiene ocurrencia la causal contemplada en el literal d) del artículo 114 ibídem.*
- c) Reducción del patrimonio neto de la compañía por debajo del 50% del capital suscrito en los meses anotados, con lo cual se configura la ocurrencia de la causal establecida en la letra g) del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.*

De toda esa actividad se deduce, sin mayores elucubraciones, que la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, no omitió, descuidó o retardó sus deberes de inspección, control y vigilancia, respecto de La Fortaleza S.A., menos aún durante su intervención hasta la toma de posesión de bienes, haberes y negocios con fines de liquidación, pues son claras las gestiones encaminadas a que la entidad vigilada pudiera continuar con el desarrollo de su objeto social, pese a los inconvenientes y problemas de solvencia y cumplimiento de todo tipo de normas de orden financiero.

Ahora, en torno a que con su gestión pudo haberse evitado la toma de posesión y consecuente liquidación, cabe precisar que la función de supervisión de la Superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los accionistas y/o depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, por el contrario, tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las

entidades que desarrollan ese tipo de actividades, comoquiera que la obligación de la Superintendencia es de medio y no de resultado.

Así lo ha resaltado esta Subsección al señalar:

*“Sobre este punto, vale la pena resaltar que **la obligación a cargo de la Superintendencia no es de resultado**, pues según la carga obligacional contenida en el EOSF, la cual se expuso en precedencia, **sólo está obligada a revisar la actividad de las establecimientos financieros y a vigilar y controlar dicha actividad, pero no a cogerionar o evitar los riesgos propios del sistema financiero**”⁶⁸ (Negrillas fuera de texto).*

Como pudo verificarse durante la actuación administrativa de intervención, no fue una falla en el servicio a cargo del ente de vigilancia la que condujo a la liquidación de La Fortaleza S.A., sino los constantes incumplimientos por parte de la vigilada frente a los requerimientos de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, la que llevó a sociedad comercial a incurrir en las causales de toma de posesión con fines de liquidación consagradas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ello es corroborado por el testigo Mauricio Alejandro Reyes Duarte, miembro de la Junta Directiva del Fondo Interprofesional Unión Javeriana –Fijar-, invitado a participar como accionista de La Fortaleza S.A., quien manifestó respecto de la gestión de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera- lo siguiente:

“...no obstante, debo reconocer la gran colaboración que recibí de la Superintendencia Bancaria que me ayudó desde finales del 95 y durante 1996 a hacer todo el saneamiento financiero de La Fortaleza, de tal forma que para junio de 1996, ya La Fortaleza podía considerar la llegada de nuevos accionistas”⁶⁹.

Así las cosas, no procede la imputación del daño a la Administración, en este caso, pues como se ha precisado en providencia reciente de esta Subsección: *“la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las*

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944); M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁹ Fls. 468 a 475 c 8.

entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor”⁷⁰.

Forzoso es concluir entonces, que ninguna responsabilidad puede endilgarse a la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera-, razón por la cual habrá de modificarse el fallo apelado en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, no como consecuencia de declarar probadas las excepciones de acción indebida y caducidad de la acción, como lo hizo el *a quo*, sino por ausencia de la falla en el servicio aludida por los demandantes.

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

F A L L A :

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 16 de abril de 2008 y, en su lugar, **disponer** lo siguiente:

“1.- Declarar que no existió error grave en el dictamen pericial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2.- Denegar las pretensiones de la demanda.

3.- Sin condena en costas”.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMÍTASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

⁷⁰ Sentencia del 26 de febrero de 2015, Expediente: 27544.



HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA