

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SESENTA Y SEIS (66) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-

Bogotá, veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	11001333103520110000200
DEMANDANTE:	ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS:	NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
CONTROVERSIA:	FALLA EN EL SERVICIO

1. ANTECEDENTES

El señor Alejandro Robayo Nieto, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se hagan las siguientes:

DECLARACIONES

***“PRIMERA.** Que la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son responsables del daño antijurídico causado a mi poderdante por la falla del servicio en que incurrieron, al no ejercer la inspección, vigilancia y control sobre la actividad financiera cumplida por la firma DMG GRUPO HOLDING S.A., que sin licencia de lo SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, se apropió de la suma de SESENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS M/cte. (\$68.000.000), que de buena fe le entregó mi procurado en efectivo, como se demuestra en el Capítulo de Hechos, numeral sexto.*

***SEGUNDA.** Que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a mi poderdante ALEJANDRO ROBAYO NIETO la indemnización por el daño antijurídico ocasionado (perjuicios morales y materiales) por la omisión de las demandadas, incluidos los períodos consolidado que comprende desde el 20 de noviembre de 2008 hasta la fecha de presentación de lo demanda y futuro o anticipado, desde la presentación de la demanda hasta la fecha del fallo que se produzca.*

***TERCERA.** Que el monto de lo condeno se indexe de acuerdo al incremento del índice de precios al consumidor y se reconozcan los intereses que la ley establece de conformidad a lo ordenado por el artículo 178 del C. C. A.*

***CUARTA.** Que a la sentencia que se profiera se dé cumplimiento conforme al procedimiento previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

QUINTA. *Que de conformidad al artículo 90 de la Constitución Nacional, esta acción se repita contra los servidores públicos responsables del daño antijurídico causado por omisión.”*

Como **HECHOS** relató los siguientes:

“PRIMERO. La firma DMG GRUPO HOLDING S.A. con Matrícula Mercantil 01609898 de 22 de junio de 2006, Nit 900091410.0 de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, inició la actividad de captación de dinero del público en diferentes lugares del país, originalmente bajo la razón social GRUPO DMG SA, Nit 90003100001-5 de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, régimen común, Matricula Mercantil 01486068 de junio 7 de 2005 (Ver Anexo 2), sin cumplir los requisitos establecidos por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de abril 2 de 1993.

SEGUNDO. Es de público conocimiento y de ello dieron cuenta diferentes medios de comunicación, la existencia de organizaciones privadas, entre las cuales se mencionan reiteradamente DMG GRUPO HOLDING y otras que operando con visos de legalidad como NIT e inscripción en la Cámara de Comercio, se establecieron en distintos lugares del país para captar dineros sin la correspondiente autorización y bajo la permisividad de las autoridades de control, como consta en la publicación de El Tiempo del 13 de noviembre de 2008, que acompaño. (Anexo 3).

TERCERO. Fue tan notoria la aceptación de las pirámides por parte de las autoridades públicas, que diferentes entidades territoriales, departamentales y municipales, entregaron dineros del erario público como lo registró el Diario El Tiempo del jueves 27 de noviembre de 2008, página 1-4. (Anexo 4).

CUARTO. La POLICIA NACIONAL, organismo del Estado encargado de mantener el orden público entre los ciudadanos, hizo presencia en las instalaciones de diferentes pirámides para evitar el desorden, imprimiendo seguridad y confianza en la ciudadanía, llegándose al caso de que varios miembros de la institución les hicieron depósitos de dinero. Así lo registra El Tiempo del martes 2 de diciembre de 2008, Pág. 1-1 y 1-3. (Anexo 5).

QUINTO. Instituciones como el Congreso de la República, estuvieron involucradas en las actividades de lobby adelantadas por los gestores de las pirámides. Prueba de ello, las publicaciones aparecidas en El Tiempo durante los días 21, 22 y 26 de noviembre de 2008 Pág. 1-4, con los siguientes titulares: “DMG ordenó poner \$760 millones para lobby en el Congreso”; “Sin papá, “mico” que ayudaría a DMG” y “Revelan otra grabación de lobby de DMG”, respectivamente y domingo 21 de diciembre Pág. 1-1 y 1-4, bajo el titular: “La extraña cumbre de 25 políticos con DMG” y “DMG alquiló cinco mansiones para reunir a 25 alcaldes y gobernadores”. (Anexo 6).

SEXTO. Con base en la aparente legalidad del establecimiento comercial denominado DMG GRUPO HOLDING S.A., mi poderdante, como muchas otras personas en el territorio nacional, entregó a la captadora ilegal la suma de \$ 68.000.000 así: \$30.000.000 y \$20.000.000 respaldados con tarjetas entregadas al Banco Agrario de Ubaté el 27 de noviembre de 2008 y a las que se refieren las comunicaciones surtidas entre mi procurado y la Superintendencia de Sociedades, bajo las radicaciones 2008-01-235906 de noviembre 18 de 2008; 2008-01-238143 y 2008-01-238149 de noviembre 20

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

de 2008; 2009-01-002359 y 2009-01-002390 de enero 7 de 2009; 55-218 de diciembre 3 de 2008 de la Agente Interventora de DMG Grupo Holding S.A. María Mercedes Perry Ferreira. (Anexo 7).

SÉPTIMO. En la edición del El Tiempo correspondiente al 14 de noviembre de 2008, Págs. 1-1 y 1-3, se da cuenta de la alteración del orden público en diferentes ciudades del país; se destaca la propuesta del director de FENALCO para decretar la emergencia económica a fin de contener el descalabro de las pirámides y se enfrentan el Gobierno y la Fiscalía por el manejo de información y denuncias sobre la existencia y actividades de las empresas captadoras de recursos provenientes del público de manera irregular (Anexo 8).

OCTAVO: El Espectador virtual del 22 de noviembre de 2008 a las 12:52 am dio a conocer un artículo suscrito por Mauricio Botero Caicedo intitulado “Pirámides: culpa del Estado?”, en donde se da cuenta del hecho anterior y del nombre de los prestigiosos abogados que “directa o indirectamente aportaron sus luces en un intento de justificarlas jurídicamente, para impedir que el Estado las desmantelara”. (Anexo 9).

NOVENO. Diferentes medios entre ellos la Revista Semana del 17 de noviembre de 2008, Pág. 32, 33, 34 y 35, dieron cuenta de la caótica situación generada entre las diferentes entidades del Estado que se inculpaban mutuamente la responsabilidad omisiva en el control de las operaciones ilícitas realizadas por la firma DMG GRUPO HOLDING S.A., que llegó a su punto culminante cuando el señor Presidente de la República doctor Álvaro Uribe Vélez, admitió la culpa del Estado por omisión, cuando manifestó: “Me arrepiento por no haber tomado medidas a tiempo”(Anexo 10) y en Radio Caracol del 13 de noviembre de 2008: “Es una lástima que toda la discusión jurídica nos lleve a una intervención tardía. El Gobierno lo reconoce pero haremos todo el esfuerzo por erradicar definitivamente estas prácticas que tanto daño le hacen a la patria”. “Pasamos mucho rato con un discurso sin eco. La Fiscalía General de la Nación, desde hace un año nos viene pidiendo aplazamiento en las intervenciones administrativas con el argumento de que ellos no quieren investigar solamente el posible delito de captación ilegal y masiva de recursos, sino el delito de lavado de activos contra esas pirámides, precisó el mandatario”. (Anexo 11).

DECIMO. El sábado 15 de noviembre El Tiempo, en los Págs. 1-1 y 1-4 informa sobre la salida del Superintendente Financiero César Pardo Villegas por el escándalo de las pirámides, luego de una reunión de urgencia en Palacio Presidencial. (Anexo 12).

DECIMO PRIMERO. Desde un consejo comunal en la ciudad de Barranquilla, el señor Presidente de la República, doctor ALVARO URIBE VELEZ endilgó a la Fiscalía General de la Nación responsabilidad por haber ocultado pruebas que según él manifestó en esa oportunidad, le había entregado la Policía Nacional al ente instructor. El Tiempo, diciembre 5, 2008. Pág. 1-5. (Anexo 13).

DECIMO SEGUNDO. El Director General de la Policía Mayor General OSCAR ADOLFO NARANJO TRUJILLO, según información de prensa de El Tiempo (Ver Anexo 13), había entregado oportunamente las pruebas de ilegalidad de las operaciones realizadas por DMG a la Fiscalía General de la Nación.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DECIMO TERCERO. Por su parte, el Fiscal General de la Nación en entrevista publicada por El Tiempo el 28 de diciembre de 2008, Pág. 1-11, replica al Presidente Uribe sobre las inculpaciones hechas a la entidad que dirige y en publicación de enero 10 de 2009 del Diario El Tiempo, Pag. 1-3, da cuenta de que DMG lavó \$245.000 millones. (Anexo 14).

DECIMO CUARTO. Para atender las reclamaciones y todo lo atinente a la captación ilícita de dineros, el Gobierno Nacional decretó la emergencia social y expidió decretos legislativos para conjurar la situación creada por las pirámides. El Tiempo, noviembre 17 y noviembre 18 de 2008, Págs. 1-2 y 1-3. (Anexo 15).

DECIMO QUINTO. Mediante convocatoria pública el Gobierno convocó a los ciudadanos a una reunión en el Estadio El Campín de Bogotá para que presentaran su reclamación y entregaran los comprobantes que como constancia de los depósitos habían recibido de las empresas captadoras ilegales. Diario El Tiempo de noviembre 29 de 2008, Pág. 1-1 y 1-7. (Anexo 16).

DECIMO SEXTO. Los medios dieron cuenta de que gran cantidad de los documentos incluidas tarjetas, entregados por los damnificados, fueron encontrados en basureros, circunstancia que generó desconfianza entre la ciudadanía, que en adelante se abstuvo de entregarlas. El Tiempo del 3 de noviembre de 2009, transcurrido un año del derrumbe de los pirámides, bajo el título "PIRAMIDES SOLO DEJARON POBREZA Y SUICIDIOS", Págs. 1-1 a 1-3 relaciona hechos significativos de circunstancias dolorosas vividas en varias regiones del país que reflejan el daño moral ocasionado a los ahorradores por la estafa de que fueron víctimas a causa de la omisión de las autoridades estatales en ejercer la inspección, vigilancia y control a la captación de dinero provenientes del público. (Anexo 17).

DÉCIMO SÉPTIMO. Para corroborar la captación ilícita de dineros provenientes del público, me remito a las Resoluciones: 1634 de septiembre 12 de 2007, por medio de la cual se adoptaron las siguientes medidas respecto de GRUPO DMG S.A. (transcribe los ordinales primero al noveno del resuelve).

- 1806 de octubre de 2007, que decidiendo la apelación interpuesta contra la anterior, la confirmó en todas sus partes.
- Auto Nro. 400-014073 de noviembre 17 de 2008, inscrito el 20 de noviembre siguiente bajo el número 00003343 del Libro 03 de la Cámara de Comercio, como consta en el certificado de existencia y representación legal que acompaño, mediante el cual la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES intervino la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.

DECIMO OCTAVO. Al concluir la investigación adelantada por estos hechos, el Procurador General de la Nación en decisión comunicada a la prensa nacional, publicada por el periódico El Tiempo en edición del 13 de octubre de 2010, Pág. 11, formuló pliego de cargos contra el ex Superintendente Financiero CESAR PARDO VILLEGAS, tres superintendentes delegados y tres directores de esa entidad, por "que pese a estar advertidos, y disponer de medios e instrumentos para intervenir, no lo hicieron"; "la falta implementación de medidas y efectivas y oportunas por parte de lo

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Superintendencia para contrarrestar las irregularidades administrativas, pudo dar lugar o que proliferara el fenómeno de las pirámides", corroborando la falla del servicio en que incurrieron las autoridades públicas encargadas de la inspección, vigilancia y control de la actividad captadora de dineros del público. (Anexo 19).

DECIMO NOVENO. De acuerdo con los hechos anteriores, las entidades demandadas MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA y FISCALIA GENERAL DE LA NACION no cumplieron con las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las captadoras de dinero proveniente del público las dos primeras, y la tercera de por no haber adelantado oportunamente las investigaciones correspondientes a hechos ilícitos de los que tenía conocimiento y que fueron de notoria y pública ocurrencia."

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Cita las siguientes normas y desarrolla los siguientes conceptos de violación:

"Preámbulo... artículos 1... 2... 6... de la Constitución Política. Citados los preceptos anteriores, el demandante aduce que estos "fueron desconocidos por los servidores públicos que permitieron la implantación de un orden económico y social injusto, atentaron contra la dignidad y el trabajo de las personas y olvidaron el deber fundamental de proteger los bienes de los residentes en Colombia. Esta omisión los hace responsables por infringir los mandatos superiores invocados."

Afirma que la Constitución Política consagra como obligación del Estado (artículo 90) la reparación patrimonial por el daño antijurídico que le sea imputable ocasionado por la acción o la omisión de los servidores públicos, "que en el caso presente se materializa en su inactividad que fue reconocida públicamente por el señor Presidente de la República en su oportunidad, y ahora por el Jefe del Ministerio Público".

Relaciona el artículo 189 de la Constitución Política, transcribe los deberes del Presidente de la República contenidos en los numerales 24 y 25. Afirma que los cumple por medio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que a su vez los delega en el Superintendente Financiero, entidad que está obligada a atender los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (inciso primero del artículo 209 ibídem).

Cita el artículo 250 constitucional, anterior a la modificación efectuada por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002, aduce: "Por las informaciones suministradas por los medios de comunicación a raíz del desplome de las pirámides y la información del señor Presidente de la República en el Consejo Comunal de Barranquilla del día 4 de diciembre de 2008, se estableció que la Fiscalía General de la Nación omitió darle cumplimiento a las obligaciones relacionadas en el artículo transcrito y esa omisión me permite concluir a esta dependencia como responsable también del daño antijurídico ocasionado y por consiguiente de la obligación de acudir al resarcimiento de los perjuicios ocasionados a mi procurado".

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Señala que habiéndose *“regulado la actividad financiera, bursátil y aseguradora relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, como lo dispone el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, estas actividades adquieren el carácter de interés público y solamente pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme o lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero EOSF.*

En el caso de DMG GRUPO HOLDING S.A., la inspección, vigilancia y control que estaba obligada a ejercer la Superintendencia Financiera de Colombia, no se cumplió y prueba de ello es que solo hasta el 17 de noviembre de 2008, mediante Auto 400-014-073, inscrito el 20 de noviembre siguiente, bajo el número 03343 del Libro III, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ordenó la intervención de la SOCIEDAD GRUPO HOLDING S.A. NIT 900.091.410 “mediante la toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios (...),” luego de más de tres años de actividad, defraudando la confianza pública y vulnerando la seguridad jurídica que generó el ejercicio de una actividad ilícita con fachada de establecimiento financiero, con la anuencia, permisividad y complicidad de las autoridades públicas”.

Trae a colación la Ley 35 de 1993; el Decreto 663 de abril 5 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) artículos 1 – 2; el Decreto 246 de enero 28 de 2004 artículos 1, 3 y 6; el Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005, artículo 8, 11, 13, 15 y 16. Anota lo siguiente: *“La Ley 35 de 1993 y los Decretos 663 de 1993, 246 de 2004 y 4327 de 2005, conforman el andamiaje jurídico sobre el cual se estructura el debido proceso administrativo que debían aplicar los entes encargados de cumplir la función presidencial señalada en los numerales 24 y 25 del artículo 189 de la Constitución, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, para ejercer la inspección, vigilancia y control de las personas captadoras de recursos provenientes del público, que no observaron a pesar de contar con un estatuto orgánico para el sistema financiero dotado, inclusive, de facultades jurisdiccionales.*

Tampoco la Fiscalía General de la Nación, a pesar de haber recibido la información suficiente cumplió su obligación de investigar la ocurrencia de los ilícitos en desarrollo de la captación de dineros provenientes del público, tan publicitados desde tiempo atrás.”

Dentro del concepto de violación, esgrime: *“Para que haya lugar a la reparación del daño antijurídico ocasionado por la acción o la omisión de los servidores públicos, la jurisprudencia determina que debe estructurarse una falla del servicio, la causación de un daño y una relación de causalidad entre aquella y este, conceptos que preciso en las siguientes consideraciones:*

4.1. FALLA DEL SERVICIO

“Si “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”; si el Congreso de la República, en desarrollo de las funciones que le asigna el artículo 150 de la Constitución, numeral 19 “Dictar las normas generales y señalar en ellos 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,

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público," ha legislado sobre la materia y el Gobierno ejercido la facultad reglamentaria, existía la normatividad jurídica suficiente para que el MINISTERIO DE HACIENDA, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA y la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, actuaran en defensa de los bienes de los ciudadanos.

La omisión en el cumplimiento de estas obligaciones, estructura una falla del servicio, contrario al concepto contenido en el artículo 1° de la Carta ... pues de manera protuberante se omite la prestación de un servicio para el cual contribuye el ciudadano de manera generosa tributando con más del sesenta por ciento (60%) de sus ingresos personales, para sostener al Estado, entregarle el monopolio de lo economía y recibir como contraprestación la efectividad de los principios y derechos fundamentales establecidos como marco total de su estructura.

Resulta frustrante que mientras el Gobierno a diario incremento la base impositiva para gravar a los contribuyentes, los abandone a la voracidad de los mercaderes del dinero ante la inepta y a veces complaciente mirada de las autoridades públicas”.

4.2. DAÑO

Determinada la falla del servicio por omisión de los servidores públicos, surge necesariamente la ocurrencia del daño antijurídico que debe indemnizar el Estado como compensación por el incumplimiento de sus obligaciones.

La confianza y seguridad que generó la tolerancia, presencia y anuencia de los servidores públicos en torno a las pirámides captadoras ilegales de dineros, propició que los ciudadanos acudieron presurosos a invertir su patrimonio ante las jugosas utilidades ofrecidas.

Es el caso de mi representada MARIA NATIVIDAD ESTUPIÑAN PARADA, quien no vaciló en invertir el producto de su trabajo en cuantía de diez millones de pesos M/Cte.

4.3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Si las autoridades públicas hubieran cumplido la función de inspeccionar, vigilar y controlar a las personas dedicadas a la captación de recursos provenientes del público, no habría tenido ocurrencia la defraudación a que se vio sometida gran parte de la sociedad colombiana y concretamente mi procurado, ocurriendo la evidente relación de causalidad, entre la falla del servicio y el daño sufrido.”

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Esta accionada se opuso a la totalidad de las pretensiones y fundamentos de derecho invocados y realizó un extenso pronunciamiento sobre los hechos.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

❖ FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA INDICA:

Hecho 1. Se equivoca al pretender unificar las sociedades DMG SA y DMG GRUPO HOLDING SA. bajo una misma razón social.

Agrega, respecto de la diligencia de la entidad lo siguiente:

“...prescinde (la parte actora) de explicar aspectos relevantes como el ramo del mercado de bienes y servicios en que llegaron a operar, las actividades propias del objeto social registrado que eventualmente promocionaron, la entidad de supervisión a la que supuestamente estuvieron sometidas, los términos del novedoso negocio ofrecido, etc., olvido en el que intencionalmente se incurre para impedir que se desvele la realidad sobre la ilegalidad de dicha modalidad de captación... teniendo en cuenta entonces que la parte actora deliberadamente omite explicar los alcances de esa modalidad de captación que inicialmente y en forma subrepticia desarrolló la sociedad DMG S. A. (y que luego copió DMG GRUPO HOLDING SA) para captar dineros del público sin autorización previa...En primer término debe aclararse que aun cuando las dos sociedades que indistintamente son citadas por la parte actora, mimetizaron su operación de captación de recursos del público sin autorización legal previa a través del sofisticado sistema de las tarjetas prepago, tanto DMG S. A. como DMG GRUPO HOLDING S. A., responden a sociedades totalmente diferentes atendidos los términos de su constitución y vigencia en el tiempo. En relación con la primera y habiendo establecido mi representada dentro de la actuación administrativa que al efecto inició que bajo ese sistema de negocio simulado estaba captando recursos del público sin autorización legal, le impuso como medida cautelar la orden de suspender tales operaciones. La segunda, constituida por los mismos accionistas, para burlar los efectos de las órdenes impuestas contra DMG S. A. fue objeto de las medidas administrativas dispuestas en el marco del Decreto 4334 de 2008 por parte de la Superintendencia de Sociedades. (...)”

Hace alusión a que ante las consultas que por el tema DMG se hicieron a la entidad, “funcionarios de la Superintendencia realizaron tres visitas de inspección a la oficina principal de dicha sociedad como a algunas sucursales; la primera durante el período comprendido entre el 25 al 31 de mayo de 2006; la segunda por el período comprendido entre el 7 y 15 de noviembre de 2006 y la tercera entre el 14 de mayo y el 2 de junio de 2007

Paralelamente y ante la serie de consultas formuladas respecto de si la sociedad GRUPO DMG S.A. era una entidad financiera autorizada para captar recursos del público, la Superintendencia, como medida de prevención y para proteger los derechos de terceros de buena fe, publicó un aviso en el Diario “El Tiempo” durante los días 23, 24, 30 y 31 de diciembre de 2006, informando que DMG S.A. no era una sociedad vigilada por la SFC, y que no estaba autorizada para captar recursos del público en forma masiva y habitual. Así mismo se advirtió sobre las consecuencias administrativas y penales en el evento en que se incurriera en esas conductas sin contar con la debida autorización.

Producto de las visitas de inspección realizadas y sobre las “tarjetas prepago”, al margen las explicaciones de los directivos de dicha sociedad en el sentido que la principal actividad desarrollada por la sociedad era la comercialización de bienes o servicios por medio de la venta de tarjetas prepago denominadas -

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DMG GRUPO - PRODIGY CARD -, se verificó "que durante los primeros cuatro meses del año 2006 los clientes no adquirieron mercancías, es decir, la sociedad no hizo entrega de bienes ni efectuó la prestación de servicios promocionada. Los hallazgos de la visita indicaron que la adquisición de la tarjeta prepago no conllevaba, en la gran mayoría de los casos, una contraprestación en bienes o servicios, pues contraviniendo la lógica del contrato celebrado, los dineros eran conservados por la sociedad sin que se pudiera constatar interés alguno de los clientes de obtener la entrega de los bienes supuestamente comercializados". Es decir, se estableció que la actividad que fundamentalmente se realizaba era la recepción de dineros a través de la venta de tarjetas prepago, a manera de "inversión de dinero o de un ahorro" y no necesaria ni principalmente la de prepagar mercancías o servicios... En consecuencia y aun cuando la comercialización y/o venta de tarjetas prepago para la adquisición de bienes o servicios no constituye una actividad ilegal que se encuentre prohibida en Colombia, lo cierto fue que aquel modelo de "tarjetas prepago" inicialmente explotado por DMG S. A. y luego por DMG GRUPO HOLDING S. A. en realidad correspondió a un instrumento novedoso y sofisticado al que se acudió por las mencionadas sociedades para captar masivamente recursos del público sin autorización".

Hecho 2. Supuesto que además de no ser cierto, no tiene la connotación que se le da por el accionante, por lo que está en este último comprobarlo.

Hecho 3. No le consta, el demandante debe probarlo. Además, la captación de dineros por parte de DMG GRUPO HOLDING S.A. jamás fue autorizada ni legalizada. Relaciona fragmentos del fallo del 6 de diciembre de 2011 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, investigación IUC – D – 2010 – 878 – 300816 (IUS 2009 – 292417), en el cual se eximió de responsabilidad disciplinaria a varios funcionarios y exfuncionarios de esa misma entidad, por su presunta omisión en el manejo del fenómeno de captación no autorizada de dineros del público, dentro del cual se destaca que desde el año 2006 esta Superintendencia alertó al público en general sobre el riesgo de invertir en empresas o personas no autorizadas para la captación de recursos, individualizando los diarios y las fechas de tales advertencias (23, 24, 30 y 31 de diciembre en el Diario El tiempo).

Hecho 4. No le consta. Agrega, que en caso de ser cierta, obedece a la actuación de terceros en relación con los que no tiene ninguna injerencia, puesto que no está dentro de las funciones de la Policía Nacional la de autorizar la captación masiva y habitual de dineros del público.

Hechos 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 y 17. Afirma que estas son afirmaciones que exponen la *"posición crítica que asume la parte actora frente a notas periodísticas emitidas en diferentes medios de comunicación, que se difundieron en su momento con ocasión de la crisis generada por la proliferación del fenómeno de la captación masiva y habitual de dineros del público... solo son el reflejo de la percepción personal de un periodista en torno a un acontecimiento..."*.

Hechos 6 y 7. No le constan.

Hecho 15. Es cierto, el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, respondió a un mecanismo extraordinario para frenar el contexto generado por las llamadas

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

“pirámides”. Las circunstancias descritas en la declaratoria de emergencia social fueron avaladas por la Corte Constitucional (C – 135 de 2009).

Hecho 18. Transcribe apartes de la Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, la cual fue confirmada por la Resolución 1806 del 8 de octubre de 2007. Relaciona que este acto administrativo fue demandado en pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, causa que resolvió el Consejo de Estado, Sección Cuarta en sentencia del 29 de septiembre de 2011 (radicado 11001-03-27-000-2008-00009-00).

Hecho 19. Anota que la investigación disciplinaria a la cual se hace alusión, ya concluyó con la decisión de fondo del 6 de diciembre de 2011 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, el cual quedó ejecutoriado el 20 de diciembre del mismo año, dentro de la investigación IUC – D – 2010 – 878 – 300816 (IUS 2009 – 292417).

❖ ARGUMENTOS DE DEFENSA.

La captación de dinero del público es un negocio especializado que requiere de una autorización estatal previa, remite al artículo 335 de la Constitución Política.

“En esa misma línea de tutela del interés general, las instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia están obligadas a someterse a un riguroso y exigente proceso de autorización previa, así como al cumplimiento permanente de exigibilidades de revelación contable y financiera, requerimientos de orden patrimonial, liquidez, encajes, entre muchos otros, en aras de proteger los ahorros del público, de la comunidad y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas. A título de ejemplo, podemos citar entre dichos mecanismos, las exigencias de capitales mínimos, provisiones, reservas, límites de concentración de riesgos, cupos individuales de crédito, normas especiales para préstamos a vinculados, requisitos de gobierno corporativo, reporte permanente de información a las autoridades y al público, sujeción a normas de contabilidad especiales, sujeción a un régimen administrativo sancionatorio especial, tipificación de delitos financieros, entre muchas otras. (...) En tal orden de ideas, resulta claro que, como regla de principio, cualquier entrega de recursos que se realice en una institución, establecimiento o sociedad no autorizada para captarlos y, por ende, no sometida a la supervisión permanente por parte de la Superintendencia Financiera, o cualquier entrega de recursos a personas naturales, no está provista de los mecanismos que tiene señalada la ley para proteger a los ahorradores y depositantes y reducir el nivel de riesgo de los usuarios del sistema financiero.

Ahora bien, aun cuando es claro, conforme lo prevé el artículo 333 de la Constitución Política, que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común y que en tal virtud, no se pueden exigir autorizaciones y requisitos para su ejercicio sino por virtud de la ley, sucede que en materia del ejercicio de la actividad financiera esta regla general tiene una excepción que se deriva del carácter de interés público que ostenta dicha actividad de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Política. De ahí que esté sujeta a una regulación especial, dentro de la cual se ha dispuesto para su ejercicio, entre otros requisitos, la existencia de una autorización estatal previa.” (...)

Finalmente y en cuanto a la supuesta omisión o responsabilidad que pudiera endilgarse las entidades públicas demandadas, en lo que a la Superintendencia Financiera de

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Colombia se refiere, ha de agregarse que aun antes de la expedición de los Decretos de Emergencia por parte del Gobierno Nacional, dicho Organismo Estatal cumplió a cabalidad, dentro de los términos previstos en la ley y con los procedimientos que para tal fin se hallaban previstos para adelantar las actuaciones respectivas. Tan es así, que como ya se explicó y se verá a espacio en este acápite, además de adelantar las actuaciones administrativas pertinentes respecto de algunas organizaciones de las que oportunamente tuvo conocimiento, advirtió al público sobre la existencia y el comportamiento irregular de dichas organizaciones, con el propósito de evitar, precisamente, que más personas fueran engañadas y optaran por entregar sus dineros en los negocios que ellas adelantan. (...)

“A este respecto y sin entrar en disquisiciones de índole penal ajenas al presente proceso, conviene preguntarse si la existencia y persistencia de dicha actividad de captación ilegal no depende acaso en buena parte de la inversión que realizan las personas en ella, con la expectativa de reproducir el capital "con atractivos rendimientos", bajo la excusa de haber obrado de buena fe y convencidos de la seguridad de la operación que realizaban cuando ya se les había advertido hasta el cansancio, a través de los medios masivos de comunicación, que dichas actividades de captación de recursos por parte de personas no autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia constituía una conducta ilegal e irregular con trascendencia en el ámbito penal.”

Relaciona el Decreto 3227 de 1982 con su modificación Decreto 1981 de 1988, para ilustrar en qué situaciones se entiende que hay una actividad de captación de dineros del público de forma masiva y habitual. Califica que dichas actividades se efectuaron bajo *sofisticados* sistemas, los cuales dificultaron la intervención de las autoridades que revelaran la conducta desplegada por las empresas implicadas en captación ilegal; sofisticación en materia legal, por ejemplo, no en todos los casos se tenía a disposición los contratos, ya sea por la informalidad de los mismos o porque deliberadamente no eran suministrados a las autoridades que los requerían; sofisticación en materia tecnológica, por ejemplo, no resultaba fácil para la entidad investigadora el acceso a las bases de datos y cuando se lograba asir información, esta correspondía a archivos fácilmente manipulables y difícilmente contrastables con los registros contables; la localización geográfica, que era dispersa y volátil con el objeto de evadir la supervisión; falta de información, que está muy ligado al éxito de la obtención de pruebas en las visitas de inspección; falta de colaboración ciudadana, mientras se cumpliera con los pagos de los rendimientos ofrecidos no se ayudaba con la información al supervisor; apariencia de legalidad, por ejemplo, algunos captadores pagaban impuestos y cumplían con la exigencia de la inscripción en el RUT etc.

Aduce que la Superintendencia desplegó una intensa actividad administrativa enderezada no sólo a comprobar los supuestos de captación ilegal aludidos en el Decreto 1891 de 1988, los que una vez avizorados, produjeron las resoluciones de medidas cautelares permitidas, sino que además avisó al público en general de la existencia de las distintas organizaciones comprometidas con dichas prácticas, verbi gratia, hubo las publicaciones que a continuación se indican:

PROCESO: 11001333103520110000200
 DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
 DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
 MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

FECHA	MEDIO
23 DE DICIEMBRE DE 2006	EL TIEMPO
24 DE DICIEMBRE DE 2006	EL TIEMPO
30 DE DICIEMBRE DE 2006	EL TIEMPO
31 DE DICIEMBRE DE 2006	EL TIEMPO
17 DE SEPTIEMBRE DE 2007	EL TIEMPO
20 DE SEPTIEMBRE DE 2007	LLANO 7 DÍAS
29 DE SEPTIEMBRE DE 2007	NUEVO PUTUMAYO
9 DE OCTUBRE DE 2007	EL TIEMPO
11 DE OCTUBRE DE 2007	LLANO 7 DÍAS
15 DE OCTUBRE DE 2007	NUEVO PUTUMAYO
27 DE ENERO DE 2008	EL TIEMPO
28 DE ENERO DE 2008	PORTAFOLIO
29 DE ABRIL DE 2008	EL TIEMPO
14 DE NOVIEMBRE DE 2008	EL TIEMPO

También se relaciona que ante las peticiones de información elevada por las Autoridades y Particulares, orientada a establecer si determinada empresa o persona se encontraba habilitada para captar dineros del público de forma masiva y habitual, la respuesta fue que **no se encontraban vigiladas por la Superintendencia Financiera y que no estaban autorizadas para realizar tales operaciones**. En lo que atañe con las investigaciones administrativas orientadas a determinar la legalidad de las actividades de determinados captadores, la Superintendencia relaciona a folios 266 a 268 del cuaderno principal dichas labores, desde los años 2005 a 2008. Además, hace referencia a las medidas administrativas adoptadas por la Superfinanciera posteriores a la declaratoria de emergencia social y la entrada en vigencia del paquete normativo implementado en el marco del Decreto 4333 de 2008, que tuvieron la causa de captación masiva y habitual a folio 269.

Ante la pretensión de llamar a esta Superfinanciera a responder por la supuesta omisión en sus funciones, por cuanto según la demandante, no se tomaron con prontitud las medidas necesarias para evitar que las personas dedicadas a la captación ilegal de recursos del público continuaran ejerciendo su actividad, se pone de presente lo siguiente:

- “i) La Superintendencia Financiera, no autorizó el funcionamiento de la sociedad "DMG GRUPO HOLDING S. A.", como tampoco de las demás organizaciones captadoras ilegales existentes, ni tales personas u organizaciones se han encontrado sujetas constitucional y legalmente a su vigilancia e inspección;*
- ii) Aun cuando el marco legal, como quedó explicado anteriormente, resultaba insuficiente, la Superintendencia Financiera en el ejercicio de sus funciones sí realizó distintas y numerosas actuaciones encaminadas no sólo a verificar la existencia de la captación ilegal o no autorizada de recursos del público y a tomar las medidas pertinentes en cada caso, sino a alertar al público en general sobre los riesgos de invertir en las organizaciones dedicadas a ejercer tales actividades;*

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

iii) Fueron los mismos "proveedores" entre ellos la aquí demandante, quienes no tomaron las medidas mínimas previas para celebrar negocios jurídicos con terceros, como en este caso se hiciera a favor de la citada sociedad, pese a conocer que desplegaban la actividad no autorizada de captación de dineros del público; y, finalmente, porque

iv) El eventual y presunto daño que se aduce, fue causado por aquellas captadoras irregulares y no autorizadas y su resarcimiento debe intentarse por la vías procesales civiles y/o penales, en defecto del proceso administrativo de intervención que por fuero de atracción debe primar."

Con base en lo cual, la entidad advierte la falta de nexo causal entre el daño alegado y las funciones de inspección, control y vigilancia a su cargo.

❖ Propone como EXCEPCIONES, las siguientes:

1. Cosa Juzgada constitucional respecto de los Decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional y, que en otras disposiciones sirvieron a la Superfinanciera de referente para adoptar medidas cautelares respecto de organizaciones incursas en actividades de captación ilegal de recursos del público.

2. Inexistencia de daño cierto. *"En el presente asunto la parte actora además de omitir su obligación de determinar el daño que eventualmente habría sufrido, no demostró la cuantía del mismo. ...Dentro de ese contexto, el trámite de la acción de reparación directa no es el mecanismo adecuado, por cuanto su presentación implica desconocer las instancias legales dispuestas especialmente para tales fines en el Decreto 4334 de 2008 y en la Ley 1116 de 2006. Luego, sin que se surtan los trámites allí previstos, no será posible determinar si efectivamente existió un daño y por su conducto la magnitud del mismo y el responsable de su resarcimiento (que para este caso lo es la captadora ilegal respectiva).*

A lo anterior ha de agregarse que las supuestas pérdidas que habría sufrido la parte actora se generaron en una relación que entabló con los entes captadores, relación que inicialmente se presentó en forma por demás simulada bajo una modalidad comercial de tipo comercial y fiablemente se reveló como de tipo ilícito. Ahora, como para esos dos tipos de relaciones la Ley instituyó la posibilidad de actuar directamente contra el ente que habría causado el perjuicio, para lograr su reparación por medio de las acciones penales a través del incidente de reparación o civiles a través del concurso de acreedores (intervención administrativa-liquidación judicial) mal puede pretenderse ahora, omitiendo aquellas instancias que por vía de esta acción sin mayores miramientos se reconozca la indemnización, indeterminada por cierto, cuando para la devolución de los recursos el Decreto 4334 de 2008 y la Ley 1116 de 2006 contempla de manera clara los criterios y condiciones a las cuales debe someterse dicha actividad."

3. Culpa exclusiva de la víctima. *"La responsabilidad por la entrega de dineros a organizaciones no autorizadas para tal fin se debe predicar en primer orden de aquellas personas que ante la posibilidad de una ganancia exorbitante asumieron libremente la decisión de invertir sus dineros en organizaciones ilegales, más cuando ya habían sido advertidas de la existencia de tales entidades y de los riesgos de las operaciones que ellas ejecutaban. Falta de diligencia en los negocios propios. Presunción de conocimiento de la ley. Existencia del riesgo inherente al negocio realizado por la parte actora al margen de cualquier control legal."* Si la Superfinanciera no está llamada a ser

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

garante final de los riesgos que supone el desarrollo de la actividad financiera autorizada, muchos menos lo está de la no autorizada. El accionante entregó a *motu proprio* sus dineros a empresas no autorizadas, con el aliciente de obtener rendimientos exorbitantes, sin tomar las medidas mínimas de cuidado, *verbi gratia*, no averiguaron en la entidad competente la situación de estas mismas

4. Imputación errónea del daño, responsabilidad de un tercero. Es un despropósito el plantear que el Estado deba ser condenado a indemnizar los perjuicios derivados de actos contractuales entre particulares, lo que mina la imputación a la Superfinanciera.

5. Excepciones genéricas.

4. PRUEBAS

4.1. Pruebas aportadas.

Conforme al auto del 20 de septiembre de 2017, se tiene como prueba todos los documentos originales públicos y privados allegados con la demanda y junto a la contestación de la misma, por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, que fue la única que lo hizo del extremo pasivo. A las copias simples no les da valor probatorio, sólo a las que reúnan los requisitos señalados en los artículos 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil o, que sean de los casos que trata el artículo 277 *ejusdem*.

4.2. Pruebas decretadas.

La parte actora no solicitó pruebas.

Por pedido de la Superintendencia Financiera de Colombia, se decreta:

A) Los oficios solicitados a folios 282 del expediente.

A.1. Oficiar al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN – para que informe si sociedades como DMG Grupo Holding S.A., están inscritas en ese Fondo y, en esa medida, si sus actividades están amparadas por el seguro de depósito contemplado por la ley 117 de 1985. En la misma forma, indique si la captación de recursos del público que a través de dicha sociedad se verificó, está igualmente amparada por el aludido seguro de depósito. Indique qué eventos y entidades quedan cobijados por dicho seguro.

A.2. Oficiar a la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales -DIAN- para que informe si la sociedad D.M.G. GRUPO HOLDING S.A.", o su propietario, reportó tributos al Estado, en caso tal identificar la actividad económica por la cual se tributó y en especial indicar si aquellos - en algún momento - pagaron impuestos en relación con actividades de captación masiva y habitual de dineros del público.(respuesta a folio 375).

A.3. Oficiar a la Superintendencia de Sociedades a efectos de que certifique si el demandante, presentó reclamación dentro del trámite de intervención administrativa adelantado por esa entidad a "DMG GRUPO HOLDING", La certificación contendrá igualmente el monto de la reclamación y el estado de la misma y acompañará copia del auto que abrió a trámite la actuación administrativa mencionada. En caso de no haber sido aceptada la mencionada reclamación, deberá precisar las razones de la negativa y adjuntar copia de los autos que así lo dispusieron. Así mismo, para que remita copia de

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

los autos que ordenaron la intervención y liquidación judicial de la sociedad DMG GRUPO HOLDINF S.A.

B) interrogatorio de parte a Alejandro Robayo Nieto.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Esta accionada, reiteró que para el caso se presentó la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, señalando también la inexistencia de un daño cierto o imputable a ella y que la responsabilidad solo le puede ser imputada a la parte demandante y a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.

Dentro de su análisis probatorio concluyó, que para el presente asunto, se había presentado la eximente de responsabilidad antes mencionada y la de hecho de un tercero, y que por ende, no había lugar a declarar responsabilidad imputable al Estado. Indica que en el expediente no hay una documental que permita identificar el tipo de negocio o contrato celebrado entre el accionante y DMG GRUPO HOLDING S.A., sus condiciones, términos y obligaciones, tampoco se comprueba la entrega de dinero y la cuantía, *“toda vez que lo que lo único que allegó como prueba fue una copia de las tarjetas que aduce la referida sociedad le entregó a la demandante una vez efectuada la entrega del efectivo...”*, por lo que no hay certeza acerca del fundamento de la presente acción.

Los antecedentes administrativos aportados y las medidas cautelares señaladas, provocadas por la presencia de organizaciones ilegales de captación de recursos del público, permiten comprobar que la superintendencia Financiera de Colombia, incluso antes de la declaratoria de emergencia social, inició sendas actuaciones administrativas tendientes a investigar y verificar la eventual captación de dineros del público sin autorización legal, tales como las adelantadas contra la sociedad DMG Grupo Holding S.A., la cual dejó de existir, pero que posteriormente apareció como la persona jurídica DMG GRUPO HOLDING S.A. Además, trae a cita el fallo de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa dentro de la investigación IUC D 2010 878 300816 (IUS 2009 – 29417) para destacar las advertencias que en medios de comunicación social esta Superintendencia dispuso para prevenir a los colombianos respecto de la captación no autorizada. Para recalcar esta gestión, posteriormente, vuelve a individualizar los avisos dispuestos del el año 2006 hasta el 2010.

Destaca que para la fecha del negocio que se suscitó entre el accionante y DMG GRUPO HOLDING S.A., ya era de público conocimiento el fenómeno de la captación ilegal.

En lo que atañe al interrogatorio de parte, al cual no asistió el señor Robayo Nieto, solicita que se dé aplicación al artículo 210 del CPC, como quiera que la Superintendencia aportó previamente el sobre con el cuestionario.

Acude a citas de sentencias de otros Juzgados para indicar que lo concertado entre los usuarios con DMG GRUPO HOLDING S.A. se trataba de contratos simulados, cuyo objeto real era que el dinero entregado le fuera devuelto de dentro de un plazo determinado, por lo menos en su totalidad. El hecho que se hubiese pretendido encubrir el carácter jurídico con la apariencia de otro, si bien, no es reprobado por el ordenamiento jurídico, sí implica que para el negociante la carga de sagacidad, legalidad y claridad, cuestión que ante las

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

exorbitantes ganancias ofrecidas, no comunes en el sistema financiero, el demandante no advirtió. Agréguese que la mimetización de este tipo de negocios entorpeció el control de las autoridades sobre los mismos.

Insiste en la excepción del hecho de un tercero, puesto que está demostrado que el propietario y representante legal del DMG Grupo HOLDING S.A. ha sido condenado por los delitos de lavado de activos agravado y captación masiva de dineros.

6. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas procesales correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

6.1. EL PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que ocupa la atención se contrae en determinar si, para el caso, las entidades demandadas fueron omisivas en el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto a la operación de la sociedad GRUPO DMG HOLDING S.A., lo cual produjo que esta no respondiera por las obligaciones contraídas con el señor Alejandro Robayo Nieto.

6.2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Es esta jurisdicción la llamada a resolver la controversia, en atención al carácter público de las demandadas¹.

El juzgado es competente para resolver el presente asunto por su cuantía, ya que sus pretensiones, de acuerdo con la estimación realizada en la corrección de la demanda, no son superiores a los 500 salarios mínimos legales vigentes en la época de la presentación de la demanda (año 2011).

6.3. CADUCIDAD

En esta instancia se debe establecer si hay lugar a declarar o no la caducidad del medio de control de reparación directa.

El ordenamiento jurídico prevé la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales, de modo que, si se instauran por fuera del límite temporal previsto en la ley, el ciudadano pierde la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que intenta deprecar ante la administración de justicia.

¹ Código Contencioso Administrativo, artículo 82. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

En cuanto a las pretensiones que se ventilan a través de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone que esta debe promoverse en un término máximo de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente).

Para la contabilización de dicho término se tomará en consideración que la fecha en la que se llevó a cabo la intervención a la Sociedad DMG Grupo Holding fue el 17 de noviembre de 2008, por lo que el término de 2 años se vencía el 18 de noviembre de 2010.

Ahora, el término se suspendió, pues la solicitud de conciliación prejudicial fue radicada el día 3 de noviembre de 2010, quedando un remanente de 16 días para presentar la demanda, una vez hubiese sido expedida el acta respectiva por parte del Ministerio Público. Se tiene que la constancia que declaró fallida la mencionada conciliación se expidió el 16 de diciembre del mismo año (conforme a lo consagrado en el acta visible a folios 39 -42), razón por la cual, se reanudó el conteo al día siguiente. Luego, si la vacancia judicial para ese momento fue desde el 20 de diciembre de 2010 hasta el 10 de enero de 2011 y la demanda se presentó el 11 de enero de 2011 (acta de reparto a folio 69), es dable afirmar que esta se radicó dentro el término legal.

6.4. DE LAS PRUEBAS Y LOS HECHOS PROBADOS

Se encuentra probado lo siguiente:

1. Certificado de existencia y representación legal de la empresa DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, expedido el 2 de noviembre de 2010 por la Cámara de Comercio de Bogotá. Se inscribe como Liquidadora a María Mercedes Perry Ferreira. (fs. 2 – 3).
2. Al plenario arrimó dos tarjetas PRODIGY CARD – GLOBAL MARKETING y PRODIGY CARD – GLOBAL MARKETING DMG Grupo Holding (f. 12 a), sobre la cual no se puede establecer el negocio jurídico celebrado entre el ahora demandante y la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., orientado a temas financieros.
3. Reclamación efectuada por el señor Alejandro Robayo Nieto ante la Superintendencia de Sociedades (radicado 2008-01-235906 en la fecha 18 de noviembre de 2008), en razón de una tarjeta prepago DMG por una cuantía de dieciocho millones de pesos moneda corriente (\$18'000.000oo m/cte). En este mismo escrito indica que firmó un contrato *“donde me comprometí hacer publicidad voz a voz a favor de la comercializadora DMG y el producto de esta publicidad el 27 de enero recibiría por cada compra el 0,5 puntos de utilidad por cada peso (ósea al comprar las tarjetas por valor de \$18.000.000 recibiría 7.500.000 puntos para la comercializadora D.M.G. un peso es un punto). De acuerdo al decreto de emergencia que emitió el gobierno Nacional donde se compromete a ha hace – sic – la devolución de las compras realizadas en D.M.G. a mí me correspondería recibir la suma de \$25.500.000. (...)”*. (f. 13). De esta solicitud se dio traslado a la Liquidadora de la empresa DMG GRUPO HOLDING S.A. (f.15 - 19). Respuesta de la Liquidadora, María Mercedes Perry Ferreira, en la cual se le indica al señor Robayo Nieto que su solicitud *“ha sido radicada bajo el número indicado en la referencia, según consta en la copia del*

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

formato de radicación que acompañó” (f. 20). El formato del cual hace mención la Liquidadora no se adjuntó.

4. La Superintendencia Financiera de Colombia aportó en medio magnético copia de las medidas que adoptó frente a la sociedad Grupo D.M.G. S.A., con anterioridad y con posterioridad a la expedición de los Decretos Legislativos 4333 y 4334 de 2008.
5. La Superintendencia Financiera de Colombia aportó en medio magnético copia auténtica del fallo del 6 de diciembre de 2011 proferido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, investigación IUC – D – 2010 – 878 – 300816 (IUS 2009 – 292417).
6. La Superintendencia Financiera de Colombia aportó en medio magnético copia de la bitácora de registro en medios de comunicación (prensa, radio y televisión) sobre los pronunciamientos de esta entidad respecto a las captadoras no autorizadas, desde los años 2006 a 2008. Se pone de presente que la documental revela las advertencias que desde los días 23, 24, 30 y 31 de diciembre de 2006 la Superfinanciera hizo al público en general, respecto a que DMG S.A. no se encontraba autorizado para captar dineros del público de forma masiva y habitual, bajo ninguna modalidad.(f. 313, 284).
7. A folio 343, se allega constancia en la que se indica que la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. no está inscrita en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, por lo que sus actividades no están cubiertas por el sistema de seguro de depósitos. Los beneficiarios del aludido seguro, son los ahorradores y depositantes de las entidades financieras debidamente inscritas, a lo que anota *“le informamos que sociedades como DMG GRUPO HOLDING S.A., no están inscritas en Fogafín, por cuanto su naturaleza jurídica no corresponde a una de las entidades que legalmente deben inscribirse, en los términos de las Resoluciones externas Nos. 001 de 2016 y 002 de 2017 expedidas por la Junta Directiva de Fogafín”.*
8. La Superintendencia de Sociedades, ante el requerimiento orientado a certificar si el señor Robayo Nieto presentó reclamación dentro del trámite de intervención administrativa adelantado por esa entidad a "DMG GRUPO HOLDING", dispuso dar traslado de la misma a la Liquidadora designada. Sin embargo, acompañó copia del auto que abrió el trámite de intervención, dispuesto en el Decreto Legislativo 4333 de 2008, y el que aprueba una rendición de cuentas de la prenombrada empresa. (fs. 348 – 361).
9. La Liquidadora de la empresa DMG GRUPO HOLDING S.A., atendiendo al traslado hecho por la Supersociedades, en soporte visible a folio 362, certifica que: *“...para le cédula de ciudadanía No. 79.161.782 y a nombre del señor ALEJANDRO ROBAYO NIETO se presentó una reclamación de devolución de dinero y la misma fue aprobada tal como se puede evidenciar en la decisión No. 6 de 2009, la cual se puede consultar en nuestra página Web www.dmgholdingintervenida.com.co . En esta dirección electrónica, se puede seguir el histórico de la pluricitada intervención y liquidación.*
10. Conforme al contenido del medio magnético, visible a folio 343, el señor Alejandro Robayo Nieto no acudió a la diligencia de interrogatorio, la cual había sido programada para el 23 de noviembre de 2017. En dicha audiencia, el apoderado de la Superintendencia Financiera de Colombia solicitó, que en caso de no allegarse excusa por el citado, se procediera a dar aplicación al artículo 210 del Decreto 1400 de 1970. Ante la falta de justificación del convocado, en la audiencia del 8 de junio de 2018 se procedió a dar apertura al sobre continente de las preguntas que iba a formular la Superfinanciera al demandante, dando aplicación a lo dispuesto en el referido artículo del Código

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

de Procedimiento Civil , calificándolas de la siguiente manera: interrogaciones 1,4 – 6, 8 – 11, 13 – 16 y 20², al ser asertivas admisibles presumen ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión; las restantes, al no ser asertivas, no dan la posibilidad de presumir hechos.(cuestionario f.336 – 337; acta f.368).

Analizada la prueba recaudada, se tiene que, al expediente no se allegó contrato alguno que dé cuenta de la obligación surgida entre DMG Grupo Holding S.A. y el demandante. Si bien, el soporte del dinero entregado corresponde a dos tarjetas, a las cuales se entiende se cargaban los puntos del servicio prestado por el señor Robayo Nieto, y con las que también se le habilitaba a este para adquirir productos, lo cierto es que no hay claridad de los términos del negocio jurídico celebrado entre los citados.

6.5. MARCO JURÍDICO

6.5.1. Elementos para que se suscite la responsabilidad patrimonial del Estado

Para que el Estado Colombiano asuma una responsabilidad patrimonial como la descrita en el artículo 90 de la Constitución Política, se hace necesario evidenciar la coexistencia de los tres elementos que la Jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha establecido, los cuales son: 1) El daño antijurídico; 2) la imputación de ese daño a quien funja como Administración y, 3) un nexo causal entre el daño y la actuación u omisión de la Administración, los cuales se podrían condensar,

² Las preguntas son: “**1)** ¿Diga cómo es cierto sí o no que para el momento de hacer negocios con la Comercializadora DMG GRUPO HOLDING S.A., le indicaron la procedencia de los dineros que le devolverían como contraprestación por los dineros entregados? **4)** ¿Sírvasse indicarle al despacho, si usted verificó en el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio, qué actividades mercantiles registró D.M.G. GRUPO HOLDING? **5)** Infórmele al despacho cómo es cierto sí o no que antes de entregar sus dineros a LA COMERCIALIZADORA DMG GRUPO HOLDING S.A., usted presentó o elevó queja, solicitud o petición a la superintendencia Financiera con el fin de averiguar sobre la legalidad de las operaciones realizadas por dicha sociedad. **6)** ¿Diga cómo es cierto sí o no que usted verificó ante alguna autoridad del orden local o nacional, llámese Alcaldía Municipal o Superintendencia de Sociedades que las actividades de captación de recursos que estaba ejecutando LA COMERCIALIZADORA DMG GRUPO HOLDING S.A. se encontraban ajustadas a la ley? **8)** ¿Diga cómo es cierto sí o no que al momento de celebrar negocios con LA COMERCIALIZADORA DMG GRUPO HOLDING S.A., usted verificó el soporte económico con el que constaba el mismo y que serviría como garantía de la entrega de su capital? **9)** ¿Sírvasse indicarle al despacho como es cierto sí o no que antes de la fecha de la entrega de dineros a LA COMERCIALIZADORA D.M.G. GRUPO HOLDING S.A., tuvo conocimiento de la existencia de personas o empresas que captaban dineros del público y no cumplían con la devolución de los mismos? En caso afirmativo, indique como se enteró, qué información le transmitieron y en qué época. **10)** ¿Diga cómo es cierto sí o no que Ud. conoció sobre las advertencias formuladas por Gobierno Nacional a través de los diferentes medios de comunicación, acerca del fenómeno de las “pirámides”? En caso afirmativo desde cuándo. **11)** Diga cómo es cierto sí o no que Ud. alguna vez acudió a un establecimiento de crédito autorizado para captar dineros del público (por ejemplo: Banco), para corroborar cuáles son los rendimientos que normalmente ofrecen los mismos en operaciones de reembolso de dineros a término fijo (por ejemplo: CDT)? **13)** Sírvasse indicarle al despacho si conocía o era consciente del riesgo que generaba el hecho de entregarle dineros a terceros desconocidos motivado por la promesa de obtener rendimientos exorbitantes. En caso positivo, ¿qué hizo usted para controlar el riesgo? **14)** ¿Diga cómo es cierto sí o no que usted entregó dineros a LA COMERCIALIZADORA D.M.G. GRUPO HOLDING S.A en varias oportunidades? **15)** ¿Diga cómo es cierto sí o no que tras la intervención administrativa de LA COMERCIALIZADORA D.M.G. GRUPO HOLDING S.A., Ud. se hizo parte para la devolución de las sumas entregadas? En caso tal explique la razón de su determinación. **16)** ¿Diga cómo es cierto sí o no, que antes de la entrega de dineros a LA COMERCIALIZADORA D.M.G. GRUPO HOLDING S.A., Ud. verificó de la actividad bajo la cual le fueron prometidos extraordinarios rendimientos como contraprestación? **20)** Diga cómo es cierto sí o no, que la confianza de entregar su dinero devino de ver que otras personas que entregaron su dinero sí obtuvieron ganancias ofrecidas por la COMERCIALIZADORA DMG GRUPO HOLDING S.A.”

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

por simpleza conceptual, en la acreditación de los fenómenos: daño antijurídico e imputabilidad (*imputatio juris*).³

Se trae a colación la sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección “C”, el 7 de julio de 2011 dentro de la acción de reparación directa No. 25000-23-26-000-1997-03369-01(19707), en la cual, se consignó respecto de los elementos de la responsabilidad, lo siguiente:

“(…) Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico. (...)”

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”⁴ (...)”

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores⁵, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencia proferidas dentro de los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883, se ha señalado tal circunstancia precisándose en ésta última, que “... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...”, y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”⁶

La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve igualmente reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó:

³Conforme a la aludida disposición constitucional, “la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y, la imputación del mismo a la administración pública³ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³ y de 23 de agosto de 2012³”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 14 de julio de 2017, radicación 76001-23-31-000-2001-00227-01(36852).

⁴ Sentencia Consejo de Estado del diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

⁵ En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000 exp. 11005; 16 de marzo de 2000 exp. 11890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12129

⁶ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

“(…) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

“La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

“Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo...”⁷

Así mismo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha asumido la anterior posición en reiteradas ocasiones⁸, en la cual se ha puntualizado recientemente, entre otros aspectos, lo siguiente:

“De manera tal que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”⁹.

(…)

“El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz el artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’ además de la imputatio facti”¹⁰.

“La Corte Constitucional ha, de esta manera, reiterado las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

"Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas

⁷ Ponencia para segundo debate – Plenaria Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 112 de 3 de julio de 1991, pág. 7 y 8.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias: C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-533 de 1996; C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ Sentencia C-533 de 1996.

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993.

PROCESO: 11001333103520110000200
 DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
 DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
 MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.”¹¹

“...En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.”¹²

Siguiendo con la línea, que además de demostrar el daño antijurídico¹³, impone el deber de probar que este es imputable a quien actúa como Autoridad, se debe anotar, que el nexo de causalidad debe ser diáfano, de tal forma que se pueda inferir que si ni hubiese sido por la acción o inacción estatal, el daño nunca se hubiese producido, teniéndose presente que se trata de una *imputatio juris*, así:

“La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas).

Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 1999, proceso No. 10922)¹⁴.

6.5.2. Responsabilidad del Estado por omisión en el cumplimiento de los deberes.

El Consejo de Estado¹⁵ ha establecido que en los casos en los que se estudia la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico, el título de imputación

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹³ Definición de daño antijurídico Cf. Consejo de Estado, sentencia del 31 de octubre de 1991, exp. 6515. MP. Julio César Uribe Acosta.

¹⁴ “imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño” (sentencia del 21 de octubre de 1999, radicado 10948).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación Número: 25000-23-26- 000-2000-02359-01(27434) del 8 de marzo de 2007

PROCESO: 11001333103520110000200
 DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
 DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
 MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

aplicable es el de falla del servicio, por lo cual, la actividad probatoria y argumentativa debe centrarse en establecer que los perjuicios reclamados son imputables al incumplimiento de una obligación por parte de quien funge como Autoridad, como se indicó:

“(…) Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido -o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa- al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado -por omisión- del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. (…).

“En el mismo sentido hasta ahora referido, es decir, en el de sostener que se hace necesaria la concurrencia de dos factores para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos casos -la constatación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración, de un lado, y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño, de otro-, ha manifestado, también, la Sala:

‘Ahora bien, considera esta Sala que, tratándose de la responsabilidad por omisión, establecido el daño, el análisis debe conducirse hacia la determinación de la causalidad y la imputabilidad, aplicando para el primer caso, obviamente, la teoría de la causalidad adecuada. En ese sentido, el problema radicaría en establecer, inicialmente, si existía la posibilidad efectiva para la entidad demandada de evitar el daño, interrumpiendo el proceso causal. Y el análisis de la imputación, que será posterior, se referirá a la existencia del deber de interponerse, actuando –situación en la que la obligación de indemnizar surgirá del incumplimiento, como comportamiento ilícito–, o de un daño especial o un riesgo excepcional previamente creado, que den lugar a la responsabilidad, a pesar de la licitud de la actuación estatal.

‘Debe precisarse también que, conforme a los principios decantados por la jurisprudencia nacional, la relación de causalidad sólo tiene relevancia para el derecho cuando responde a criterios de naturaleza jurídica, más allá de la simple vinculación física entre un comportamiento y un resultado; así, no parece necesario recurrir al análisis de la “virtualidad causal de la acción”, propuesto por el profesor Entrena Cuesta, para reemplazar el citado elemento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio de que dicho análisis resulte útil para demostrar, por la vía de un argumento activo, el nexo adecuado existente entre la omisión y el daño producido. A ello alude, precisamente, la determinación de la posibilidad que tenía la administración para evitar el daño’¹⁶.

“En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse

¹⁶ Cita del original: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789); Actor: Argemiro de Jesús Giraldo Arias y otros; Demandado: Municipio de Medellín”.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

—temporalmente hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta”.

De lo dicho se desprende que para atribuir responsabilidad al Estado por omisión consistente en el incumplimiento de un deber legal se debe establecer i) que existía la obligación y que la misma no fue cumplida satisfactoriamente y ii) que la omisión fue la causa del daño, es decir, que de no haberse incurrido en la omisión de cumplimiento de obligaciones atribuidas por el ordenamiento jurídico no se hubiese materializado el daño.

En pronunciamiento del 20 de octubre de 2014, la Sección Tercera del Consejo de estado, reiteró que “... el daño antijurídico puede ser ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en el incumplimiento de una obligación legal. Así, ‘el análisis del caso debe hacerse bajo el régimen de la falla del servicio, toda vez que según la jurisprudencia de esta Corporación en los casos en que se analiza la responsabilidad como consecuencia de la producción de daños, por omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, es necesario confrontar el deber funcional con el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto”¹⁷.

De lo expuesto, queda claro, que cuando la falla atribuida a la Administración proviene del incumplimiento de una obligación legal, como en el presente asunto, en el cual se alega que la Superintendencia Financiera de Colombia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Fiscalía General de la Nación no cumplieron en debida forma con sus deberes de inspección y vigilancia, el asunto se debe estudiar bajo el régimen de falla en el servicio.

ENTIDADES EN LAS QUE RADICABA EL DEBER DE VIGILANCIA, CONTROL E INSPECCIÓN

Para resolver el presupuesto de la Legitimación en la Causa por Pasiva, resulta necesario delimitar por la fecha de la ocurrencia de los hechos, cuál era la entidad encargada de efectuar la vigilancia y control sobre la empresa DMG GRUPO HOLDING SA, que se afirma no atendió las obligaciones pendientes con la ahora demandante.

El artículo 335 de la Constitución Política de 1991 establece que las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera que se relacione con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, conforme lo prevé el artículo 150 numeral 19 literal “d” *ejusdem*¹⁸, son de interés público, por lo tanto, sólo pueden ser ejercidas si previamente ha mediado autorización del Estado.

Es al Congreso a quien le corresponde expedir las leyes marco que regulen las mencionadas actividades financiera, bursátil y aseguradora y, el manejo y aprovechamiento de los recursos captados del público. Luego, el Gobierno Nacional, atendiendo a estas, expide los decretos a través de los cuales concretiza dicha intervención (art. 335).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. C.P.: Olga Mélida Valle de la Hoz Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01906-01(27136).

¹⁸ Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

El artículo 189 numeral 24 de la Carta Política impone al Presidente de la República el siguiente deber:

“Ejercer, de acuerdo con la ley, 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. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.”

De acuerdo a lo consagrado en el artículo 8 del Decreto 4327 de 2005, la mencionada función la ejerce a través de la Superintendencia Financiera de Colombia:

“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.”¹⁹

Se trae a colación lo señalado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C” en sentencia del 10 de septiembre del 2014 dentro del proceso No. 25000-23-26-000-2001-11063-01(27688), donde se indicó:

(...) De conformidad con el artículo 325 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora. (...)

Es así, que 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.

Respecto a la finalidad de las funciones atribuidas a las Superintendencias, esta Sección ha señalado:

“(...) la finalidad primordial de las superintendencias no es la de establecer reglas de conducta para los destinatarios de su vigilancia y control, sino que es la de velar por el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico que regula el desarrollo y ejercicio de

¹⁹ El Decreto 2555 de 2010 que lo derogó (según lo dispuesto en el Artículo 12.2.1.1.4), en su artículo 11.2.1.3.1 lo sostuvo: “El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejerce 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. (...)”

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

las actividades de las personas que actúan en los distintos campos en los que tales entidades ejercen sus funciones de inspección y vigilancia, es decir, que se trata de verificar la correcta aplicación de las leyes y decretos que rigen las distintas actividades objeto de control por parte de las superintendencias, con miras a la protección del desarrollo y equilibrio del respectivo sector y principalmente, a los usuarios de los distintos servicios que lo componen.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007). Radicación: 11001-03-26-000-1998-00017-00(15071). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.)

Para reforzar la tesis que la legitimación por pasiva estaba en la Superintendencia Financiera, se cita apartes de la sentencia del 25 de julio de 2013 emitida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proceso 25000-23-24-000-1999-00794-02(18208), dentro de la cual se deja claro, que pese a no estar autorizado el captador de dineros, es a ella a quien le corresponde tomar las medidas orientadas a proteger la confianza en el sistema:

“(…) El artículo 335 de la Constitución Política, ... califica las actividades a que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, como de "interés público". Tales actividades solamente pueden ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, previa autorización de la autoridad competente, so pena de las sanciones legalmente establecidas²⁰.

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

ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES. <Artículo sustituido por el artículo 1 del Decreto 2359 de 1993.>

1. Naturaleza y objetivos. <Inciso 1o. modificado por el artículo 35 de la Ley 510 de 1999. :> *La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora²¹, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:*

a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez

²⁰ En la sentencia C- 224/09 la Corte Constitucional precisó: “La sujeción a la previa autorización del Estado de las actividades previstas en el artículo 335 de la Constitución, sujetas a un régimen de intervención estatal de carácter reforzado, encuentra su fundamento en que las mismas “comprometen el orden público económico y los intereses particulares de los usuarios, lo que exige garantizar la confianza en el sistema financiero. Además, por la importancia que reviste la actividad financiera dentro de un sistema de mercado, y por la necesidad de que sea prestada en forma permanente, continua, regular, general y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como un servicio público”.

²¹ La parte subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-205 del 8 de marzo de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

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

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

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

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

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

“...

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

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

“...

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

“...

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

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

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

“ARTICULO 108. PRINCIPIOS GENERALES

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

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

b. La disolución de la persona jurídica, y

c. La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que señala el presente Estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.

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

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

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

La Corte Constitucional en la sentencia C - 135 de 2009 delimitó quiénes eran los entes competentes para conocer del asunto, por lo que se relaciona:

“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 108 y el literal a) del numeral 4 del artículo 326 del E. O. S. F.). También contaba con competencias residuales en la materia la Superintendencia de Economía Solidaria (...) Adicionalmente en virtud del artículo 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995 y del artículo 2º del Decreto Ley 1080 de 1996, la

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Superintendencia de Sociedades ejerce el control subjetivo de las sociedades comerciales dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas. En ejercicio de las facultades de supervisión la Superintendencia tiene atribuciones para verificar que las empresas no ejerzan actividades ajenas a su objeto social. En esa medida dicha entidad aunque no estaba facultada expresamente para investigar y sancionar la captación masiva y habitual por parte de sociedades comerciales no autorizadas – porque la Superintendencia de Sociedades carece de competencias para ejercer el control respecto de personas naturales- podía en todo caso ejercer controles para que la actividad de las sociedades comerciales se ajustara a sus estatutos y llevaran en debida forma la información contable y financiera. (...)”

Lo cual se refuerza con lo argumentado por el Consejo de Estado en la referida sentencia del 10 de septiembre de 2014 (rad.27688), de la cual se extrae: “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.” Por lo que el llamado a comparecer a la Superfinanciera, inicialmente, es válido.

Sin embargo, en lo que atañe a la legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política²² y demás normas concordantes, para destacar que su función acusatoria ante

²² “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

PROCESO:	11001333103520110000200
DEMANDANTE:	ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS:	NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

los Jueces se fundamenta en el acopio de elementos materiales probatorios desde el respeto al Debido Proceso, por lo cual, ante la existencia de dispositivos ladinos usados por las captadoras ilegales y la falta de colaboración de quienes participaron de dichos negocios, es inferible que se hizo compleja la tarea de poner al descubierto la verdadera actividad que se desarrollaba entre los contratantes. Del mismo modo, cabe señalar que no se evidencia cómo esta entidad, administrativamente, hubiese tenido que ver en la causación del daño alegado en la demanda, en tanto no es la obligada a intervenir en asuntos para los cuales la Ley ha establecido previamente los controles administrativos oficiales correspondientes. Por consiguiente, de oficio, se declara la falta de legitimación en la causa por pasiva para esta entidad.

También, en lo atinente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si se recuerda que *“los ministerios y los departamentos administrativos tienen como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen”*, (cf. Artículo 58 de la Ley 498 de 1998), aspecto que analizado junto con lo establecido en el Decreto 4712 de 15 de diciembre de 2008, en lo pertinente a las funciones de esta Cartera, artículos 2 y 3, se hace aceptable que directamente no tiene relación alguna con la omisión o conducta que se alega como generadora del daño antijurídico. De oficio, se declara la falta de legitimación en la causa por pasiva para esta entidad.

6.6. DEL CASO CONCRETO

Son varios los elementos que puede revelar el material probatorio, como el hecho de que lo pretendido por el accionante, no era otra cosa diferente a la entrega de dineros a cambio de un rendimiento bastante elevado, respecto de lo cual jamás desvirtuó que conocía el riesgo de tal operación, por lo cual, lo asumió. Tampoco, previo a la entrega del dinero, se dio a la labor de verificar de dónde provenía la capacidad económica de la sociedad DMG Grupo Holding S.A., cómo se constituían sus garantías, ni cuál era el giro real de sus negocios, puesto que una cosa era lo documentado en el certificado de Cámara de Comercio y otra, lo llevado a cabo en la realidad, actividades, que por cierto, en la demanda ayudó a promocionar con la promesa de un incentivo económico.

En cuanto al daño, no existe un pagaré y/o un contrato que efectivamente dé cuenta del negocio realizado entre Alejandro Robayo Nieto y la DMG Grupo Holding S.A., que

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

PARÁGRAFO. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

PARÁGRAFO 2º. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.”

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

de luces de la pérdida de dinero reclamada, a esto súmese la inasistencia del primero a la diligencia de interrogatorio de parte, lo cual habría esclarecido este aspecto. Como comprobante del monto alegado allega dos tarjetas, que no tienen la capacidad de certificar las obligaciones pactadas. Recuérdese que la ley colombiana exige para poder acreditar obligaciones monetarias la existencia de un documento como un pagaré, factura, letra de cambio, cheque o al menos un contrato, que dé cuenta de la obligación surgida entre deudor y acreedor.

La ausencia de título pone en evidencia, aún más, la actividad de captación no autorizada de dineros con la aquiescencia del demandante, pues quien entrega dineros en un negocio jurídico sabe de antemano que debe constituir un título valor que sirva de soporte para el reconocimiento de lo adeudado. No se allegó el debido soporte del negocio jurídico, si se entiende que este existía, lo común es que al quedarse cada parte con el original y/o con la copia, la parte interesada tenga la posibilidad de aportarlo para este tipo de pleitos, lo que no se hizo.

Es así como la certeza del daño, para el caso, no está debidamente acreditada y sin este elemento no se puede decretar la responsabilidad de las demandadas.

Conforme a la doctrina *“El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma (...) El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. (...) No se trata de una necesidad intelectual ni de un juego de palabras y conceptos. Se trata de tomar posición respecto de la manera como se debe estudiar la responsabilidad civil: primero de ha de estudiar el daño, luego la imputación y, finalmente, la justificación del por qué se debe reparar, esto es, el fundamento. (...)”* ²³, y en este asunto se tiene incertidumbre acerca de la configuración o no del daño.

En lo que atañe al valor probatorio de los recortes de periódicos o diarios, que es en últimas donde se procura fundamentar las pretensiones de la demanda, la posición de la Jurisprudencia contencioso administrativa ha sido no darles peso suasorio por sí mismos, pues únicamente tienen la capacidad de acreditar que se dio una información, pero de ninguna forma sustentan la veracidad de los hechos. De allí que se haga necesario respaldar su contenido con otros medio de persuasión. (Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). Por consiguiente, de las copias de la publicaciones allegadas, interesa a este Juzgado en gran medida las publicaciones que a la ciudadanía se hizo por parte de la demandada, insistiéndole en el cuidado que debe tener al momento de realizar operaciones que impliquen depósito de dinero con personas no autorizadas para ello por la autoridad competente, al igual que la comunicación de las decisiones tanto de carácter administrativo (medidas cautelares) como jurisdiccional, que se hayan tomado al respecto ante esta situación, lo cual se ha acreditado plenamente.

A sabiendas que al no tener los elementos que permitan a este Juzgador determinar cuál fue el negocio jurídico celebrado entre el señor Alejandro Robayo Nieto y DMG Grupo Holding S.A, lo que permitiese conocer en esencia el daño alegado e inferir la negligencia endilgada al Estado, lo que frenaría el subsiguiente análisis, aún en gracia de discusión, se puede afirmar, que fue evidente que ante la oportunidad de recibir altos rendimientos, el accionante no verificó que la empresa donde entregaba su dinero

²³ JUAN CARLOS HENAO, “El Daño”, Universidad Externado de Colombia, Segunda reimpresión, págs. 36 – 37.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

tuviere la autorización para captar recursos del público, en lo que tanto insiste la Superintendencia Financiera, y que contase con las garantías con las que cuentan los entes vigilados, por lo que se infiere, asumió a cuenta propia el riesgo.

Se trae a colación lo dicho por el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, que sobre un caso como el particular, señaló²⁴:

“(…) Dentro del acervo probatorio, obra informe de visita sobre captación de dineros al público en forma masiva y habitual, en donde de acuerdo con la información extractada de la contabilidad y suministrada por la sociedad Cáceres & Ferro S. A., la Comisión de Visita logró establecer una captación de dineros del público en forma masiva y habitual de la sociedad fiduciaria mencionada, obrando en calidad de gestora de los fideicomisos que administraba.

En efecto, se determinó que la sociedad fiduciaria desde el tres (3) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995), venía recibiendo dineros del público a título de mutuo a través de pagarés en los cuales figuraban como deudor los fideicomisos Moderno Park, Altamira Plaza, Bellavista y el Carey.

La Comisión de Visita estableció que la sociedad fiduciaria Cáceres y Ferro S. A., se encontraba incurso en la conducta descrita en el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, esto es, que de los balances que analizó la Comisión de Visita, se apreciaron pasivos conformados por obligaciones con más de veinte (20) personas y se apreció que en nueve (9) de los balances referidos sobrepasó el cincuenta por ciento (50%) del patrimonio del respectivo fideicomiso, y en los que superaba dicho porcentaje, las operaciones de mutuo eran resultado de ofertas privadas a personas innominadas.

De acuerdo con dichas actuaciones, la Superintendencia Bancaria de acuerdo con las facultades otorgadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, procedió a inspeccionar y verificar el estado financiero, legal y de funcionamiento de la sociedad fiduciaria mediante las visitas realizadas, y señalándose que dichas visitas también se debieron a quejas presentadas ante la Superintendencia Bancaria, como se expuso en la Resolución 0721 de 1999, por el incumplimiento en las obligaciones contraídas.

A este respecto, una vez tuvo conocimiento de las prácticas irregulares realizadas por la sociedad fiduciaria, de conformidad con el artículo 326 numeral 4 literales a) y b), procedió a realizar las visitas de inspección, con el fin de corroborar el desarrollo de dichas prácticas, en especial el grado de incumplimiento de las obligaciones y la captación masiva y habitual de dinero, por lo que eligió la toma de posesión de la sociedad fiduciaria con el fin de proteger a terceros.

Es así, que por medio de la Resolución 0721 del trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), realizó la toma de posesión de la sociedad fiduciaria Cáceres y Ferro S. A., de conformidad con los artículos 326 numeral 5 literal d), 114 y 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

²⁴ Sentencia del 10 de septiembre de 2014, con ponencia de Olga Melida Valle De La Hoz, radicada con el No. 25000-23-26-000-2001-11063-01(27688)

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

De los asertos anteriores, considera la Sala que no se evidencia una falla en el servicio por parte de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), teniendo en cuenta que su actuación fue oportuna, toda vez que se percató de las irregularidades contables, financieras, en negocios jurídicos no autorizados por la ley, cesación de pagos de obligaciones, y como se adujo anteriormente, con el fin de evitar el menoscabo de patrimonios de terceras personas y de los inversionistas, la mejor opción fue la toma de posesión.

Es claro para la Subsección, que en el presente asunto no existió la celebración de negocio fiduciario alguno, fiducia mercantil o encargo fiduciario, por cuanto no se constituyó patrimonio autónomo alguno afecto a alguna finalidad dada por el fiduciante, por ende no es plausible endilgar responsabilidad a la demandada por las irregularidades realizadas por la sociedad fiduciaria intervenida, por cuanto el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que el Estado debe ejercer sobre las entidades que administran recursos captados al público, no garantiza que el patrimonio de los depositantes no resulte afectado como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la actividad de intermediación financiera.

Ahora bien respecto de las causales exonerativas de responsabilidad, esta Corporación ha considerado:

“[L]o que realmente sucede cuando se evidencia la concurrencia y acreditación de una de tales circunstancias es la interrupción o, más exactamente, la exclusión de la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad de reparar el daño a la entidad demandada; es decir, la operatividad en un supuesto concreto de alguna de las referidas “eximentes de responsabilidad” no destruye la tantas veces mencionada relación de causalidad, sino la imputación.”²⁵

Dentro de las causales de exoneración de responsabilidad, para el presente asunto, sobresale la culpa exclusiva de la víctima, siempre y cuando se evidencie que el comportamiento del afectado fue determinante y decisivo en la generación del daño. Al respecto la jurisprudencia ha señalado:

“Sobre el punto conviene traer a colación que la culpa exclusiva de la víctima se refiere a que su participación sea determinante en la producción del daño, es decir que tenga entidad suficiente para imposibilitar la imputación a la demandada y debe ser probada por quien la invoca (...)”²⁶

Consecutivamente, es menester mencionar que de conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, el juez está en la obligación de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del once (11) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación: 05001232600019950120301 (17145). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del diecinueve (19) de junio de dos mil trece (2013). Radicación: 25000-23-26-000-2001-00648-01(27123). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

otra excepción de mérito que encuentre probada, aun cuando quien recurre el fallo de primera instancia sea apelante único.

Con relación a lo anterior, la Sala Plena de la Sección Tercera consideró:

“Adicionalmente, mal puede perderse de vista que con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que según las voces del artículo 90 constitucional, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en cada caso concreto es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada –además de la antijuridicidad del mismo, claro está–, análisis de imputación que de modo invariable debe conducir al Juez de lo Contencioso Administrativo, propóngase, o no, la excepción respectiva por la parte interesada, esto es de oficio o a petición de parte, a examinar si concurre en el respectivo supuesto en estudio alguna eximente de responsabilidad, toda vez que la configuración de alguna de ellas impondría necesariamente, como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada.”²⁷

En el caso de marras, es evidente para la Subsección que el negocio jurídico celebrado por los demandantes con la sociedad fiduciaria Cáceres y Ferro S. A., no se enmarcó dentro de los actos jurídicos autorizados por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es decir, se itera, no hubo una constitución de un patrimonio autónomo para la realización de un proyecto inmobiliario o de inversión, por lo tanto considera la Sala que las partes demandantes no pueden excusar su actuar en el desconocimiento de la ley para trasladarlo a la entidad demandada; en efecto el artículo 9 del Código Civil prescribe:

*“Artículo 9. **Ignorancia de la ley.** La ignorancia de las leyes no sirve de excusa.”*

Se tiene que los demandantes no fueron diligentes en su actuar, teniendo en cuenta que celebrar contratos de mutuo con una sociedad fiduciaria, no está dentro de las operaciones autorizadas por el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por cuanto existió el deber por parte de los demandantes de verificar si el negocio jurídico celebrado se encontraba dentro de dichas operaciones.

En reciente sentencia esta Subsección consideró sobre el particular:

“Para el caso en concreto, el demandante, según los hechos de la demanda y lo probado dentro del proceso, entregó unos dineros al representante legal de la sociedad fiduciaria, para que éste, mediante la suscripción de dos pagarés, devolviera el dinero entregado más el pago de interés corrientes al 37% mensual vencido. A juicio del actor, éste entregó unos dineros para invertirlos en el proyecto inmobiliario Portal de Rosales.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación: 5200123310001996745901 (23.354). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

*Esta Subsección evidencia, que contrario a la inversión efectuada en un proyecto inmobiliario, el actor ejecutó una actividad diferente y celebrada con el representante legal de la fiduciaria. **El actor no puede excusar el desconocimiento de la ley para trasladar su responsabilidad a la entidad demandada. Lo anterior se sustenta en que si el señor Hernán Sánchez deseaba invertir su dinero para obtener rendimientos financieros o utilidades al término de un plazo, no debió ejecutar negocio jurídico alguno con una empresa que tenía por expresa prohibición legal la posibilidad de captar dineros de forma masiva y habitual mediante este tipo de figuras jurídicas.***

*La actuación del actor en entregar \$91.018.047 a una sociedad fiduciaria para que ésta a cambio sólo entregara el mismo dinero con rendimientos financieros mediante el pago de intereses corrientes y, por el contrario no otorgarle una contraprestación por los bienes o servicios que debe prestar una sociedad fiduciaria con fundamento en las operaciones que únicamente puede realizar según lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 633 de 1993 (E.O.S.F), **a todas luces conlleva a que no fue diligente, por cuanto debió asesorarse y verificar si esta actividad era plausible y lícita** respecto de una sociedad fiduciaria que tiene por objeto principal administrar o enajenar los bienes transferidos por parte de una persona (sea natural o jurídica) para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente.*

*Por lo tanto, esta Subsección considera que el hecho de la víctima en practicar negocios jurídicos con una sociedad fiduciaria mediante contratos de mutuo, que desbordaban el objeto contractual de la fiduciaria, y adicionalmente porque no invirtió el dinero en ningún proyecto, primero porque no obra prueba de ello según lo establece la ley, segundo, porque si lo invirtió debió especificarse las instrucciones para administrar e invertir el dinero dado, cosa que no se evidencia dentro del plenario, y contrario a ello sí se acreditó que se celebraron contratos de mutuo, **por lo que entonces se trata de un desconocimiento de la ley por parte de la víctima en la restricción que para este tipo de sociedades implica captar dineros del público en forma masiva y habitual, exonera de toda responsabilidad a la entidad demandada.***²⁸

A todas luces, la conducta de los demandantes excedió el objeto contractual del negocio fiduciario, pregonándose entonces un desconocimiento por parte de los demandantes del ordenamiento jurídico.(...)”

Así entonces, le asistía a la demandante el deber de diligencia por el cual debía verificar si la actividad económica de DMG Grupo Holding S.A era lícita y cuáles eran las garantías que respaldaban las obligaciones monetarias contraídas²⁹.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación: 250002326000200101062 01 (29137). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁹ Conforme a lo señalado por la H. Corte Constitucional en la sentencia C – 651 de 1997, la cual, al analizar si la disposición contenida en el artículo 9 del Código Civil - “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa” - iba contra los principios constitucionales de presunción de buena fe, la igualdad y la vigencia de un orden justo, advirtió:

“El deber de observar el comportamiento prescrito por las normas jurídicas o afrontar las consecuencias negativas que se siguen de su transgresión, es presupuesto de todo ordenamiento normativo, bien sea que

se lo formule explícitamente, como en la norma que se analiza, o que se halle subyacente e implícito, como en los regímenes donde prevalece el derecho consuetudinario.

La necesidad fáctica de ese presupuesto se confunde con el carácter fatalmente heterónomo que ostentan las normas jurídicas, puesto que la convivencia ordenada (propósito justificativo del Estado), no es dable si los deberes jurídicos no son exigibles con independencia de las representaciones cognitivas y de los deseos de quienes conforman la comunidad política. En otros términos: la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita. (...)

2.3. La existencia de ese deber a la luz de la Constitución colombiana.

Lo que hasta aquí se ha dicho, muestra la necesidad de una norma como la demandada y su presencia constante en los ordenamientos jurídicos más disímiles, pero no dispensa de confrontarla con la Constitución colombiana vigente, y particularmente con los principios que los actores juzgan transgredidos, para poder concluir si su permanencia dentro de nuestro ordenamiento se halla o no justificada. Pasa la Corte a ocuparse de ello.

2.3.1. Desconocimiento de la presunción de buena fe y, consiguientemente, de la presunción de inocencia consagrada, en los artículos 83 y 29 de la Constitución que, conforme al artículo 4, es "norma de normas".

El contenido de la disposición demandada no quebranta las presunciones previstas en los artículos referidos, por las razones siguientes:

a) Presunción de inocencia (art. 29). *El sentido de dicha presunción es éste: Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9 demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza mayor, perfectamente diferenciables de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos.*

b) Presunción de buena fe. *Lo que dispone el artículo 83 de la Constitución, es que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, se presume que aquéllos no actúan movidos por propósitos de engaño o dolo, y que si alguien asevera que es ése el caso, debe probar su aserto. Tan próxima se encuentra esta presunción a la de inocencia que son virtualmente inescindibles. Por tanto es pertinente, con respecto a ella, el argumento anteriormente expuesto, a saber: que si alguien aduce que ignoraba que su conducta torticera fuera censurada por el derecho, la eficacia de tal argumento está jurídicamente descartada.*

2.3.2. Quebrantamiento del principio de igualdad

Arguyen los actores que la norma acusada comporta un quebranto del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta, puesto que las circunstancias en que se encuentran los destinatarios de la ley, suelen ser significativamente diferentes. Mientras algunos tienen fácil acceso a su contenido, para otros (quizás la gran mayoría) tal acceso es imposible en la práctica. Sobre el punto es pertinente observar lo siguiente: el artículo 13 citado, al recoger el postulado de la igualdad ante el derecho, lo que dispone es precisamente lo contrario de lo que alegan los actores. Por que tal igualdad comporta que, en principio, las personas son titulares de las mismas potestades y destinatarias de las mismas obligaciones que el ordenamiento jurídico determina.

Precisamente la disposición que hoy se cuestiona, fue demandada como contraria al contenido del artículo 16 de la Carta anterior, que implícitamente recogía el principio de igualdad. Y al desechar el cargo, dijo la Corte Suprema, en fallo elaborado por el Magistrado Luis Carlos Sáchica: "Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y a otros. Esto es, se repite, una igualdad de derechos y no de medios. Si no se acepta este principio, se rompe la unidad y uniformidad del orden jurídico, atomizado en múltiples estatutos particulares, o sea, en un sistema de estatutos privados privilegiados (...) Excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora equivale a establecer un privilegio a su favor violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico"[Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 30 de marzo de 1978]

Pues bien: aunque el artículo 13 de la Constitución actual es más enfático y explícito en la consagración del principio de igualdad, los argumentos transcritos de la citada sentencia son, en esencia, aplicables al caso sub-lite.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Ahora: como podría argüirse que si bien la norma acusada no quebranta la igualdad formal, si desconoce la igualdad real, al pasar por alto las diferentes situaciones de hecho en que se encuentran los distintos destinatarios, volverá la Corte sobre el punto, a modo de colofón, al exponer algunas razones justificativas de la norma demandada, válidas, en general, contra todos los argumentos esgrimidos por los actores.

2.3.3. Violación del preámbulo y de los artículos 2 y 229 de la Constitución.

A juicio de los demandantes, exigir el cumplimiento de la ley a quien no la conoce, implica un acto de evidente injusticia y, por ende, resulta violatorio de uno de los fines del Estado colombiano, consistente en la vigencia de un orden justo, y del acceso a la administración de una recta justicia.

Sobre el punto debe considerar la Corte que la búsqueda de un ideal de justicia material consagrado en la Carta, no puede confundirse con la posibilidad de que cada uno reclame la concreción de ese propósito desde su particular perspectiva y según su concepción de lo justo. Lo que debe determinarse es si en realidad la norma demandada resulta contraria al orden justo que configura y anticipa la Constitución.

Puede considerarse violatoria de la justicia sin lugar a dudas, y específicamente del orden justo prefigurado en la Constitución, una norma que imponga una obligación a quien no se encuentra en condiciones de cumplirla. "Ad impossibilia nemo tenetur" es un aforismo del derecho romano, cuya vigencia no caduca. ¿Es ése el caso del artículo 9° demandado? Pasa la Corte a examinar el punto.

Para los efectos de esta sentencia, puede asumirse, a grandes rasgos, que las normas que una persona puede ignorar, relevantes en el problema que se analiza, se reducen a dos categorías: 1) las que imponen deberes; y 2) las que indican modos de proceder adecuados para lograr ciertos fines.

Sin duda, las más importantes, en función del asunto planteado, son las que pertenecen a la primera categoría, puesto que de su transgresión pueden seguirse sanciones. La pregunta que debe plantearse es, entonces, la siguiente: ¿es preciso para conocer los deberes de los que se es destinatario, conocer las normas donde se originan? Dicha pregunta puede responderse negativamente, por las elementales razones que a continuación se exponen:

1) Los deberes esenciales que a una persona ligan como miembro integrante de una comunidad pueden captarse de manera espontánea mediante la interacción social. Si se asume la perspectiva (indicada por Hart) del observador externo, basta con mirar alrededor para observar ciertas regularidades constantes en el comportamiento de los miembros particulares de la comunidad, el aplauso o censura difusos y la respuesta de las autoridades ante las conductas desviadas. El campesino sabe que si se emborracha y riñe, corre el riesgo de que lo lleven a la cárcel porque, ha sido testigo de lo que le ocurrió a su amigo, o alguien se lo ha contado. De esa manera, de modo imperceptible va pasando de lo que el mencionado autor llama aspecto externo del derecho, a su aspecto interno, puesto que infiere que a él puede sucederle lo mismo.

Esto puede conceptualizarse diciendo que empieza a identificar la norma que se aplica a su amigo como una norma que a él puede aplicársele en circunstancias parecidas, aunque no sepa qué es una norma y nunca tenga acceso a su texto. No es preciso, para saber que el homicidio está sancionado con prisión, haber leído el código penal y ni siquiera el artículo concreto que establece el castigo para quien mate a otro. De igual forma, para saber que ciertos hechos o actividades están gravados con impuestos, no es preciso ser un experto tributarista. A partir de esos ejemplos significativos pueden pensarse muchas situaciones típicas de las que el ordenamiento jurídico denomina conductas obligatorias.

Como reglas típicas de la segunda categoría, pueden citarse las que establecen la manera de celebrar contratos. La inobservancia de tales reglas no apareja propiamente sanciones sino más bien resultados fallidos. Porque ellas funcionan de manera similar a las relaciones causales del mundo físico; v.gr: si alguien, por ignorancia, no otorga escritura pública para enajenar un bien inmueble, no padece un castigo. Simplemente no creó el título apto para transferir la propiedad del bien. Del mismo modo que si alguien quiere cortar un árbol y no usa el hacha o la sierra -instrumentos adecuados para tal fin-, que el árbol siga en pie no es un castigo sino la consecuencia natural de no haber procedido de modo idóneo. Tan absurdo sería pretender que se le atribuyera efecto al conato de venta en consideración a la ignorancia del frustrado contratante, como considerar derribado el árbol ante la acción torpe de quien pretendiera abatirlo con una navaja. No son, pues, consideraciones de orden ético, sino de orden fáctico las que determinan que esos, y no otros, puedan ser los efectos consiguientes a la ignorancia de ese tipo de normas. (...)

Es claro, desde luego, que el deber jurídico implícito en la ficción supone, a la vez, una obligación ineludible a cargo del Estado: promulgar las leyes, pues sólo a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de su inobservancia.

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

La actividad de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. de captación ilegal de dineros era explícita, ya que recibía dineros sin títulos valores que garantizaran las obligaciones monetarias y ofrecía la posibilidad de rendimientos exorbitantes, razón por la cual el aparato Estatal debió ponerse en acción expidiendo los decretos de estado de excepción, lo que justificó el actuar de las entidades comprometidas en la intervención de la multicitada sociedad.

Así las cosas, al no estar debidamente probado el daño sufrido por la demandante y que además, fue su propio actuar el que generó el presunto daño alegado, tal como lo habían propuesto en sus excepciones la Superintendencia Financiera, no habrá lugar a conceder las pretensiones de la demanda.

7. COSTAS

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sesenta y Seis Administrativo Oral de Bogotá administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: A costa de la parte interesada, **EXPÍDANSE** las copias que sean solicitadas.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

No puede desprenderse de lo anterior que la educación juegue un papel insignificante en el conocimiento del derecho y en el cumplimiento de los deberes que de él se desprenden (aunque a menudo se utiliza para evadirlos sin dejar rastro). Por esa razón, entre otras, el derecho a acceder a ella ocupa un lugar importante en la Carta. Pero no puede argüirse razonablemente que quienes carecen de educación o tienen dificultades para conocer la ley, se encuentran imposibilitados para conocer sus deberes esenciales y que por tanto deban ser relevados de cumplirlos. (...)

La solidaridad social, un hecho inevitable que la Constitución reconoce para construir sobre él conductas socialmente exigibles, ligada al artículo 13, invocado por los demandantes como norma violada por el artículo cuestionado, pero que, como quedó expuesto, sirve más bien de fundamento al imperativo que él contiene, así como el artículo 95 que establece de modo terminante: "Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes", constituyen sólido fundamento de la disposición acusada que, por los motivos consignados, debe ser declarada conforme a la Constitución."

PROCESO: 11001333103520110000200
DEMANDANTE: ALEJANDRO ROBAYO NIETO
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
MEDIO CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MILTON JOJANI MIRANDA MEDINA
JUEZ**

Firmado Por:

**MILTON JOJANI MIRANDA MEDINA
JUEZ
JUZGADO 066 ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA DE LA CIUDAD DE
BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

cc5896ab4dd8f82d5f1354a8d8273c38dbe67164c362797da0fcd918d79789a0

Documento generado en 29/06/2021 11:59:41 p. m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**