



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, diez (10) de Marzo de Dos Mil Veinte (2020)

Sentencia No. 00087

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	76 001 33 31 015 2011 00040 01
Demandante	Andrés Felipe Ayala Londoño y otros
Demandado	Nación – Superintendencia Financiera y otros
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo de Valle del Cauca en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 3º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia del 08 de octubre de 2015, proferida por el Juzgado Administrativo de Descongestión de Pasto, que resolvió: (se transcribe literal, con posibles errores)

PRIMERO: Declarar probada la excepción de fala de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, la Superintendencia de Sociedades, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo conforme las disquisiciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Financiera de Colombia, conforme el análisis (sic) expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Declarar no probada la excepción de falta de competencia del despacho para conocer el proceso, conforme a los razonamientos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: Declara no probada la excepción de falta de competencia del Despacho por agotamiento de jurisdicción, conforme a los razonamientos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: Declara no probada la excepción de petición antes de tiempo, conforme a los razonamientos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

SEXTO: Denegar las pretensiones elevadas en la demanda de reparación directa de la referencia, conforme a los razonamientos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

SÉPTIMO: No imponer condenas por costas.

OCTAVO: La Secretaría notificará la sentencia en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil y entregará, a la ejecutoria, si lo hubiere, el remanente por concepto de gastos del proceso al apoderado judicial de la parte demandante.

NOVENO: A la ejecutoria de esta providencia se archivará el expediente previa anotación en el libro radicador.”

II.- ANTECEDENTES

- DEMANDA

Los señores Andrés Felipe Ayala Londoño y Digna Sita Ordóñez, actuando a través de apoderado judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiscalía General de la Nación, la Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Financiera y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con el fin de que se les declarara extracontractualmente responsables por los perjuicios materiales y morales que les fueron causados a los demandantes por la presunta omisión administrativa en que incurrieron al no ejercer una adecuada vigilancia sobre la captadora ilegal de dineros del público PROYECCIONES D.R.F.E.

- Hechos

La parte actora fundamenta su demanda en los hechos que a continuación se resumen:

Que el establecimiento de comercio Proyecciones D.R.F.E., propiedad del señor Carlos Alfredo Suárez, se encontraba inscrito en la Cámara de Comercio de Pasto Nariño para el ejercicio de la actividad económica de rentistas de capital.

Relata que a la Superintendencia Financiera se le dirigieron varias comunicaciones por parte de otras entidades y particulares desde el mes de junio de 2008, dando cuenta de las actividades que desempeñaba el señor Carlos Suarez, por intermedio del establecimiento de comercio Proyecciones DRFE.

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Que el día 05 de septiembre de 2008, la Superintendencia Financiera ordenó una visita de inspección a Proyecciones D.R.F.E. en la ciudad de Pasto, la cual se efectuó entre el 8 y el 19 de septiembre de 2008, por funcionarios de la Entidad.

Asegura que la Superintendencia no realizó actividad alguna tendiente a resolver las comunicaciones, peticiones y oficios, omitieron actividades propias de su competencia de supervisión de actividades financieras, con la finalidad de adoptar oportunamente las medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, estipuladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Sostiene que la Superintendencia Financiera hizo uso tardío de sus competencias, cuando decide practicar visita al establecimiento de comercio Proyecciones D.R.F.E. Luego, el día 11 de noviembre de 2008, tomó en posesión al establecimiento de comercio mediante la Resolución No. 1778 del 2008 por la captación masiva de dineros públicos.

Relata que el señor Andrés Felipe Ayala Londoño, depositó en Proyecciones DRFE valores por la suma total de \$15.900.000. Por su parte, la señora Digna Sita Ordóñez el día 28 de octubre de 2008 depositó la suma de \$10.000.000.

Que el establecimiento de comercio antes señalado, operaba de manera pública, pacífica e ininterrumpida ante la vista de la ciudadanía en general y de las autoridades administrativas del orden local y nacional, además contar con la anuencia de las autoridades de control como la Fiscalía General de la Nación.

Manifiesta que el Presidente de la República el 12 de noviembre de 2008 se pronunció sobre la intervención a la pirámide DRFE, por captación de dinero de manera ilegal.

Asegura que frente a la solicitud de devoluciones de dineros presentada por los mandantes, recibieron la suma irrisoria de \$350.000.

Fundamenta sus pretensiones en los artículos 1º, 2º, 4, 6, 11, 13, 16, 25, 29, 58, 90, 93, 189 y 335 de la Constitución Política. Los artículos 86 y 267 del C. C.A., El artículo 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995. Artículo 66 de la Ley 489 de 1998. Decreto 4327 de 2005 y demás normas concordantes.

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- **CONTESTACIONES**

Ministerio de Comercio Industria y Turismo. ¹

A través de apoderado, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, por cuanto carece de legitimación en la causa por pasiva pues, conforme las funciones del Ministerio no le compete ejercer la inspección, vigilancia y control de las captadoras no autorizadas de recursos públicos.

De otra parte, alega que la demanda no fue acompañada de documento idóneo que acredite el carácter con el que el actor se presenta al proceso. Propone la excepción de caducidad de la acción, por cuanto los antecedentes fácticos de la demanda datan del año 2008, pero la demanda fue radicada en el mes de enero de 2011.

Adicionalmente, formula las excepciones de la falta de competencia por agotamiento de jurisdicción, la inexistencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad, la inexistencia de daño, nexo causal entre el supuesto daño y la acción endilgada a la autoridad.

También aprecia la excepción de riesgo tomado existencia de riesgo inherente a los negocios financieros. Correlación del riesgo frente a la tasa de retorno prometida y carácter aleatorio de los contratos suscritos.

De igual manera señalo que el Estado dispuso de los mecanismos para la devolución de los dineros por parte de quienes tenían dicha obligación, es decir los intervenidos. El estado no está obligado a la devolución porque él no fue el causante de ningún daño.

Superintendencia de Sociedades ²

Por conducto de apoderada judicial manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

¹ Folios 188 y 229 Cdno. 1

² Folios 230 a 315 cdno. 1

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Destaca que el hecho de que el establecimiento de comercio DRFE posee RUT, y declare impuestos no convierte las actividades de DRFE en lícitas, dado que, su objeto real era la captación masiva habitual e ilegal de recursos del público, y no contaba para ello con la debida autorización estatal.

Sostiene que el Gobierno Nacional advirtió desde diciembre del año 2006, en diarios de amplia circulación el fenómeno de la captación y emitió advertencias a la ciudadanía, previniendo e informando a la ciudadanía en general, que debían abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público.

Aduce que la Superintendencia no tenía injerencia alguna respecto de los establecimientos de comercio DRFE pues el objeto de su inspección, control y vigilancia antes de las facultades otorgadas al amparo del decreto de emergencia social eran las sociedades comerciales y empresas unipersonales, fueron los captadores los que generaron con su conducta un hecho sobreviniente e imprevisto que no podía ser controlado con las herramientas jurídicas con las que no se contaba.

Manifiesta que en el caso concreto no existió la falla del servicio, por cuanto el daño es inexistente, pues, la demanda carece de pruebas para acreditar las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepciones la culpa exclusiva de la víctima, la culpa exclusiva de un tercero, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de configuración de los elementos de la responsabilidad del estado. Asimismo, propuso la inexistencia de un daño cierto, la inexistencia de daño antijurídico por cuanto los demandantes se expusieron voluntariamente a los perjuicios, la inexistencia de nexo causal entre el supuesto daño y la supuesta acción u omisión de la autoridad pública que represento. La culpa de la víctima, la inexistencia de violación del principio de la confianza legítima, la inexistencia de omisión o falta por parte de las entidades públicas por cuanto los hechos a los que se refiere la acción constituyen una situación extraordinaria y sobreviviente frente a la cual fue necesario decretar la emergencia social.

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Ministerio de Hacienda y Crédito Público ³

Por conducto de apoderado judicial, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que el Estado actuó de manera oportuna y urgente, iniciando las investigaciones correspondientes que arrojaron como resultado demostrar la existencia de causales de captación respecto de personas naturales y jurídicas que desarrollaban dichas actividades son contar con la autorización debida.

Como excepciones de mérito formuló: *“AGOTAMIENTO DE JURISDICCIÓN-FALTA DE COMPETENCIA DEL DESPACHO PARA CONOCER DEL PROCESO. EXISTENCIA DE OTRAS ACCIONES DE GRUPO EN LAS QUE SE DISCUTE ASUNTOS SIMILARES A LOS QUE SE PLANTEAN DENTRO DEL PRESENTE PROCESO.”*, *“INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD”*, *“INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO”*, *“INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR CUANTO LA PARTE DEMANDANTE SE EXPUSO VOLUNTARIAMENTE A LOS PERJUICIOS”*, *“INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA QUE REPRESENTO”*, *“HECHO DE UN TERCERO”*, *“INEXISTENCIA DE OMISIÓN O FALTA POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS POR CUANTO LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE LA ACCIÓN CONSTITUYEN UNA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA Y SOBREVIVIENTE FRENTE A LA CUAL FUE NECESARIO DECRETAR LA EMERGENCIA SOCIAL”*, *“LA PARTE DEMANDANTE NO ACTUÓ CON BUENA FE EXENTA DE CULPA Y CREADORA DE DERECHOS”*, *“EL ESTADO ACTUÓ PARTIENDO DE LOS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS CON LOS QUE CONTABA PARA EL MOMENTO EN QUE SE DETECTÓ LA EXISTENCIA DE LAS PRIMERAS PIRÁMIDES”*, *“ABSOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN”*, *“LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL ESTADO COLOMBIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, FRENTE A LA LABOR DE VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL Y DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA, IMPIDE QUE SE SEÑALE COMO RESPONSABLE DEL FENÓMENO OCASIONADO CON LA DESBORDADA CAPTACIÓN ILEGAL DE DINEROS DEL PÚBLICO”*, *“RIESGO TOMADO EXISTENCIA DE RIESGO INHERENTE A LOS NEGOCIOS FINANCIEROS, CORRELACIÓN DEL RIESGO FRENTE A LA TASA DE RETORNO PROMETIDA Y CARÁCTER ALEATORIO DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS.”* *“EL ESTADO DISPUSO DE LOS MECANISMOS PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS POR PARTE DE QUIENES TENÍAN DICHA OBLIGACIÓN, ES DECIR*

³ Folios 316 a 409 cdno. 2

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

LOS INTERVENIDOS. EL ESTADO NO ESTÁ OBLIGADO A LA DEVOLUCIÓN PORQUE ÉL NO FUE EL CAUSANTE DE NINGÚN DAÑO”, “LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LA CAPTACIÓN ILEGAL SIEMPRE HAN NEGADO RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CASO COMO EL QUE AHORA SE DISCUTE”, y la “NO EXISTEN CONDICIONES QUE PERMITAN CONFIGURAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA”.

Fiscalía General de la Nación ⁴

Dentro del término legal para el efecto, la Fiscalía General de la Nación, manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones del libelo introductorio, por cuanto no le constan los hechos en que se funda la demanda. En ese sentido, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Entidad por cuanto no le corresponde controlar empresas captadoras de dinero, legales o ilegales, sino la de investigar la ocurrencia de conductas punibles que le sean puestas en conocimiento, por parte, entre otros, de los ciudadanos. Situación contraria llevaría entender que cualquier comisión de un delito es responsabilidad de la Fiscalía.

De igual manera, propuso las excepciones de hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, y la ausencia de nexo de causalidad entre los daños y la actividad de la Fiscalía General de la Nación.

Superintendencia Financiera de Colombia ⁵

La Entidad por conducto de apoderada judicial, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y solicita sean denegadas por siguientes razones. Expone que la eventual entrega de dineros que efectuó la demandante al establecimiento Proyecciones DRFE provino de su fuero interno, por consiguiente la Superintendencia no tuvo injerencia alguna en su proceder.

Manifiesta que la parte actora reconoció en su demanda que el establecimiento de comercio donde efectuó su “inversión”, carecía de la capacidad jurídica ni la autorización legal para captar dineros del público. Es decir que, de manera libre y

⁴ Folios 410 a 427 cdno. 2

⁵ Folios 427 a 813 cdno.2 y 3

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

voluntariamente asumió el riesgo y sin la menor precaución y reparo entregó sus capitales, motivado únicamente en las “exorbitantes” ganancias ofrecidas.

Precisa que se debe tener en cuenta que, por su naturaleza el establecimiento de comercio Proyecciones DRFE, no podía estar habilitado para realizar operaciones pasivas de crédito, propias de las entidades sujetas a la vigilancia, control y supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia, las cuales se encuentran taxativamente reseñadas en el numeral 2° del Estatuto Orgánico del Sistema.

Aclara que, el hecho de que en forma paralela a la intervención de Proyecciones DRFE se hayan intervenido algunas personas naturales y jurídicas que incurrieron en actividades de captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización legal previa, no evidencian, como equivocadamente lo afirma la demandante, un conocimiento previo del Estado acerca de la ilegalidad de este tipo de operaciones; lo que denota, es que ante la proliferación de este fenómeno, las autoridades del Estado y en especial la Superintendencia Financiera de Colombia, emplearon su mayor diligencia para reprimir aquel fenómeno de captación irregular y no autorizada tomando las medidas administrativas necesarias dentro de los precisos lineamientos legales existentes antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Social y con fundamento en las motivaciones y medidas contenidas en el Decreto 4333 de 2008.

Advierte que debe tenerse como confesión que la misma actora hace al reconocer que quien está llamado a resarcir los daños y perjuicios reclamados es el propietario de aquel establecimiento de comercio, que en forma irregular y sin autorización previa captó sus recursos bajo simuladas formas negociales, ocultas a cualquier control legal.

En ese sentido, considera que las pretensiones además de carecer de soporte fáctico y jurídico, devienen improcedentes por la ausencia de nexo causal entre el supuesto daño que a través de dicho establecimiento se le pudo causar y las funciones de vigilancia y control que la Superintendencia Financiera de Colombia, en el marco legal de su competencia ha realizado.

Finalmente propuso como excepciones la “*petición antes de tiempo*”, “*Inexistencia de un daño cierto*”. *Sometimiento al trámite concursal que por fuero de atracción y*

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

universalidad es el escenario idóneo para las reclamaciones de índole económica como la presente.”, “Culpa exclusiva de la víctima”, “Imputación errónea del daño. Responsabilidad de un tercero.”. “Falta de competencia”; “cosa juzgada constitucional respecto de los Decretos Legislativos expedidos por el Gobierno Nacional y que entre otras disposiciones sirvieron de referente a la Superintendencia Financiera de Colombia para adoptar medidas cautelares respecto de organizaciones incursas en actividades de captación ilegal de recursos del públicos.”.

- **SENTENCIA RECURRIDA**

En sentencia de fecha 08 de octubre de 2015, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Pasto,⁶ declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, la Superintendencia de Sociedad y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. De igual manera denegó las pretensiones de la demanda al considerar que el daño padecido no fue antijurídico.

Estimó que en el caso concreto se pretendía la indemnización de perjuicios por el presunto daño antijurídico causado por la omisión o irregularidad en la ejecución de las funciones de vigilancia, control y supervisión de la actividad financiera con la que se captó dineros del público por parte de terceros, quienes posterior a ello no devolvieron los mismos ni tampoco los cuantiosos rendimientos prometidos en el plazo de un mes al ahora demandante.

En esa medida, explicó que el título de imputación aplicable al caso particular era la falla del servicio, para lo cual transcribió jurisprudencia del Consejo de Estado. Sobre el daño antijurídico del sub examine manifestó que no fue demostrado mediante material probatorio idóneo y suficiente, pues la prueba documental y testimonial refieren de la entrega de dinero a un particular. Explica que “los documentos denominados “formularios” con el logotipo de “DRFE”, son documentos privados de naturaleza dispositiva que no tienen eficacia “per se” respecto de terceros, sino solamente ente las partes suscribientes el contenido de esos documentos no pueden presumirse ciertos, en tanto no han sido reconocidos judicialmente en audiencia por su autor. ... los mentados documentos no tienen características de título ejecutivo o de contrato de mutuo, que ofrezca respaldo

⁶ Folios 1087 a 1109 cdno. 1

jurídico en tanto al cumplimiento de una obligación clara expresa y exigible, de la que pueda desprenderse responsabilidad de las partes.”

Sostiene que en las declaraciones de parte, los actores admitieron que no verificaron la procedencia de los recursos que esperaban obtener como rendimientos de los dineros entregados al particular, sino que se confiaron por que otras personas también entregaban sus dineros a la entidad y recibían rendimientos extraordinarios del 100% en un mes.

Bajo ese razonamiento, concluyó que la parte actora inobservó los más elementales cánones de la prudencia, la buena fe y previsión al momento de entregar su capital líquido a una entidad dirigida por particulares. A su parecer, el daño sufrido por los demandantes no se torna antijurídico, al haber sido propiciado por los afectados.

Señala con fundamento en el artículo 84 Superior que, el Estado únicamente cuenta con la capacidad regulatoria y sancionatoria respecto de actividades económicas y comerciales de particulares, pero no puede intervenir restringiendo la voluntad de los particulares de impidiendo la celebración de ciertos negocios jurídicos regidos en las normas del Código Civil y el Código de Comercio.

Destaca el A quo que en el curso del proceso la Superintendencia Financiera de Colombia acreditó haber publicado numerosos avisos en medios de comunicación, en los que se prevenía a la ciudadanía respecto del riesgo de entregar sus dineros a entidades no autorizadas.

- RECURSO DE APELACIÓN ⁷

La parte actora en el recurso de alzada adujo que, el A quo incurrió en errores de apreciación fáctica y jurídica respecto de la valoración del acervo probatorio allegado al proceso para demostrar el daño.

Esgrime que si bien al proceso se allegaron copias auténticas de documentos privados emitidos por DRFE, ese hecho no libera de responsabilidad a las demandadas, pues, en el proceso se debate es su negligencia y tardía actuación

⁷ Folios 1111 a 1114 cdno. apelación V

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

administrativa frente al desarrollo de actividades a la luz pública en un tiempo prolongado, sin control.

Manifiesta que la captación de dineros, debía ser controlada oportunamente, y no hasta la expedición de la Resolución No. 1778 del 11 de noviembre de 2008, cuando se intentó frenar, dado que, los aquí demandantes en ese entonces ya habían entregado sus dineros a la captadora, lo cual es evidente con los recibos que obran en el proceso.

Argumenta que, si bien es cierto en el proceso obra una serie de pruebas que demuestran que se informaba a la comunidad de la ilicitud de las captadoras, ellos no significa que ese actuar era la única medida que podían haber tomado las entidades demandadas para evitar que esta comercializadora continuara captando dineros del públicos en forma ilegal.

Sostiene que el hecho de que las entidades demandadas permitieran que la comercializadora DRFE desarrollara su actividad por varios años, generó un daño a los demandantes. En efecto, en la resolución No. 1778 de 2008, la Superfinanciera reconoce y devalúa las omisiones que permitieron el desarrollo de la actividad ilícita de captación de dineros.

A su parecer, la parte demandada contaba con las herramientas jurídicas para evitar desde el inicio la actividad que desarrollaba la comercializadora DRFE, a través de su intervención. Insiste en que la acción tardía de las demandadas le produjo un daño antijurídico a los demandantes que conduce a la declaratoria de su responsabilidad.

Se opone a la declaratoria de falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Fiscalía General de la Nación y Superintendencia de Sociedades, por considerar que ostentan el deber legal y constitucional de haber evitado que la comercializadora DRFE desarrollara la captación ilegal de dineros. Expone que si bien la Fiscalía General de la Nación, no podía ejercer funciones de intervención, sí era el ente investigador de las irregularidades de la captadora y por tanto le competía exigirle a la Superfinanciera su intervención en el asunto.

Afirma que frente a la responsabilidad derivada por la prestación deficiente y tardía del servicio y nexo causal, elementos no analizados en la sentencia, se atiene a lo

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

expuesto en la demanda. Por todo lo anterior, solicita se proceda a revocar la sentencia impugnada.

- **ALEGACIONES**

Durante el término de traslado la parte demandante, guardó silencio.

La **Superintendencia Financiera de Colombia**,⁸ en sus alegaciones finales solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia en la que fueron denegadas las pretensiones de la demanda. Afirma que los argumentos esgrimidos por el A quo son suficientes para concluir que no se presentó la supuesta falla del servicio.

Sostiene que el Juez de Primera Instancia valoró en su integridad los medios probatorios del proceso que demostraron que el actuar de la Superintendencia se ajustó a derecho. Reitera los argumentos esgrimidos en la contestación a la demanda, enfatizando que en el proceso reposan pruebas de las actuaciones administrativas adelantadas en contra del establecimiento de comercio Proyecciones DRFE y otras personas y organizaciones no autorizadas para la captación de dineros del público.

El **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**,⁹ por conducto de su apoderado judicial solicita se proceda a confirmar la sentencia del A quo, al considerar que la Entidad no es responsable de los supuestos perjuicios que causados por la captadora de dinero comercializadora proyecciones DRFE.

El apoderado reitera cada uno de los argumentos esgrimidos en la contestación a la demanda, insistiendo en la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio, según el Decreto 210 de 2003, en tanto que no le compete la inspección, vigilancia y control de las captadoras no autorizadas de recursos del público, además de las excepciones propuestas oportunamente.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia de Sociedades guardaron silencio durante el traslado para alegar de conclusión.

⁸ Folios 1184 a 1194 y 1200 a 1212 cdno. De apelación.

⁹ Folios 1195 a 1199 cdno. De apelación.

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Guardó silencio.

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

El Juzgado Administrativo de Descongestión de Pasto, profirió sentencia el 08 de octubre de 2015.¹⁰

La parte demandante interpuso dentro de la oportunidad procesal correspondiente recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, el cual fue concedido por auto del 11 de noviembre de 2015, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca– Despacho N° 11, al considerar que este tenía asignados los procesos relacionados con captadoras no autorizadas de dineros del público, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo n.º PSAA11-8115 de 2011.¹¹

El Despacho No. 11 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca manifestó que carecía de competencia territorial para conocer del asunto y ordenó su remisión al Tribunal Administrativo de Nariño, al considerar que la competencia transitoria que se le había asignado el Consejo Superior de la Judicatura al despacho en descongestión no se podía transmitir a un despacho de carácter permanente.¹²

El Tribunal Administrativo de Nariño mediante auto del 24 de abril de 2017, declaró su falta de competencia para conocer el asunto y ordenó remitir el expediente al Consejo de Estado, con el fin que definiera el conflicto negativo de competencia.¹³

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 18 de septiembre de 2018, declaró que el competente para conocer el recurso de apelación en el caso concreto era Despacho No. 11 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.¹⁴

Por auto fechado 08 de febrero de 2019, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte

¹⁰ Folios 1087 a 1109

¹¹ Folio 1115

¹² fl. 118 a 119

¹³ fl. 1132

¹⁴ fls. 1164 a 1174

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

demandante,¹⁵ y por medio de auto del 26 de febrero de 2019, le corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.¹⁶

En cumplimiento a lo ordenado en el artículo 3º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se remitió el presente proceso al H. Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para proferir la sentencia correspondiente.¹⁷

Mediante auto de fecha 27 de agosto de 2019, esta Corporación avocó conocimiento del proceso.¹⁸

III.- CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que dictó el Juzgado Administrativo de Descongestión de Pasto el 08 de octubre de 2015, de conformidad con la competencia del superior según lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso.¹⁹

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 41.

¹⁵ Folio 1181 cdno. apelación

¹⁶ Folio 1183 cdno. apelación

¹⁷ Folio 1218 cdno.

¹⁸ Folio 1220 cdno. apelación

¹⁹ **ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es competente en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 3º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

- **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala determinar si la parte demandada es responsable de los perjuicios padecidos a la parte actora con ocasión de la pérdida del capital que entregó al establecimiento de comercio Proyecciones D.R.F.E. como captadora ilegal de dineros del público.

- **TESIS**

La Corporación considera que en el caso concreto no se encuentra configurada la alegada falla del servicio endilgada a la parte demandada, por la presunta omisión o tardía intervención en el establecimiento PROYECCIONES D.R.F.E.

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

El artículo 90 de la Constitución Política establece la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, fundamentada en el concepto de daño antijurídico, entendido como “el menoscabo o detrimento de un interés jurídicamente tutelado, al tiempo que ha entendido que es antijurídico cuando no existe el deber de soportarlo, circunstancia de la cual surge su naturaleza de resarcible.”

En necesario tener en cuenta, que se compromete la responsabilidad del Estado cuando se presentan dos elementos, a saber: a) el daño antijurídico, correspondiendo a la lesión de un interés legítimo que la víctima no tiene la obligación de soportar; y b) la imputabilidad del daño al Estado, siendo la atribución del daño, la cual consiste en la falla del servicio como título por excelencia y la acreditación del nexo de causalidad entre la falla y el daño.

El primer elemento necesario a examinar en un supuesto de responsabilidad es la existencia del daño, puesto que “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 sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto 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 han elaborado²⁰.”

- CASO CONCRETO

La Sala conforme lo consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable al caso concreto en virtud del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, se pronunciará solamente sobre los argumentos expuestos por la parte recurrente por tratarse de apelante único.

En la sentencia dictada por el Juzgado Administrativo de Descongestión de Pasto el 08 de octubre de 2015, denegó las suplicas de la demanda al considerar que el daño padecido por la parte actora no fue antijurídico, ni atribuible a las entidades demandadas.

Los señores Andrés Felipe Ayala Londoño y Digna Sita Ordoñez solicitan que se declare la responsabilidad de las entidades demandadas por los perjuicios materiales causados por la presunta omisión por no haber ejercido oportuno control y vigilancia del negocio ofrecido por el establecimiento de comercio Proyecciones D.R.F.E.

En el recurso de alzada, la parte actora cuestiona la valoración probatoria del Juez de Primera Instancia, en especial, por no haber tenido como demostrado que el daño sufrido por los demandantes fue antijurídico, como se acreditaba con las pruebas del proceso. De otra parte, insiste que las entidades demandadas debían intervenir oportunamente las captadoras ilegales que operaban de manera pública, y no tardíamente con la expedición de la Resolución No. 1778 de 2008.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516, MP. Enrique Gil Botero.

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Adicionalmente, la parte recurrente insiste en que todas las entidades demandadas se encuentran legitimadas por pasiva como responsables de los perjuicios causados a los demandantes. Para los actores, el daño consistente en la disminución de su patrimonio por la pérdida de su dinero, devienen de una falla del servicio imputable a las entidades demandadas, por la omisión, negligencia y acción tardía en que incurrieron aquellas en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales de vigilancia.

En este punto se hace necesario revisar a la luz de las disposiciones constitucionales y legales las atribuciones de las diferentes autoridades. Veamos:

El literal d) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, dispone:

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

(...)

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

(...)

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

Asimismo, el artículo 335 de la Carta Política, establece:

“ARTICULO 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

De acuerdo con el artículo 189 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República, tiene las siguientes funciones:

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

24. 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.

25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.”

El artículo 66 de la Ley 489 de 1998²¹, define a las superintendencias de la siguiente manera:

"ARTICULO 66 ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS SUPERINTENDENCIAS. Las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal.
La dirección de cada superintendencia estará a cargo del Superintendente"

Como es sabido, las superintendencias son entidades que desarrollan funciones de inspección, vigilancia y control que le corresponden al Presidente de la República. Respecto de las actividades financieras, la inspección y vigilancia corresponde a la Superintendencia Financiera, organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía financiera y administrativa y patrimonio propio.

Dicho organismo es el encargado de intervenir a las sociedades que ejercitan legalmente las actividades financiera y aseguradora, así lo disponen el numeral 1 del artículo 108 y el literal b) numeral 5 del artículo 328 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el numeral 2º del artículo 43 del Decreto 4327 del 2005, que son del siguiente tenor:

“Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

CAPITULO XVII.

EJERCICIO ILEGAL DE LAS ACTIVIDADES FINANCIERA Y ASEGURADORA
ARTICULO 108. PRINCIPIOS GENERALES.

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

- a. La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$1'000.000.) cada una;
- b. La disolución de la persona jurídica, y
- c. La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que señala el presente Estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.

21 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

PARAGRAFO 1o. La Superintendencia Bancada entablará, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público. PARAGRAFO 2o. La Superintendencia Bancada podrá imponer las sanciones previstas en los artículos 209 y 211 a cualquier persona que obstruya o impida el desarrollo de las actuaciones administrativas que se adelanten para establecer la existencia de un eventual ejercicio ilegal de actividades exclusivas de las entidades vigiladas, así como a aquellas personas que le suministren información falsa o inexacta.”

Por su parte, el Decreto 4327 de 2005 fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia (artículo 1).

“Artículo 326°.- Sustituido por el art. 2°, Decreto Nacional 2359 de 1993, así: Funciones y Facultades de la Superintendencia Bancaria. 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.

5. 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;

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

Artículo 43. Despacho del Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. El Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional tendrá las siguientes funciones:

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

El Decreto 4327 de 2005, antes citado, señaló en el numeral 8° el objeto de la superintendencia Financiera de Colombia así:

Artículo 8°. Objeto. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. 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 financieras, 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.”

De conformidad con lo anterior, la autoridad competente para asegurar, vigilar y controlar el debido desarrollo de las actividades financieras, bursátil y cualquiera

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

otra relacionada con inversión de recursos, es la Superintendencia Financiera de Colombia, encargada de salvaguardar los recursos públicos y vigilar que las personas autorizadas por la ley, ejerzan actividades propias del sistema financiero en cumplimiento de la normatividad establecida para ello, pues, sólo pueden ejercer dichas actividades quienes estén autorizados por el Estado, con el fin de proteger la seguridad y estabilidad de las diferentes operaciones de los inversionistas y entidades que administran recursos económicos.

Por lo que la Superintendencia Financiera ejerce sus funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades que hacen parte de la estructura general del sistema financiero y asegurador. En ese sentido, el Decreto 4327 de 2005 hizo alusión sobre las entidades que serían vigiladas por la Superintendencia Financiera:

“ARTÍCULO 72. ENTIDADES VIGILADAS. Corresponde a la Superintendencia Financiera de Colombia, ejercer la inspección y vigilancia de las entidades previstas en el numeral 2 del artículo 325 del Decreto 663 de 1993, y las normas que lo modifiquen o adicionen, las entidades y actividades previstas en el numeral primero del párrafo tercero del artículo 75 de la Ley 964 de 2005 y las normas que modifiquen o adicionen dichas disposiciones.

En todo caso, la Superintendencia Financiera de Colombia, ejercerá inspección y vigilancia respecto de todos aquellos que a la entrada en vigencia del presente decreto, se encontraban sujetos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores o de la Superintendencia Bancaria de Colombia, así como respecto de quienes determine la ley o el Gobierno Nacional.”

De igual manera, el artículo 75 de la Ley 964 de 2005, estableció las entidades que estarían sometidas su inspección y vigilancia permanente, al referir:

“Entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores. Las bolsas de valores, las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales y sus miembros, las bolsas de futuros y opciones y sus miembros, las sociedades que realicen la compensación y liquidación de valores, contratos de futuros, opciones y otros; las sociedades comisionistas de bolsa, los comisionistas independientes de valores, las sociedades administradoras de fondos de inversión, las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, las sociedades calificadoras de valores, las sociedades titularizadoras, los fondos mutuos de inversión que a 31 de diciembre de cada año, registren activos iguales o superiores a cuatro mil (4.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha del respectivo corte, los fondos de garantía que se constituyan en el mercado público de valores, las sociedades administradoras de sistemas de negociación de valores, las cámaras de riesgo central de contraparte, las entidades que administren sistemas de negociación y registro de divisas y las sociedades administradoras de sistemas de compensación y liquidación de divisas.
(...)

2. Emisores de valores sometidos al control exclusivo de la Superintendencia de Valores. Aquellas entidades que tengan títulos inscritos en el Registro

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Nacional de Valores y Emisores que no se encuentren sometidos por ley a la inspección y vigilancia de otra entidad del Estado.

3. Fondos de Inversión. Son los fondos a que se refiere el Decreto 384 de 1980 (...)."

Es así que, la Superintendencia Financiera de Colombia goza de facultades de policía administrativa con el fin de imponer medidas en contra de entidades no autorizadas que se encuentren captando recursos del público de manera ilegal. Es del caso recordar que, en el 2007 adoptó medidas cautelares respecto de una captadora ilegal denominada DMG S.A., decretando la suspensión inmediata de la recepción de dineros del público, además de los avisos a través de medios de comunicación donde la Superintendencia Financiera, alertó respecto de las captadoras ilegales de dinero y sobre los riesgos al que se encontraban sometidas las personas que invertían dineros en ese tipo de firmas.

Estas circunstancias fueron tenidas en cuenta por la Corte Constitucional al estudiar la Constitucionalidad del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social"; en Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto:

"Por un lado del conjunto de las pruebas relacionadas en el acápite correspondiente de esta decisión se desprende que desde el año 2007 se incrementaron las actividades de los captadores ilegales, los cuales se extendieron rápidamente por todo el país, mediante la apertura de agencias (cuando se trataba de personas jurídicas) y establecimientos de comercio (cuando se trataba de personas naturales) en municipios de casi todos los departamentos. De esta manera un fenómeno ya conocido adquirió proporciones alarmantes. Adicionalmente, tal como explican las distintas entidades administrativas, las modalidades sofisticadas de captación diseñadas, pensadas especialmente para aprovechar los vacíos legislativos, dificultaron la labor de control de las entidades estatales, las cuales finalmente se vieron desbordadas por la actividad ilegal.

También tiene el carácter de extraordinario y de sobreviniente la actuación de los ciudadanos que decidieron confiar sus ahorros a los captadores ilegales. En efecto, a pesar de la campaña emprendida por la Superintendencia Financiera para alertar a la población, mediante la publicación de avisos en distintos periódicos de circulación nacional y local, un número cada vez mayor de ciudadanos, atraídos por los beneficios ofrecidos decidieron participar de las operaciones de captación no autorizada. Tales hechos pueden ser calificados de anormales y excepcionales por dos razones, porque los inversores a pesar que sabían el riesgo que corría su patrimonio aun así seguían invirtiendo, es decir, que según términos económicos demostraron una peligrosa propensión al riesgo, anormal desde la perspectiva de la racionalidad económica y, por otra parte, porque su número crecía de manera casi exponencial, precisamente un requisito para obtener los beneficios ofrecidos era referir a nuevos inversionistas a los captadores no autorizados. En otras palabras, el esquema piramidal de funcionamiento de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público, propició que un número cada vez mayor de personas y de ahorros se

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

viera incorporado a tales esquemas, lo que le confirió un carácter excepcional a la situación."

Descendiendo al caso concreto, en atención a las normas señaladas, coincide la Sala con lo resuelto por el A quo en el sentido de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia de Sociedades.

En el plenario se encuentra acreditado que el señor Andrés Felipe Ayala Londoño, los días 29 de octubre de 2008 y el 22 de octubre de 2008, invirtió la suma de \$5.900.000 y \$10.000.000, respectivamente, en el establecimiento de comercio Proyecciones D.R.F.E.²²

La señora Digna Sita Ordoñez de Moncayo el día 28 de octubre de 2008, invirtió la suma de \$10.000.000, en el establecimiento de comercio Proyecciones D.R.F.E.²³

Por medio de la resolución No. 1778 del 11 de noviembre de 2008, el Superintendente delegado Adjunto para Supervisión Institucional (E) de la Superintendencia Financiera, por medio del cual en ejercicio de las atribuciones legales conferidas por el numeral 2 del artículo 43 del Decreto 4327 del 2005, y los artículos 7 y 13 literal b) y parágrafo del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, ordenó al comerciante Carlos Alfredo Suarez la suspensión inmediata y definitiva de la actividad masiva y habitual de dineros del público a través de la actividad desarrollada por el establecimiento de comercio de su propiedad denominado "PROYECCIONES D.R.F.E.". ²⁴

Dicho establecimiento fue tomado en posesión de los bienes, haberes y negocios del comerciante por la Superintendencia de Sociedades a través del auto 400-014171 del 19 de noviembre de 2008, con fundamento en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, por el cual se declara el Estado de Emergencia Social.²⁵

²² Folios 29 y 30 cdno. 1

²³ Folio 34 cdno. 1

²⁴ Folios 61 a 62 cdno. 1

²⁵ Folios 35 a 39 cdno. 1

De las pruebas arrojadas al proceso, entre esos, algunas medidas administrativas²⁶ y recortes periodísticos,²⁷ encuentra la Sala que, desde el mes de octubre del año 2007 el Gobierno Nacional había advertido al público de la existencia de presuntos captadores ilegales de dinero y los riesgos que conllevaría depositar dineros en entidades que no contaran con autorización para ejercer la actividad financiera.

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia publicó Aviso en los diarios El Tiempo el 27 de enero de 2008, y Portafolio el 28 de enero de 2008 por el cual previno al público sobre cuáles son las entidades legalmente autorizadas, la forma en que se podía verificar su nombre o razón social para efectuar captación de recursos del público, y advirtió que en el mercado existían personas captando dineros sin autorización legal ofreciendo altos rendimientos, en consecuencia recomendó a los ciudadanos abstenerse de entregarles su dinero dado el alto riesgo de recuperación del mismo. Labor de prevención que fue surtida incluso por medio televisados.

En ese orden de ideas, considera el Tribunal que en el caso sub examine no figura prueba alguna que permita relacionar la conducta de las entidades demandadas con el hecho dañoso, pues, resulta difícil para estas tener pleno conocimiento que el establecimiento PROYECCIONES D.R.F.E, efectuaba captaciones de dinero del público de manera irregular.

26 CDS obrantes a folios 9 a 11 cdno de pruebas.

27 Sobre el valor probatorio de los recortes de prensa o informes periodísticos, la Sala Plena del Consejo de Estado consideró que los informes de prensa no tienen, por sí solos, la entidad suficiente para probar la existencia y veracidad de la situación que narran y/o describen, por lo que su eficacia probatoria depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente, por tanto, solo pueden servir como indicador para el juez. La Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2012, expediente: PI- 01378. En la providencia se lee: “Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez. “En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas ‘...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia’, y que si bien ‘...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen’ ... Consecuentemente, las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso. “En este sentido, ha sostenido que las declaraciones que terceros hacen a los medios de comunicación ‘...tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información (...) por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial...’. “Lo anterior, debido a que en sí mismas las publicaciones periodísticas representan ‘...la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso’, condición que no permite otorgarles valor de plena prueba debido a que ‘...son precisamente meras opiniones...’”

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Es del caso recordar que resultaba imposible para las entidades demandadas coartar la autonomía de la voluntad de las personas, máxime si no tienen conocimiento de sus operaciones, además, éstas no pueden intervenir sino tienen conocimiento específico de los establecimientos que captan dinero del público de manera irregular. En esa medida, los demandantes debían desconfiar del establecimiento en cuestión, pues, no existe negocio alguno que genere grandes utilidades sin ningún riesgo, omitiendo de esta manera el deber de cuidado o el de ser prudente e investigar la legalidad de las utilidades ofrecidas por la sociedad, asumiendo de esta manera la incertidumbre de recuperar el dinero invertido, más aún, cuando desde el año 2007 el Gobierno había advertido de la situación por diferentes medios de comunicación de alcance nacional.

Todo esto permite concluir que la pérdida del dinero de los demandantes, no puede ser endilgada a las entidades demandadas, dado que fue bajo su propia responsabilidad, cuenta y riesgo, lo que desencadenó las afectaciones a sus patrimonios, circunstancia que es única y exclusivamente atribuible a su propia conducta imprudente, toda vez que, si hubiesen investigado previamente si el establecimiento comercial se encontraba autorizado legalmente para efectuar inversiones financieras y atendido los avisos y advertencias en los distintos medios de comunicación sobre las captadoras ilegales de dinero seguramente no hubiese depositado su dinero en el establecimiento PROYECCIONES D.R.F.E.²⁸

En ese orden de ideas, para la Sala en el *sub lite* no se encuentra configurada la alegada falla del servicio endilgada a la parte demandada, por la presunta omisión o tardía intervención en el establecimiento PROYECCIONES D.R.F.E., por cuanto, de una parte se demostró no hacer parte de las entidades adscritas a la Superintendencia Financiera sobre la que la misma pudiera llevar un control y frente a sus facultades de supervisión sanción por la captación de dinero sin previa autorización, se demostró que las mismas fueron ejercidas de conformidad con la legislación que para tal efecto expidió el Gobierno Nacional, no encontrando esta Corporación se reitera, la falla en el servicio endilgada a dicha entidad.

28 En ese sentido ver sentencias del Tribunal Administrativo de Boyacá. M.P. FELIZ ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS, Demandante: Carlos Eduardo Díaz Moreno y Otros, Demandado: La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Nación Ministerio de Defensa- Policía Nacional- Nación Fiscalía General de la Nación- Superintendencia Financiera de Colombia- Dirección de Impuestos y aduanas Nacionales- Departamento de Boyacá y Municipio de Tunja, Expediente: 15001-3133-003-2009-00033-02, Acción: Grupo. Tribunal del Valle del Cauca. M.P. MARÍA TERESA LEYES BONILLA. Radicación: 76001 -33-31 -704-2010-00377-01 Acción: Reparación de Directa. Demandante: Claudia Jimena Ramos Fajardo. Demandado: Nación, Superfinanciera y Otros Sentencia De Segunda Instancia. Fecha: diecisiete (17) de julio de 2014. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, expediente radicado bajo No. 76-001-33-31-703-2010-00118-02, Demandante: Jair Arboleda Soto. fecha agosto 1º de 2017. M. P. Noemí Carreño Corpus.

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Siendo así, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Pasto el 08 de octubre de 2015.

Condena en 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 previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

Acorde a las consideraciones expuestas, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V.- FALLA

PRIMERO. CONFÍRMESE la sentencia proferida el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Pasto el 08 de octubre de 2015, por las razones expuestas en parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas en esta instancia

TERCERO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Expediente: 76 001 33 31 701 2011 00040 01
Demandante: Andrés Felipe Ayala y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA



JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado



JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado



NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 76 001 33 31 015 2011 00040 01)