|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333103420100029900** |
| DEMANDANTE | **FLOR MALELY BONILLA DE SANABRIA, OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA** |
| DEMANDADO | **LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** |
| ACCIÓN | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

# Adelantado el trámite legal correspondiente, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir sobre la demanda que en ejercicio de la acción de Reparación Directa, de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, instauró FLOR MALELY BONILLA DE SANABRIA Y OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA por los perjuicios materiales y morales que le fueron ocasionados a los señores FLOR MALELY BONILLA DE SANABRIA y OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA, como consecuencia de la falla en el servicio, en cuanto a su omisión en ejercer los controles respectivos y vigilar las actividades de la comercializadora DMG GRUPO HOLDING S.A. quien captó ilegalmente sumas de dinero.

**1. ANTECEDENTES:**

* 1. **LA DEMANDA.**

**1.1.1. PRETENSIONES:**

*“(…)****Primero:*** *LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los señores FLOR MALELY BONILLA DE SANABRIA y OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA, como consecuencia de la falla en el servicio, en cuanto a su omisión en ejercer los controles respectivos y vigilar actividades de la comercializadora DMG (Grupo Holding S.A), quien captó ilegalmente la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS del pecunio de la primera y DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS del segundo, ocasionándoles un deterioro económico a su patrimonio familiar, y graves afectaciones de salud a la señora Flor Malely Bonilla de Sanabria.*

***Segundo:*** *.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare administrativa y patrimonialmente responsable a LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, a pagar la suma invertida mencionada en el párrafo anterior, en la comercializadora DMG y los perjuicios materiales y morales causados a los señores FLOR MALELY BONILLA DE SANABRIA y OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA, afectada la primera en su salud, y en su patrimonio económico.*

***B.-*** *Los perjuicios morales equivalentes a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.*

***C-*** *Los intereses aumentados por la elevación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de los hechos hasta el pago total de las obligaciones que resulten del fallo que habrá de recaer****.***

***Tercero: .-*** *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.*

***Cuarto: .-*** *El organismo demandado NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, dará cumplimiento a la Sentencia que ponga fin a la presente demanda, dentro de los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo (…)”*

**1.1.2. LOS HECHOS**

**1.1.2.1.** Los señores FLOR MALELY BONILLA DE SANABRIA y OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA, como muchas otras personas, enterados a través de masivos medios privados como Facebook e incluso institucionales de comunicación, noticieros televisivos y radiales nacionales, así como por la comunidad en general, y por conducto de los diferentes puntos de comercialización sobre bienes y servicios ofrecidos por la comercializadora "DMG- GRUPO HOLDING S.A" procedieron a efectuar varías inversiones en dinero en efectivo como se refleja a continuación:

**I.** CORRESPONDE A LA INVERSIÓN DE FLOR MALELY BONILLA DE SANABRIA lo siguiente:

**a.** Tarjeta que representa la suma de $2.450.000.oo pesos consignados en el mes de octubre de 2008 en la oficina del norte.

**b.** Tarjeta que representa la suma de $400.000.oo pesos consignados en el 2008 en la autopista Norte de Bogotá D.C.

**c.** Tarjeta que representa la suma de $2.100.000.oo pesos consignados en el 2008 en la oficina de Gran ahorrar de la 72.

**d.** Tarjeta que representa la suma de $10.000.000.oo de pesos consignados el 30 de Octubre de 2008, en la oficina de Chía Cundinamarca.

**e.** Tarjeta que representa la suma de $10.000.000.oo de pesos consignados el 30 de Octubre de 2008, en la oficina de Chía Cundinamarca.

**f.** Tarjeta que representa la suma de $10.000.000.oo de pesos consignados el 8 de noviembre de 2008 en la oficina de Cedritos ubicada en calle 151 nro. 18 A 23 2° Piso.

**g.** Tarjeta que representa la suma de $8.000.000.oo de pesos consignados el 8 de noviembre de 2008, en la oficina de Cedritos ubicada en calle 151 nro. 18 A 23 2° Piso.

**h.** Por último, la suma de UN MILLÓN SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($1.650.000.00) pagados el 9 de noviembre de 2008 a COMERCIALIZADORA VIRTUAL DMG, por concepto de faltante para cubrir valor total compra motocicleta AMC, que finalmente no fue entregada por cuanto para la fecha de la entrega ya había sido intervenida la comercializadora DMG.

Lo anterior suma un total de CUARENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($44.600.000) captados por la comercializadora DMG a la señora Flor Malely Bonilla de Sanabria

**II.** CORRESPONDE A LA REALIZADA POR OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA.

**a.** Tarjeta que representa la suma de $400.000.oo pesos consignados en el 2008, en la oficina de la autopista Norte de Bogotá D.C.

**b.** Tarjeta que representa la suma de $10.000.000.oo de pesos consignados el 30 de Octubre de 2008, en la oficina de Chía Cundinamarca.

Lo anterior suma un total de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (10.400.000.oo)

**1.1.2.2.** La inversión se efectuó con dineros de legal procedencia, en cuanto que, para el mes de octubre de 2008, la primera de los mencionados junto con su esposo LUIS EDUARDO SANABRIA TRUJILLO, vendieron a la señora CLAUDIA MERCEDES MARTÍNEZ PINZÓN titular de la CC Nro. 39.531.995 de Bogotá, un apartamento ubicado en la Carrera 112 Bis anterior nomenclatura Nro. 79-15 de la manzana 3 agrupación 3 C del conjunto residencial Tucurinca Colsubsidio, actual dirección carrera 112 bis Nro. 80 A 15 interior 14 apartamento 501 de la ciudad de Bogotá D.C. El dinero fruto de la venta fue el invertido en la Comercializadora DMG, con el fin de aumentar su patrimonio y brindarle un mejor futuro a sus hijos.

**1.1.2.3.** Como un hecho de notoriedad pública, la empresa fue creada en el departamento del Putumayo a finales de 2003, por David Murcia un residente del departamento de muy bajos recursos económicos, definida por Murcia, sus socios y clientes como una empresa de mercadeo multinivel basada en publicidad boca a boca y una amplia fidelización de marca. Su sede principal en Bogotá estaba ubicada en el centro comercial Mega Outlet, de la Autopista Norte con calle 198.

**1.1.2.4.** Hecho notorio también el cambio de nombre a DMG grupo Holding.S.A y en Enero del 2008 a su vez a Grupo T, la cual abarcaba a una gran cantidad de empresas que prestaban productos y servicios entre estos a la misma. Igualmente que el mismo David Murcia reconoció haber pagado 700 millones de pesos a un reconocido lobbista para que diera a conocer a los miembros del Congreso de la República la posición de DMG frente a un "mico" que fue aprobado en la ley financiera, el cual legalizó las tarjetas prepago, pues se presentaba como una comercializadora de tarjetas prepago que permitía a los clientes obtener beneficios directos en forma de productos y servicios y más adelante recibir entre un 70% y un 150% de la inversión inicial (además del producto adquirido). Este retorno es justificado como pago por publicidad.

**1.1.2.5.**  Otro hecho notorio la expansión a otros países fuera de Colombia. Además de tener sedes en países como Panamá, Venezuela y Ecuador, la empresa tenía planes de expandirse a Belice y Brasil. Dentro del Holding DMG surgieron unas 30 empresas, desde empresas de moda, transportadoras de valores, constructoras de barcos, hasta un canal internacional de televisión; muchas de esas empresas fueron constituidas en un solo día. Solo una de esas empresas registro en el año 2007 ingresos por 72.000 millones de pesos (36 millones de dólares), ubicándola en un abrir y cerrar de ojos en una de las más grandes de todo Colombia, por ingresos.

Las razones sociales de DMG fueron:

**Colombia:** Grupo DMG SA, DMG. Grupo Holding SA, Global Marketing Colombia S.A., DMG Publicidad y Mercadeo, Colombia S.A., Bionat Labs S.A

**Panamá:** Grupo DMG Inversiones Inteligentes S.A y Grupo DMG Intelligent Cards Corp.

**Ecuador:** MarPublish DMG Marketing S.A, DMG Business S.A y DMG Comp Comercializadora S.A.

Las empresas y marcas asociadas:

* El Gran Trigal (supermercado)
* Farmasentry (farmacia)
* Productos Naturales DMG
* DMG Construcciones
* Body Channel
* Factory Models
* DMG Fashion
* DMG Records
* DMG Diseño y Arquitectura
* DMG Constructores
* DMG Comercializadora virtual
* Hosset Lifestyle
* Inmunovida
* Studio Pilates
* Pabón Castro y Asociados
* Asesorías Académicas Milton Ochoa

Es menester hacer referencia al concepto de HECHO NOTORIO para seguir relacionando los siguientes hechos. Concepto jurisprudencial de la H. Corte Constitucional Sentencia C-145/09 "Hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. Según el artículo 177 del C. P. C, los hechos notorios no requieren prueba....".)

**1.1.2.6.** El gobierno nacional a través de la Superintendencia de Sociedades, dispuso que DMG fuera intervenida y disuelta el 18 de noviembre de 2008, para ello expidió los decretos 4333 y 4334 del 18 de noviembre de 2008, este último publicado en el Diario Oficial No. 47.176 de la misma fecha.

La intervención fue realizada de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgó a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

**1.1.2.7.** El Superintendente de Sociedades Hernando Ruiz López manifestó que la empresa más grande de las llamadas "empresas de dinero fácil", DMG Grupo Holding S.A., quedó sometida al control de esta entidad al encontrarse fallas tanto de orden jurídico como contable en su administración. Esta empresa es una de las más importantes del conglomerado comercial que lidera el polémico empresario David Murcia Guzmán.

**1.1.2.8.** Los actores solicitaron la devolución del dinero invertido, mediante el formato de reclamación Nro. 5-2373 consecutivo 5-2373 sobre la entrega de siete (7) tarjetas representativas de los valores consignados, relacionados en el punto y 7 cartas de solicitud efectuadas a la interventora y liquidadora del DMG GRUPO HOLDIG SA. EN INTERVENCIÓN.

**1.1.2.9.** El gobierno, inició un proceso mediante el cual se pretendió devolver los dineros captados por la empresa, pocos días después de la intervención de la empresa, luego de la convocatoria realizada en el Estadio Nemesio Camacho, donde miembros de la interventora le entregaron formularios a los inversionistas, los cuales debían devolver junto con las tarjetas prepago originales, proceso liderado por la interventora, María Mercedes Perry, pero las sumas que se dispondrían a devolver era irrisorias comparadas con el monto de las inversiones.

**1.1.2.10.** El Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán, compulsó copias de las investigaciones a DMG, a la Corte Suprema de Justicia, para que le abrieran procesos a algunos congresistas, ya que se supo dentro de la investigación que DMG hacía lobby en el congreso colombiano, con altas sumas de dinero para que se incluyera un "mico" en la reforma financiera para legalizar su sistema de tarjetas prepago, aspecto que efectivamente fue incluido en el articulado de la reforma.

Los vínculos de DMG con algunos dirigentes de la clase política colombiana han suscitaron que se empiece a hablar de la DMG política, haciendo un paralelo con los ya famosos escándalos de la Parapolítica y la Farcpolítica.

Algunos servidores o ex-servidores públicos que estarían vinculados a raíz de las pruebas presentadas por la Fiscalía General de la Nación de Colombia, a las actividades ¡licitas de la pirámide DMG, en lo que se ha dado en llamar la "DMG política". Dentro del proceso, también se investiga una presunta colaboración de la empresa en el proceso de recolección de firmas para el referendo que pretende reelegir para un tercer periodo presidencial a Álvaro Uribe Vélez.

También cabe resaltar que el representante a la Cámara Pablo Enrique Salamanca, quien cuestionó las acciones del gobierno contra DMG, afirmando que no existen pruebas en contra de la empresa intervenida.

Si bien las autoridades colombianas finalmente manifestaron que se trataba de un esquema Ponzi (usualmente llamadas «pirámides» en Colombia), o de lavado de dinero, sólo hasta el 17 de noviembre de 2008 y amparado bajo un decreto de Estado de Emergencia, el Gobierno colombiano, en cabeza del Presidente Alvaro Uribe Vélez y secundado por las autoridades financieras, así como por la Fiscalía de Colombia y las máximas autoridades de policía del país, afirmó que DMG era una pirámide y suspendió las operaciones de DMG, ocupando sus 61 sedes en Colombia e incautando activos.

David Murcia había advertido en su blog y en entrevistas que Proyecciones D.R.F.E colapsaría y pondría en 'el ojo del huracán' a DMG. Murcia acusa al Grupo AVAL, el principal grupo financiero de Colombia, de estar detrás del escándalo de Proyecciones D.R.F.E como un plan para que el Gobierno interviniera en DMG. Asimismo a través de los mismos videos, Murcia había advertido al Gobierno colombiano, que de continuar el evidente asedio institucional hacia DMG, 200.000 familias colombianas, que dice tener Murcia como inversoras en DMG, se lanzarían a las calles en contra de las medidas. Los abogados de Murcia se retractarían el lunes 17 de noviembre, día festivo, en horas de la tarde en rueda de prensa, y pedirían excusas por el tono amenazante de Murcia hacia la institucionalidad del país.

No sobra recordar un hecho notorio de gran relevancia, como lo fue el agradecimiento y condecoración del presidente Uribe Vélez a la empresa DMG, a través de los medios de comunicación, hecho que le brindó la confianza al pueblo colombiano para invertir en dicha empresa.

También en Panamá, donde DMG tenía sucursales en cuatro ciudades del país, fue allanado el 20 de noviembre por el Ministerio Público, mientras que el Ministerio de Comercio e Industrias ordenó el cierre de la empresa en Panamá. Decenas de clientes de DMG en Panamá se apersonaron a las oficinas, tratando de rescatar sus inversiones, preocupados por el destino de éstos.

**1.1.2.11**. El 19 de noviembre de 2008, la Fiscalía General emitió orden de captura en contra de Murcia y otros siete de sus socios y directivos de DMG, incluyendo su esposa Johanna Iveth León, su madre Amparo Guzmán de Murcia, su cuñado William Suarez Suarez, y el productor de televisión Daniel Ángel Rueda, por delitos que incluyen concierto para delinquir, captación masiva y habitual de dineros del público, lavado de dinero y cohecho. Al momento de emitirse esta orden, Murcia se encontraba en panamá.

La empresa transportadora «Transval», quien transportó las firmas para el referendo que pretendía reelegir Álvaro Uribe Vélez, manejada por William Suarez Suarez, cuñado de Murcia, fue también disuelta por las autoridades. Según el General Oscar Naranjo, Comandante de la Policía colombiana, buscado por la Interpol; por Suarez las autoridades colombianas ofrecían una recompensa de 200.000.000 de pesos colombianos (100.000 dólares) por información que permita su captura, la cual sucedió el 17 de enero de 2009. La DEA y la Dijin aseguran que Suarez, es el otro poder de DMG, según las autoridades era el hombre de confianza de Murcia Guzmán, y quien lo representaba en las reuniones a las que Murcia no podía asistir (El Tiempo "William Suarez, el otro poder en DMG después de David Murcia Guzmán").

A las 10:30 p.m. del miércoles 19 de noviembre de 2008, Murcia Guzmán fue detenido en una finca en Capira distrito de Panamá en el norte de Panamá, sin oponer resistencia, acusado, por la Fiscalía de Colombia en apoyo del Gobierno colombiano y las autoridades financieras de Colombia, de al menos cuatro delitos penales: captación ilegal de recursos, lavado de activos, enriquecimiento ilícito y concierto para delinquir.

**1.1.2.12**. Después de sendas ruedas de prensa que ofrecieron los abogados de DMG, en defensa de dicha captadora de dinero, en las que incluso presentaron dos ciudadanos extranjeros como importantes empresarios que deseaban comprar franquicias de DMG para consolidar la expansión internacional de dicho sistema de negocios, la cabeza de los abogados defensores de Murcia, el penalista Abelardo de la Espriella, defendió en las ruedas de prensa la licitud de las actividades del Grupo DMG como una comercializadora mediante tarjetas prepago, renunció al caso, luego de entrevistarse con el extraditado Murcia, aduciendo que los directivos de DMG no le dijeron toda la verdad en asuntos contables, a la vez que lamentó, que mientras él trataba de negociar su sometimiento a la justicia colombiana, Murcia viajara hacia el norte de Panamá una vez fue pública su orden de captura. De la Espriella se quejó también que los ciudadanos extranjeros presentados por él y los demás abogados de DMG, como importantes empresarios internacionales no eran quienes decían ser, y se enteró en los Medios de comunicación masiva que los directivos de DMG lo habían engañado también en este aspecto.

El 7 de enero de 2009, la audiencia pública en la cual la Fiscalía General de la Nación iba a sustentar las acusaciones contra David Murcia Guzmán, fue suspendida por que el abogado de Margarita Pabón, una de las sodas comercializadora, renunció ante la presunta falta de garantías por parte del ente acusador, no obstante, el viernes 9 de enero, Ángel y Pabón, durante una audiencia, aceptaron el cargo de lavado de activos, por lo que tendrán derecho a una rebaja de pena.

De igual forma, David Murcia Guzmán aceptó cargos en audiencia realizada en Estados Unidos el 29 de noviembre de 2010.

**1.1.2.13**. Es menester advertir, que la señora Flor Malely Bonilla se vio afectada en su salud, a raíz de la angustia que vivió al perder su único patrimonio, prueba de ello la historia clínica, análisis y demás documentos relacionados con su enfermedad los cuales aporto con la demanda.

* 1. **ACTUACIÓN PROCESAL**
     1. La demanda fue presentada el día 15 de diciembre de 2010, ante los Juzgados Administrativos de Bogotá, por reparto correspondió a este despacho donde fue admitida por auto de 22 de marzo de 2011 (folios 28 y 29 del cuaderno principal).
     2. Trabada la relación procesal los demandados, la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Folios 82 a 93, cuaderno principal), contestó la demanda el día 23 de mayo de 2014, LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (Folio 95 a 160 del cuaderno principal) la contestó el 6 de agosto de 2014.
  2. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** 
     1. El apoderado del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, proponiendo las siguientes **excepciones**:

**1.3.1.1. PRIMERA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD.**

*“(…) El artículo 90 de la Constitución establece que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas." De conformidad con dicha definición, se identifican como elementos constitutivos de la responsabilidad, el daño antijurídico, la acción u omisión de las autoridades públicas y la imputabilidad entre el primero y el segundo de los elementos señalados, este último elemento se entiende como "un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquel y este”.*

*Lo mismo se desprende de lo señalado en el artículo 86 del COA. norma que prevé la posibilidad de iniciar acción de reparación directa contra el Estado cuando se configuran los elementos que permitan declarar la responsabilidad. Los cuales en los términos del Consejo de Estado son: a) el hecho generador del daño, culpable o no, de acuerdo con el régimen que resulte aplicable, b) el daño, y c) el nexo causal entre éste y aquel.*

*Analizado el presente caso, se observa la inexistencia de los citados elementos constitutivos de la responsabilidad y como consecuencia de ello se deduce la no prosperidad de la pretensión formulada, tal y como pasa a explicarse (…)”*

**1.3.1.2. SEGUNDA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE UN DAÑO CIERTO**

*“(…) El daño constituye el primer elemento de la responsabilidad, de manera que sí no hay certitud acerca de la existencia del mismo, carece de fundamento jurídico cualquier Intento de lograr la indemnización sobre un perjuicio que no ha sido debidamente determinado. La jurisprudencia del Honorable Consejo ha señalado que no puede tratarse de un daño genérico, probable, incierto o hipotético sino que se debe especificar expresamente.*

*Vale la pena resaltar que, en todo caso, los supuestos perjuicios que habría para la parte actora se generaron en una relación que ella entabló con el ente captador, relación que inicialmente se presentó como de tipo comercial y fiablemente se reveló como de tipo ilícito. Para esos dos tipos de relaciones la Ley prevé 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 que la Ley organizó especialmente.*

*Así las cosas, en cuanto a la devolución de los recursos que ahora se demanda el Decreto 4334 de 2008 contempla de manera clara los criterios y condiciones a las cuales debe someterse dicha actividad, tendiendo siempre presente que tal solicitud sólo procede dentro del proceso de intervención que esa norma configura.*

*La doctrina reconoce la existencia de una jurisprudencia constante del Honorable Consejo de Estado, que sigue vigente y que debe orientar las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en una materia cercana al asunto como es las fallas de la administración en la supervisión administrativa del sector financiero, dentro de la cual esa Corporación ha fijado claramente el criterio que ahora se alega, es decir, "que mientras no finalizarán los procesos de intervención no era posible saber el monto de las pérdidas en cada caso; en otras palabras, porque no había certeza sobre el daño ." Se cita como ejemplo de esa posición el pronunciamiento de la Sección Tercera de la máxima instancia de lo contencioso administrativo, del día 17 de julio de 1986 dentro del expediente 4.246, fallo que se ha confirmado en las decisiones proferidas en los expedientes números 4.236 del 22 de octubre de 1987 y 4.080 del 18 de febrero de 1988, en el primero de esos fallos se sostuvo lo siguiente:*

*"Sin necesidad de entrar a investigar la prueba de la falla del servicio, por acción o por omisión, y la relación de causalidad entre ella y el perjuicio alegado, se impone la denegatoria de todas las súplicas de la demanda, por las siguientes razones: 1) El perjuicio tiene que ser cierto, presente o futuro, pero no probable, incierto o hipotético.*

*Y mientras no termine la intervención oficial con su reintegro a los representantes de la sociedad intervenida o con la liquidación definitiva de la misma, resulta imposible saber si los créditos reclamados se pierden, y en este último caso, si la pérdida es total o parcial.*

*Por lo tanto, solo cuando esa situación se defina, podrá saberse si los acreedores tienen interés jurídico para demandar a la nación por la presunta responsabilidad extracontractual que pueda caberle" (Subrayado fuera del texto)*

*Así las cosas, la ley la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar la improcedencia de la presente acción, por cuanto existe un proceso de intervención de las captadoras ¡legales, que ha sido creado por ley y dentro del cual deben identificarse los realmente perjudicados y establecerse el monto real de los perjuicios, hasta que dicha actividad no sea realizada, el supuesto daño que se alegaría en este proceso no deja de ser un daño hipotético o probable, ante lo cual debe desestimarse la demanda sin entrar siquiera a analizar la existencia de los otros elementos que podrían conducir a declarar la responsabilidad de las entidades estatales demandadas.*

*El hecho de no haberse surtido las Instancias previstas para ello, impide saber exactamente si existió un daño y cuál es la magnitud del mismo. A pesar de ello, no se allega al plenario ni se solicita practicar alguna prueba tendiente a demostrar cual ha sido el resultado del procedimiento legal arriba señalado hecho que termina por negar la posibilidad, tanto al Despacho como a los demandados dentro del proceso, de saber si efectivamente se ha configurado perjuicio alguno y si el demandante ha resultado realmente perjudicado (…)”*

**1.3.1.3. TERCERA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR CUANTO LA PARTE DEMANDANTE SE EXPUSO VOLUNTARIAMENTE A LOS PERJUICIOS.**

*“(…) Como se ha anotado anteriormente el artículo 90 de la Constitución establece que solamente son indemnizables "los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.". El daño antijurídico es definido doctrinalmente como aquel que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportar.*

*Ahora bien, si, efectivamente, la parte actora ha sufrido un daño, cualquiera sea su entidad, el mismo no tendría la calidad de antijurídico, por cuanto, quienes lo sufrieron se expusieron voluntariamente a él y consecuencialmente, están en deber jurídico de soportarlo, por ello, no existe fundamento jurídico alguno para reclamar su indemnización a mi poderdante.*

*El artículo 230 de la Constitución establece que "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley y que "La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial" Pues bien, uno de los principios generales del derecho al que hace referencia la citada norma, es la máxima latina NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, según la cual nadie puede alegar en su favor su propio culpa o torpeza.*

*La doctrina autorizada señala que la jurisprudencia tanto nacional como internacional se niegan a reconocer responsabilidad pública alguna cuando se demuestra que los demandantes asumieron a sabiendas, el riesgo de exponerse a una daño altamente probable, de manera que cuando se sufren daños por desarrollar actividades cuyo alea no es ignorado por los afectados, no resulta procedente que se pretenda trasladar al patrimonio público el resultado de las actividades temerarias realizadas conscientemente por los afectados, desoyendo las recomendaciones de las autoridades públicas y pretendiendo lograr exorbitantes retornos.*

*Las afirmaciones de la parte actora en los hechos de la demanda, demuestran claramente que su decisión de establecer relaciones comerciales y otorgar crédito a la captadora ilegal se realizaron mucho tiempo después de que la Superintendencia Financiera hubiera intervenido esa captadora ilegal una primera vez y cuando ya era de público conocimiento el riesgo que de desprendía de establecer relaciones comerciales con ella.*

*Además, las autoridades competentes ordenaron publicar diferentes avisos en diarios de amplia circulación nacional y local realizando advertencias en el mismo sentido, tal y como se demostrará en las piezas de convicción allegadas al plenario.*

*Así las cosas, resulta claro que en el presente caso nos encontramos frente a lo que la doctrina arriba citada denomina como "excepción de riesgo tomado" puesto que la parte actora actuando libremente de manera audaz, y tratando de sacar un provecho comercial de la actividad ilegal de DMG, decidió conscientemente aceptar el riesgo que implicaba otorgar crédito a esa captadora ilegal con miras a percibir beneficios extraordinarios inexplicables, haciendo caso omiso de las advertencias de las autoridades públicas y del posible origen ilícito de ese tipo de beneficios.*

*No puede por lo tanto, presentar los daños que se hayan generados como producto de ese proceder, como si tuvieran la entidad de daños antijurídicos a cuya compensación deba ser llamado el patrimonio de todos los colombianos (…)”*

**1.3.1.4.- CUARTA EXCEPCIÓN: EXCEPCIÓN INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA QUE REPRESENTO**

*“(…) Cualquiera sea la naturaleza y entidad del supuesto daño alegado, es posible afirmar que no existe relación de causalidad alguna entre él y la presunta acción u omisión de mi representado. En efecto, analizadas las teorías de la causa aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, a luz de los hechos narrados en la presente acción, resulta claro que no es posible ligar efectivamente, la supuesta omisión de la entidad que represento, con los supuestos daños que habrían sufrido la parte demandante.*

*La situación táctica que ahora se presenta a la luz de la teoría de la equivalencia de condiciones, que es la más amplia y favorable de las tesis, nos lleva a preguntarnos si la supuesta omisión achacada al Ministerio de Hacienda, constituye un requisito sine qua nom para que la parte demandante haya sufrido el perjuicio que ahora alega. La respuesta a dicho interrogante es necesariamente negativa, ya que de lo que se acusa a esta autoridad es de una omisión, es decir de no actuar y ese no actuar, no puede ser considerado como causa activa de las conductas asumidas por los otros. Adicionalmente resulta evidente que la causa última del perjuicio no es otro que la conducta ambiciosa desarrollada por la parte actora.*

*En tal sentido cabe reiterar que aún el pleno cumplimiento por parte de las autoridades económicas de las obligaciones que la Constitución y la Ley les imponen no impide que los ciudadanos sean víctimas de estafas o actividades ilícitas a las cuales ellos mismos se exponen de manera voluntaria. Igualmente, el supuesto incumplimiento o la negligencia de las autoridades económicas en la observación de sus obligaciones no implican necesariamente que los ciudadanos sean víctimas de ese tipo de ilícitos. El resultado final, en cualquiera de los dos casos, depende de la actuación que hayan desplegado libremente los ciudadanos. Así, la mayoría de los colombianos optó por no establecer relaciones comerciales con entes como los reseñados en la demanda pese a los exorbitantes rendimientos que ofrecían, algunos (¿los más vivos?) tomaron la decisión contraria, pese a la advertencias expresas de los riesgos que de dicha decisión se desprendían.*

*De otra parte, sí se intenta identificar un nexo causal con apoyo de la teoría de la causalidad adecuada, es preciso retener como causas del daño sólo aquellos acontecimientos que contienen la posibilidad objetiva de producir el resultado dañino y visto que en el presente caso lo que se reprocha a la entidad que represento es la omisión de intervenir, resulta forzoso concluir que el hecho de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o cualquier otra autoridad administrativa dejara de intervenir, no se convierte en causa eficiente de la actuación temeraria de la parte demandante quien decidió libremente, intentar obtener réditos extraordinarios por su misma magnitud debían llamar a suspicacia frente a quienes los ofrecían.*

*La culpa exclusiva de la víctima que resulta evidente en el presente caso, es aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia nacional e internacional como una causa extraña que tiene como efecto la ruptura del nexo causal. Así lo señala en su obra el Honorable Consejero de Estado Ramiro Saavedra quien afirma que " El Conseil d Etat, por ejemplo, exonera totalmente a la administración en el caso de un ciclista que se cae en una excavación pública, considerando que este no estuvo suficientemente atento a las dificultades del recorrido (...) Además la administración puede ser exonerada por la falta de la víctima que sin estar al origen del daño, agrava sus consecuencias".*

*La evaluación de la culpa de la víctima, como elemento que permite romper el nexo causal, debe ser especialmente rigurosa tratándose de actividades en los cuales es posible dudar de la postura ética que motiva las acciones de la parte actora, ya que las misma se integraron aun dispositivo sofisticado a través del cual se perjudicó a miles de colombianos (…)”*

**1.3.1.5.- QUINTA EXCEPCIÓN: HECHO DE UN TERCERO.**

*“(…) El hecho generador del daño dentro del presente asunto no es atribuible a la administración en cabeza de alguna de las entidades demandadas, sino que es responsabilidad de un tercero, la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A, que se dedicó a captar recursos del público utilizando a algunos comerciantes quienes se asociaron con ella en su desviado propósito. Es de anotar que en dicha actividad la citada empresa no contó en momento alguno con el aval o el respaldo de entidades estatales, sino que la actividad fue realizada por sus administradores de manera autónoma, por cuenta propia, sin pedir los permisos establecidos para ello en el artículo 335 de la Constitución.*

*Por lo anterior, resulta pertinente tener en cuenta que en los términos del artículo 2488 del Código Civil todos los bienes del deudor constituyen la prenda general de garantía de los acreedores, pero que, dicha garantía se agota con los bienes que integren el patrimonio de la sociedad DMG HOLDING S.A, cuya liquidación se lleva a cabo dentro del proceso de intervención regulado por el Decreto 4334 de 2008.*

*De esa manera, la satisfacción de las pretensiones de la parte actora no deben hacerla las entidades demandadas sino que corresponde actuar en contra del real autor del daño y en contra de todos sus bienes pues ellos constituyen la prenda general de garantía de sus acreedores calidad que tendrá el aquí demandante.*

*Cabe anotar que, la parte actora tuvo una participación activa en la configuración de los perjuicios que ahora sufre, al contrario de lo que ocurre con las entidades públicas demandadas, que son ajenas por completo a los negocios jurídicos que se encuentran al origen de los daños cuya reparación se pretende, fue ella quien decidió libremente dar crédito y establecer relaciones comerciales con la sociedad DMG HOLDING S.A, desatendiendo las advertencias que frente a ese tipo de riegos habían hecho las autoridades públicas y teniendo como única garantía de devolución el patrimonio con que contaba la entidad captadora.*

*De conformidad con lo anterior, no existe elemento alguno que justifique extender la prenda general de garantía con cuentan los acreedores de sociedad DMG HOLDING S.A a patrimonios diferentes de aquella sociedad y mucho menos que se pretenda vincular a la administración para que responda por los perjuicios causados por un tercero como consecuencia de negocios que son totalmente ajenos a ella (…)”*

**1.3.1.6.- SEXTA EXCEPCIÓN- 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 SOBREVINIENTE FRENTE A LA CUAL FUE NECESARIO DECRETAR LA EMERGENCIA SOCIAL**

*“(…) Los hechos o circunstancias que dieron lugar a la proliferación de "pirámides" que ocasionaron detrimento patrimonial al actor, corresponden a un fenómeno social extraordinario y sobreviniente, de carácter extendido en todo el territorio nacional y frente al cual el gobierno nacional se vio obligado a apelar a la declaratoria del estado de emergencia social prevista en el artículo 215 de la Constitución Nacional a fin de dotar a las autoridades administrativas de herramientas jurídicas que le permitieran atender el asunto con la celeridad necesaria. El citado artículo reza:*

*"ARTICULO 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.*

*Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.*

*Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.*

*El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.*

*El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.*

*El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.*

*El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.*

*El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.*

*El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo."*

*Sobre este aspecto es de vital importancia que el juzgador tenga en cuenta que la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009, con ponencia del Dr. Humberto Antonio Sierra Porto concluyó que el Decreto 4333 de 2008, por el cual el Gobierno Nacional declara el estado de emergencia social se ajustaba a la carta, en tal sentido esa Corporación afirmó en el comunicado de prensa que anunció la medida " La Corte encontró que el decreto declaratorio del estado de emergencia social cumplió los requisitos formales y materiales para su expedición. Luego de recordar que el estado de emergencia reviste una especificidad respecto a las demás modalidades de los estados de excepción, procedió a examinar el cumplimiento de los requisitos materiales, que encontró acreditados. En cuanto a los hechos invocados para justificar la declaratoria del estado de excepción halló que tenían el carácter de sobrevinientes y extraordinarios. No encontró errada, ni arbitraria, la apreciación de que la actividad de captación masiva y habitual de los recursos del público afectaba de manera grave e inminente el orden social del país, dada la gravedad de la perturbación del orden social motivada por las dimensiones que el fenómeno había alcanzado y, más concretamente, porque los recursos captados del público estaban en riesgo. También, constató la valoración que hizo el Ejecutivo sobre la urgencia e inmediatez de las medidas."*

*Así las cosas, hoy constituye cosa juzgada constitucional la consideración realizada por la el gobierno nacional y avalada por la Corte Constitucional según la cual los hechos relativos al fenómeno de los captadores ilegales de recursos del público, revestían características extraordinarias y sobrevinientes, frente a los cuales no era efectiva la utilización de los recursos ordinarios con que contaban las autoridades administrativas antes de que se expidieran las normas proferidas en desarrollo del estado de emergencia.*

*Por lo acotado no son de recibo los reproches que hace la parte actora cuestionando la tardía actuación de las autoridades, o la omisión de las mismas, puesto que como se demuestra en el documento realizado por el Superintendente Financiero que se allega como prueba, el marco jurídico vigente antes de la declaratoria de emergencia impedía una actuación más rápida y eficaz por parte de las autoridades competentes, por cuanto exigía, el despliegue de una actividad administrativa y probatoria importante, que permitiera demostrar la procedencia de la intervención estatal, dichas actividades eran aún más difíciles si se trataba de actividades de operaciones realizadas en "una modalidad casi cifrada" para las cuales prestó su concurso la parte demandante (…)”*

**1.3.1.7- SÉPTIMA EXCEPCIÓN: LA PARTE DEMANDANTE NO ACTUÓ CON BUENA FE EXENTA DE CULPA Y CREADORA DE DERECHOS**

*“(…) Desde tiempos remotos la jurisprudencia y la doctrina han señalado que la sola buena fe no crea derechos, sino que para poder alegar derechos derivados de un actuar de buena fe, es preciso que se trate de una buena de cualificada es decir exenta de culpa, el Honorable Consejo de Estado en providencia proferida el día (29) de mayo de dos mil ocho (2008) dentro del proceso con Radicación número: 52001-23-31-000-2001-00012-01 Consejero ponente Dr MARCO ANTONIO VELILLA MORENO retoma argumentos de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular en los siguientes términos:*

*"La Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones ha precisado el tema de la buena fe. Entre otras en sentencia del 23 de junio de 1958, con ponencia del doctor Arturo Valencia Zea se estableció:*

*"La buena fe simple y la buena fe cualificada.*

*A fin de interpretar correctamente los principios que informan el Código Civil y los diversos textos legales del mismo, y evitar confusiones, es necesario dar unas aclaraciones complementarias para diferenciar los casos en que el Código se refiere a una buena fe simple que no crea derechos, sino que simplemente atempera los efectos de la buena fe cualificada y que es objeto de examen aquí.*

*La buena fe simple tan sólo exige una conciencia recta, honesta; pero no exige una especial conducta. Es decir, la buena fe simple puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho. Así, la definición del artículo 768 corresponde únicamente a la buena fe simple y sólo se hace consistir en la conciencia de adquirirse una cosa por medios legítimos. Una aplicación importante de esa buena fe es la ya examinada del artículo 964 del Código Civil. En general, quien compra una cosa mueble a otra persona, actúa con una buena fe simple y no adquiere el dominio si el tradente no era el verdadero dueño, según lo dispone el artículo 752 del Código Civil. Ello, porque tan sólo se tuvo la conciencia de que el tradente era el propietario, pero no se hicieron averiguaciones o exámenes especiales para comprobar que realmente era propietario.*

*En cambio, la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana "Error communis facit jus") exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tridente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan sólo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, exige conciencia y certeza."*

*De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, la parte actora no puede excusar su negligencia en la verificación de si la entidad a la que le estaban confiando sus recursos tenía o no autorización del Estado en el simple principio de la buena fe, sino que para lograr una reparación del daño debían verificar efectivamente si existía un acto administrativo expedido por la entidad competente mediante el cual se autorizara su funcionamiento, al no realizar esa verificación dejaron de actuar oportuna y activamente con la diligencia suficiente e incumplieron las cargas que debían realizar para que fueran considerados como titulares de una buena fe exenta de culpa y por consiguiente creadora del derecho a que fueran indemnizados por el Estado.*

*En síntesis, no es procedente que la parte actora trate de fundar su pretensión de indemnización dentro del presente proceso en una supuesta violación del principio de la buena fe, por cuanto ella y el sustento táctico que alega, no cumplen las condiciones que la jurisprudencia ha establecido para que se considere vulnerado dicho principio (…)”*

**1.3.1.8.- OCTAVA EXCEPCIÓN: 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.**

*“(…) El Estado, de manera oportuna, inició las respectivas investigaciones administrativas que tuvieron como resultado demostrar la existencia de causales de captación respecto de personas naturales y jurídicas que desarrollaban dichas actividades sin contar con la debida autorización.*

*Si bien se iniciaron un sinnúmero de actuaciones administrativas, sólo en algunos casos especiales, y teniendo como fundamento los hechos y las pruebas recaudadas, se logró verificar la configuración de causales de captación, que permitieron al Estado tener los argumentos de juicio suficientes para tomar las medidas cautelares que permitieran detener el crecimiento progresivo de estas actividades ilegales.*

*En desarrollo de lo anterior y ante la presencia de situaciones de ejercido irregular de la actividad financiera, las entidades del Estado, en ejercicio de las atribuciones legales conferidas, iniciaron investigaciones, ordenaron la práctica de visitas y de pruebas y adoptaron medidas preventivas y medidas cautelares cuando a ello hubo lugar.*

*¿Cómo podría afirmarse entonces, que el Estado no actúo, si desde el momento de la aparición de las primeras captadoras, ejerció actividades de control y vigilancia, y adoptó las medidas necesarias, siempre dentro del marco de las funciones que le habían sido atribuidas por la ley?*

*No es cierto, por tanto, que haya existido una intervención tardía del Estado, como lo manifiesta el actor, ni mucho menos que haya esperado el colapso económico para tomar las medidas tendientes a frenar los efectos negativos producto de dicha actividad ilegal, como lo veremos a continuación:*

*En los argumentos presentados por el demandante, es claro que no sólo se desconoce la multiplicidad de actividades desplegadas por el Estado para contrarrestar las actividades que desarrollaban las captadoras sino que, además, ignora que el ejercicio de las funciones de inspección, control y vigilancia que ejerce el Estado a través de entidades tales como la Superintendencia Financiera, no pueden ser de ninguna manera infundadas, lo que quiere decir que el Estado debe tener suficientes argumentos de juicio para imponer sanciones y tomar medidas de orden administrativo.*

*Es de tal magnitud la responsabilidad del Estado al momento de realizar investigaciones y ejercer funciones de control y vigilancia, que pretender que actúe con fundamento en meras suposiciones y apariencias, no sólo es un acto de suprema irresponsabilidad sino que además es a todas luces ¡legal, como quiera que todas las decisiones de la Administración deben ser motivadas en la forma debida y legal, además de que dicha motivación debe guardar relación directa con la decisión tomada por la autoridad correspondiente.*

*Si bien las actividades desarrolladas por las captadoras ilegales no eran ocultas, ello no quiere decir que el Estado pueda a simple vista imponer sanciones y proceder a la intervención de las personas naturales o jurídicas involucradas. Las investigaciones realizadas por funcionarios de la Superintendencia Financiera tienen como fin determinar de manera certera si existen causales suficientes para tomar medidas administrativas, por estar del todo demostrados los supuestos de captación masiva y habitual de dineros del público.*

*Lo anterior implica que la actuación del Estado no puede reflejarse sólo al momento de Imponer las medidas sancionatorias. Dicho de otra forma, es incorrecto afirmar que la actuación del Estado fue tardia, partiendo sólo del momento en que fueron expedidos los Decretos de Emergencia Económica y Social y los actos administrativos que ordenaron la intervención y la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las personas naturales y jurídicas que desarrollaban actividades de captación masiva de dineros del público. Por el contrarío, la actuación del Estado se da desde el momento en que se inicia la respectiva investigación, se adelanta todo el procedimiento administrativo y se toma la decisión respectiva, con fundamento en las visitas practicadas, las pruebas obtenidas, los documentos contables que fueron analizados, etc.*

*Así las cosas, las conclusiones expuestas por la parte actora son superficiales y carecen de fundamentos tácticos y legales, más aún si tenemos en cuenta que la sofísticación de los modelos utilizados por muchas de las captadoras y las estructuras bajo las cuales funcionaban, impedían que la actuación del Estado fuera eficiente. Por otra parte, la apariencia de legalidad en el desarrollo de sus actividades hizo todavía más complicada tanto la investigación como la decisión que debía tomarse.*

*Debe notarse que los sofisticados sistemas utilizados para llevar a cabo la captación ilegal han dificultado la intervención de las autoridades; ese hecho fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional como un aspecto relevante para declarar exequible la declaratoria de emergencia social que se dirigía precisamente a dotarlas de herramientas jurídicas que les permitieran intervenir de una manera ágil y eficaz en la actividad de la captación ilegal. Nótese que la misma parte actora describe cómo los captadores ¡legales utilizaban mecanismos de alta sofisticación jurídica para ocultar o esconder sus actividades el montaje legal impedía identificar con plena claridad el tipo de actividad realizada, y especialmente que se configuraran los dispendiosos requisitos que establecía la regulación vigente en esa época para que se pudiera predicar la captación ilegal.*

*En este orden de ideas, no resultan de recibo los reproches sobre la expedición de actos administrativos archivando la investigación, pues en toda manifestación administrativa de la facultad sancionatoria del Estado debe observarse el debido proceso y el principio de legalidad. De manera que, si al momento de expedir esos actos administrativos, no existían elementos para tomar legalmente la decisión en otro sentido, no puede reprocharse a la administración haber obrado de esa manera (…)”*

**1.3.1.9.- NOVENA EXCEPCIÓN: ABSOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

*“(…) La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa mediante providencia proferida el día 6 de diciembre de 2011, dentro del expediente IUC-D-2010-878-300816, absolvió de responsabilidad disciplinaria a funcionarios y exfuncionarios de la Superintendencia Financiera, al hallarse plenamente desvirtuados los cargos formulados y por ende probado que no incurrieron en faltas graves y gravísimas endilgadas con relación a omisiones e incumplimiento de funciones e intervención tardía en el ejercicio de las mismas tendientes a evitar el fenómeno conocido como captación no autorizadas de recursos del público. En esa decisión que será allegada al acervo probatorio expresa en su parte motiva que los funcionarios cumplieron con la normatividad y actuaron con sujeción y alcance de lo dispuesto en las disposiciones pertinentes, tanto que se hizo necesario decretar el estado de emergencia económica y social por parte del Señor Presidente de la República, como atrás se menciona (…)”*

**1.3.1.10.- DECIMA EXCEPCIÓN: NO EXISTEN CONDICIONES QUE PERMITAN CONFIGURAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA.**

*“(…) La parte actora de manera equivocada ha pretendido sustentar sus reproches en contra de las entidades demandadas bajo el argumento según el cual, por no haberse actuado de manera oportuna, se generó en ella la confianza legítima para establecer relaciones comerciales con dichas sociedades y establecimientos de comercio, al estimar que el Estado avalaba su actuar.*

*Esa argumentación que bajo ningún presupuesto puede ser de recibo por cuanto la misma desconoce la forma y condiciones bajo las cuales la jurisprudencia constitucional ha estructurado dicho principio de confianza legitima, condiciones que fueron con tino traídas a cuento en la sentencia C-1049/04, con ponencia de la Dra. CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ, providencia que sobre el particular expuso:*

*"(.,.) en relación con el principio de la confianza legítima, la Corte ha sentado unas claras líneas jurisprudenciales que se reiteran en el presente asunto. Así pues, en sentencia C- 131 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, esta Corporación adelantó las siguientes consideraciones sobre el mencionado principio:*

*"En tal sentido cabe señalar que como corolario del principio de la buena fe, la doctrina y jurisprudencia foráneas, desde mediados de la década de los sesentas, han venido elaborando una teoría sobre la confianza legítima, el cual ha conocido originales e importantes desarrollos a lo largo de diversos pronunciamientos de esta Corte.*

*Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.*

*Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.*

*De igual manera, la doctrina foránea considera que, en virtud del principio de la confianza legítima, la administración pública no le exigirá al ciudadano más de lo estrictamente necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso persiga. No obstante, la jurisprudencia extranjera también ha considerado que el mencionado principio no es absoluto, que es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en especial, con la salvaguarda del interés general en materia económica.*

*Con apoyo en estos avances del derecho comparado, esta Corporación consideró, en un caso de una acción de tutela instaurada por un nutrido grupo de vendedores ambulantes, que la confianza legítima constituía una medida de protección para los ciudadanos, que se originaba cuando "de un acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merece un calificativo especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad". No se trata, en palabras de la Corte, de una forma de Indemnización, donación, reparación o resarcimiento de los afectados, ni tampoco de un desconocimiento del principio del interés general.*

*La jurisprudencia de la Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima es una proyección de aquel de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá. En palabras de la Corte "Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política". Y que, este principio encuentra un límite en su contenido y alcance que es dado por el principio del interés general.*

*Igualmente ha considerado, que "La aplicación del principio de la buen fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuada, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando solo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida".*

*Principio de la confianza legítima que si bien deriva directamente, no solo del principio de buena fe, sino también del de la seguridad jurídica, adquiere identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Y se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones.*

*De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado que el principio de confianza legítima no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino que irradia a la actividad judicial. En tal sentido, se consideró que "En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet".*

*La anterior línea jurisprudencial ha sido mantenida y profundizada por la Corte al estimar que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre, y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando, y por ende, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto por el principio de la confianza legítima.*

*Así mismo, la Corte ha insistido en que la garantía de la confianza legítima, de forma alguna se opone a que el Congreso de la República modifique las leyes existentes, lo cual iría en contra del principio democrático, y por lo tanto, tampoco implica petrificar el sistema jurídico.*

*En este orden de ideas, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático."*

*Así pues, estudiada la línea jurisprudencial que ha fijado la Corte Constitucional sobre dicho precepto se constata que en el presente caso no se cumplen las condiciones para que el mismo pueda estimarse como vulnerado puesto que en el asunto bajo estudio no se varió en ningún evento, una u otra determinación legal al respecto de las sociedades y establecimientos de comercio que captaron dineros del público, mucho menos se cambiaron las reglas de juego que las gobernaban, pues como se probará en este asunto, no existían tales para la actividad de captación que clandestina y enmascaradamente, mediante sofismas de distracción, ejecutaban.*

*De manera que, se reitera, no se está frente a la hipótesis de que el administrado, en este caso el demandante, se encontraban ante una expectativa y confiaba en que una determinada regulación se iba a mantener, como por ejemplo cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, pues como ya se dijo, para el caso de marras la captación por parte de dichas sociedades y establecimientos de comercio nunca estuvo permitida, de manera que se echa de menos el cambio abrupto de condiciones por parte de las autoridades públicas que irrespete la confianza que los ciudadanos han depositado en ellas y en sus actos.*

*Caso distinto sería si las autoridades hubieran avalado la existencia de las captadoras como sujetos de derecho que cumplían con las normas propias de tal actividad, (Como las entidades financieras), y posteriormente se les hubiera reprochado su actuar y se hubieran considerado como simples pirámides, ya que en tal evento si podría estarse frente a una vulneración del principio de confianza legítima reprochado, pero es precisamente la ausencia de la autorización mencionada y el reproche que desde el ámbito penal se les hace a los administradores y propietarios de tales sociedades y establecimientos de comercio, lo que hace inviable tal reparo.*

*Pero es que además no se trasgrede dicho principio, que valga decirlo va aparejado al de la buena fe, previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, pues las actuaciones de los afectados a la luz de lo establecido en el artículo 63 del Código Civil se encuentran inscritas dentro de la clasificación más grave de la culpa, de su propia culpa, justamente por omitir su deber de verificar que las sociedades o establecimientos de comercio a los que les estaban confiando sus dineros contaban o no con la autorización del Estado para realizar tal actividad.*

*Ahora bien, baste en este punto preguntarnos señora magistrada sí la actuación de dichos particulares, muchos de ellos ahora demandantes, quienes esperaban percibir unos rendimientos estrafalarios, se encontraba acorde con los principios que hoy estiman trasgredidos, para contestarnos que no, respuesta que se funda en el hecho de que es inaudito que quienes en dicha oportunidad asumieron la postura poco ética de desentenderse del origen turbio de los extraordinarios réditos ofrecidos, intenten ahora fundar su pretensión ¡indemnizatoria en la vulneración de los principios de confianza legítima y buena fe por parte del Estado, cuando está visto que fueron ellos quienes no tuvieron un comportamiento adecuado para valorar el actuar de los sujetos de derecho (Captadoras de dinero, sociedades o establecimientos de comercio), a quienes entregaron sus recursos a la luz de la trascendencia de sus actos y de las advertencias que sobre el asunto lanzaron los diversos órganos del aparato estatal.*

*ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado (…)”*

* + 1. La demandada **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso las siguientes **excepciones**:

**1.3.2.1.** **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 público.**

*“(…) A voces de lo previsto en los artículos 212 a 215 de la Constitución, el Presidente de la República puede decretar los estados de excepción (guerra, conmoción interior y emergencia), cuando sobrevengan situaciones extraordinarias, entre las que se cuentan los hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país o que constituyan grave calamidad pública. Dentro de ese contexto el Presidente de la República está habilitado para adoptar medidas destinadas a conjurar la crisis, las cuales al igual que el acto de declaración, quedan sujetas a control jurisdiccional formal y material, por parte de la Corte Constitucional.*

*Ahora bien, conforme a lo previsto en el artículo 215 Superior, la facultad otorgada al gobierno para expedir durante el estado de emergencia social decretos con fuerza de ley, se restringe en forma exclusiva a la materia que originó su declaratoria, para que adopte medidas normativas orientadas "exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos", todo ello en respeto de las garantías fundamentales. Así, las facultades derivadas de esa situación extraordinaria deben ejercerse dentro del marco constitucional para épocas de normalidad, de modo que su excepcionalidad no habilita al Gobierno Nacional para desconocer el ordenamiento superior sino para suplir transitoriamente la competencia legislativa del Congreso.*

*No sobra señalar en este punto que los decretos legislativos expedidos por el gobierno durante la emergencia social tienen vocación de permanencia, es decir, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y poseen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo los derogue o reforme.*

*Advertido lo anterior ha de señalarse que en uso de las atribuciones conferidas por el Artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto en la Ley 137 de 1994, el Gobierno Nacional a través del Decreto 4333 de noviembre 17 de 2008, declaró el Estado de Emergencia Social, entre otras, por las siguientes razones:*

*a. Que de acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política y las leyes colombianas vigentes, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado. Conforme a las normas legales las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva del público son las instituciones sometidas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Es así como desde 1982 se consideran penalmente responsables las personas que captan de manera masiva sin la debida autorización de la Superintendencia Financiera;*

*b. Que a pesar de lo anterior, han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades;*

*c. Que con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio;*

*d. Que tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado;*

*e. Que con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, y en tal sentido los niveles de riesgo asumidos están por fuera de toda razonabilidad financiera;*

*f.Que se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes;*

*En los términos del numeral 7° del artículo 241 de la Constitución Política, a la Corte Constitucional como supremo guardador de la integridad y prevalencia de la Constitución, le corresponde decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución (control automático de constitucionalidad).*

*Bajo ese rasero es preciso indicar que el Decreto 4333 de 2008 en virtud del cual el Gobierno Nacional declaró la emergencia social en todo el territorio nacional superó el examen de constitucionalidad en la Corte Constitucional según se dejó consignado en la sentencia C-135 de febrero 25 de 2009. De la ponderación realizada por la Corte Constitucional sobre los motivos que llevaron a la declaratoria del Estado de Emergencia Social, es ilustrativo el siguiente aparte:*

*"... De los hechos anteriormente constatados, tanto la proliferación de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, como la circunstancia fáctica que un número importante de ciudadanos haya entregado cuantiosas sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, y de esta manera haya comprometido su patrimonio, tienen el carácter de sobreviniente y extraordinario.*

*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.*

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

*Las anteriores razones son suficientes para considerar que los hechos invocados para justificar la declaratoria del estado de excepción tenían el carácter de sobrevinientes y extraordinarios (...).*

***Conclusión***

*1. Del análisis del presupuesto fáctico se concluye que se logró acreditar la ocurrencia de los hechos, su carácter sobreviniente y extraordinario y que no correspondían a los presupuestos para la declaratoria del estado de guerra exterior o de conmoción interior.*

*2. Del examen del presupuesto valorativo del Decreto 4333 de 2008 se tiene gue no se incurrió en un error manifiesto o en una valoración arbitraria cuando se consideró que la perturbación ocasionada por las actividades de captación no autorizada de los recursos del público afectaba de manera grave e inminente el orden social.*

*3. La valoración sobre la suficiencia de los medios ordinarios en cabeza de los poderes estatales no fue manifiestamente errada o arbitraria..."*

*Así mismo y con ocasión de la declaratoria de emergencia social, el Gobierno Nacional tuvo que adoptar medidas urgentes con fuerza de ley para intervenir de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas en modalidades no autorizadas de captación de dineros del público. Bajo tal apremio expidió el Decreto 4334 de noviembre 17 de 2008 (por medio del cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 de noviembre 17 de 2008).*

*Igualmente ha de destacarse que Decreto 4334 de 2008, también superó el control de constitucionalidad, según lo dejó sentado la Corte Constitucional en Sentencia C-145 de 2009, a excepción del literal h) del artículo 7° que se declaró inexequible. Entre las razones que llevaron a la Corte a declarar la constitucionalidad de dicho Decreto, se destaca el siguiente aparte:*

*"(...) Las medidas adoptadas por el Gobierno en el Decreto 4334 de 2008, además se refieren a materias que tienen relación directa y específica con la situación que determinó la declaración de la emergencia social, ya que están orientadas a hacer efectiva la intervención del Estado en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que captan dinero del público sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a la Superintendencia de Sociedades amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado (art. 1o).*

*Tal intervención tiene dos objetivos fundamentales: (i) suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, "generan abuso del derecho y fraude a la ley" al ejercer la actividad financiera irregular; y (ii) disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades (art. 2o).*

*(...) Por lo que respecta a la evaluación sobre la idoneidad, conducencia y posible afectación de garantías fundamentales por parte de las medidas previstas en el Decreto 4334 de 2008, encuentra esta Corte que resultan aptas para la consecución de los fines propuestos en el Decreto 4333 de 2008, y los que de manera específica están señalados en el artículo 2° de aquella preceptiva, de suspender de manera inmediata las operaciones y negocios de las personas naturales o jurídicas que ejercen irregularmente la actividad financiera a través de captaciones o recaudos no autorizados, así como para establecer un procedimiento que garantice la pronta devolución de los recursos obtenidos en esas actividades. (...)*

*Con ocasión de la revisión que de todos y cada uno de los artículos que comprenden el citado Decreto 4334 de 2008, la Corte Constitucional subrayó su conformidad con la Constitución, según se referencia a continuación:*

*a. En relación con la intervención del Gobierno por conducto de la Superintendencia de Sociedades "en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley", para lo cual otorgó a dicha Superintendencia "amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado", señaló la Corte que tal "determinación no es una decisión inapropiada o carente de sustento jurídico, pues a través de las superintendencias el Gobierno desarrolla la función constitucional de ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control, para el caso sobre las personas que realicen las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, al igual que sobre cooperativas y sociedades mercantiles (art. 189-24 Const)".*

*b. Consecuente con lo anterior, destacó el sentido del contenido de los artículos 2° y 7°, que establecen que la intervención sobre quienes participan en la actividad financiera sin la debida autorización del Estado, es un conjunto de medidas administrativas, que apuntan a los objetivos fundamentales de suspender inmediatamente las operaciones o negocios de quienes ejercen dicha actividad y organizar un procedimiento cautelar orientado a lograr la pronta devolución de los dineros, las que no encontró desproporcionadas ni irrazonables por ser consecuentes con lo dispuesto en los artículos 333, 334 y 335 superiores; tampoco observó que aquellas medidas afectaran garantías fundamentales, pues "la determinación de esos objetivos busca proteger los derechos de los depositantes y el interés público ínsito en el manejo de los recursos de captación".*

*c. Respecto del artículo 3o, que sujeta el procedimiento de intervención administrativa en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, "exclusivamente" a las reglas especiales de ese ordenamiento y, en lo no previsto, a las del Código Contencioso Administrativo, igualmente encontró que dicha medida que no era irrazonable ni desproporcionada, pues asegura que la actuación adelantada por "ese organismo se desarrolle de conformidad con el principio superior de legalidad de la función pública (arts. 6o, 90, 121, 122, 124, 209, 210 Const.), en virtud del cual la gestión de la administración debe someterse a normas previamente establecidas y cumplir los objetivos propuestos en ellas, atendiendo el debido proceso allí regulado (art. 29 ibídem), del cual derivan los derechos de los administrados a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y controvertir pruebas, a ejercer el derecho de defensa e impugnar los actos administrativos, básicamente".*

*d. En torno a la competencia que en el artículo 4° se asigna en forma privativa a la Superintendencia de Sociedades, para adelantar la intervención administrativa consagrada en el Decreto 4334/08, la encontró ajustada al marco constitucional por cuanto a través de esa entidad el Gobierno desarrolla la función constitucional de ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (art. 189-24 Const.).*

*e. Sobre lo previsto en el artículo 5o del Decreto que define los sujetos de intervención administrativa, advierte la Corte que dicha enunciación se aviene a la Constitución Política, pues es una medida apta para alcanzar los fines de la intervención regulada por tal disposición en cuanto permite delimitar el ámbito de actuación de la Superintendencia de Sociedades, así como el de la aplicación de las medidas de excepción orientadas a combatir las actividades sobrevinientes de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público mediante la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.*

*f. Sobre la disposición contenida en el artículo 6o que dispone que la intervención procede ante "hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades" indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante las modalidades de captación o recaudo en operaciones no autorizadas, es ilustrativo el sentido que la Corte dio a tal acepción en los siguientes términos:*

*"Hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo; así mismo, según el artículo 177 del C. P. C, los hechos notorios no requieren prueba. Lo anterior significa que cuando la Superintendencia de Sociedades decide intervenir a personas naturales o jurídicas que captan recursos sin autorización estatal, puede actuar sin tener que demostrar previamente la existencia de cualquiera de las modalidades que asume dicha actividad, las cuales real y objetivamente han de ser públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas, lo que no excluye la posibilidad de que esa Superintendencia también intervenga con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.*

*Considera la Corte que la medida en estudio resulta indispensable para los fines de la emergencia social y el ejercicio de la competencia atribuida a ese órgano de inspección, control y vigilancia, ya que le permitirá actuar de manera ágil, expedita y eficaz sin necesidad de pre constituir pruebas contables sobre la existencia de esas circunstancias, que sería lo procedente si observara el trámite ordinario, lo cual representaría un obstáculo para la consecución de los propósitos establecidos con la emergencia social y en el Decreto Legislativo en revisión, según se explicó con anterioridad..."*

*g. En cuanto a las medidas de intervención administrativa de competencia de la Superintendencia de Sociedades, reguladas en el artículo 7° (entre las que se cuenta la toma de posesión), indicó la Corte que tales también resultan idóneas para la consecución de los fines previstos con la emergencia social declarada en el Decreto 4333/08 y en el Decreto 4334/08, pues hacen posible la intervención de la Superintendencia de Sociedades en las actividades y negocios a que se refiere el artículo 5° de esta última preceptiva, permitiendo que ese órgano de inspección, control y vigilancia pueda cumplir con los propósitos generales trazados en dicha disposición, de suspender inmediatamente esas operaciones no autorizadas y poner en marcha un procedimiento cautelar que asegure la pronta devolución de los recursos obtenidos en desarrollo de las mismas.*

*Es de destacar en este punto que el literal h) del artículo 7° fue declarado inexequible por cuanto a juicio de la Corte "evidentemente envuelve un alto grado de indeterminación, desconociendo los principios superiores de legalidad y proporcionalidad, razón por la cual se declarará inexequible ese literal."*

*Igualmente y en relación con lo previsto en el Parágrafo 1o del citado artículo 7o, destaca el Alto Tribunal que la ausencia de recursos contra la mencionada providencia (la que ordena medidas de intervención) "no conlleva violación de garantías fundamentales, pues, como se explicó anteriormente, la toma de posesión por parte de la Superintendencia de Sociedades es un procedimiento de única instancia; respecto de las demás decisiones también se justifica esa medida, por cuanto le imprime celeridad a la actuación que adelanta esa entidad, en procura de devolver en el menor tiempo posible los dineros a los afectados".*

*h. Finalmente y respecto de los artículos 13 (actuaciones en curso en la Superintendencia Financiera); 14 (actuaciones remitidas a los jueces civiles de circuito), 15 (remisiones) y 16 (vigencia y derogatorias) del citado Decreto 4334, consideró la Corte que en la medida que consagran medidas tendientes a establecer y asegurar la transición, aplicación y vigencia del nuevo procedimiento de intervención allí regulado "no se oponen a los dictados de la Constitución, puesto que al igual que otras disposiciones del mismo Decreto, persiguen hacer efectivos los propósitos que animaron la declaración del estado de emergencia social y la expedición del Decreto Legislativo que se revisa, y buscan que la actuación de la mencionada entidad se desarrolle con sujeción a los principios de legalidad y debido proceso".*

*En tal orden de ideas y ajustadas como la Corte Constitucional encontró las disposiciones contenidas en el Decreto 4333 de 2008, por medio del cual el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Social así como las medidas dispuestas en el Decreto 4334 de 2008 que definió el procedimiento para la intervención administrativa, resulta pertinente advertir que habiendo superado aquellos Decretos el examen de constitucionalidad, las decisiones de la Corte Constitucional además de haber hecho tránsito a cosa juzgada, surten efectos erga omnes.*

*Así las cosas y justificadas como se encontraron las medidas de adoptadas por el Gobierno Nacional en el marco de la declaratoria de emergencia social a propósito de la proliferación de las diversas y sofisticadas modalidades de captación de recursos del público sin autorización legal, pretensiones indemnizatorias como las que aquí se reclaman por una eventual responsabilidad del Estado devenida de presunta pasividad, permisividad o negligencia, están llamadas a la improsperidad habida cuenta las motivaciones y explicaciones que el máximo Tribunal de lo Constitucional consignó en las sentencias que avalaron tales medidas (…)”*

**1.3.2.2**. **Inexistencia de un daño cierto. Sometimiento al trámite concursal que por fuero de atracción y universalidad es el escenario idóneo para las reclamaciones de índole económica como la presente.**

*“(…) Si el daño constituye el primer elemento de la responsabilidad, huelga afirmar que si no hay certeza acerca de su existencia, carece de fundamento jurídico pretensión alguna encaminada a lograr la indemnización respecto de un presunto perjuicio, el que por demás no ha sido debidamente determinado.*

*Al respecto el Honorable Consejo ha señalado que no puede tratarse de un daño genérico, probable, incierto o hipotético sino que se debe estar especificado expresamente.*

*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. Téngase en cuenta que en las pretensiones solamente se enuncia un estimativo del valor de los perjuicios que se demanda sean indemnizados por mi representada a la que se señala como presunta responsable por la pérdida del dinero que en forma libre consciente y voluntaria entregó a una captadora irregular y no autorizada de dinero (la que contractualmente estaría llamada a resarcirlo).*

*Dentro de ese contexto, el trámite de la acción 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 el caso que no ocupa es el GRUPO DMG HOLDING S.A.*

*A lo anterior ha de agregarse que las supuestas pérdidas que habría sufrido la parte actora se generaron en una relación que ella entabló con el entes captador, relación que inicialmente se presentó en forma por demás simulada bajo una modalidad negocial 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 constitucional 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.*

*Bajo tal entendido y como no se está en presencia de un daño efectivo, pues lo que en realidad ocurrió es que la parte demandante experimentó una merma patrimonial propia de dos elementos que se conjugaron para que ello tuviera lugar, siendo ellos: a) el rompimiento de la conmutatividad en los contratos o negocios simulados que celebró con las captadoras ilegales, que tornaron en aleatorios a los mismos (lo que salta a la vista al tener en cuenta los altos intereses pactados); y b) el acaecimiento de una pérdida financiera como la que puede tener lugar en cualquier otro negocio de riesgo monetario, la cual se magnificó, desde luego, ante la existencia de las altas condiciones pactadas, consecuente es predicar que ante la inexistencia del daño que se demanda indemnizar, la acción enfilada contra las entidades demandadas es premisa que impone la necesidad de emitir fallo inhibitorio (…)”*

**1.3.2.3. 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 actora al margen de cualquier control legal.**

“(…) Resulta del caso advertir adicionalmente, que las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo del Estado desarrolladas directamente por la Superintendencia Financiera procuran evitar que se concreten, entre otros, los riesgos propios de la actividad de intermediación financiera, lo cual no implica en forma alguna que mi representada esté llamada a ser garante final de los riesgos que supone el desarrollo de la actividad financiera autorizada para los sujetos que en ella intervienen, mucho menos cuando provienen o se originan en el ejercicio irregular de dicha actividad. Así lo ha aceptado el Consejo de Estado en los siguientes términos[[1]](#footnote-1):

"(...) sería un absurdo que se pretendiera exigir al Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza.

Constituiría esto una nueva versión del Estado-Gendarme, tan peregrina como imposible; equivaldría a solicitar del Estado la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece (...)" (destaco).

Adicional a lo expuesto, resulta claro que la ciudadanía no brinda mayor colaboración al supervisor al punto que puede afirmarse que existe incluso una actitud permisiva que favorece la captación, pues en la medida que el captador cumpla con los términos convenidos se omite esa información al supervisor y se dejan de suministrar pruebas que permitan tener una demostración clara y fehaciente de la comisión de la conducta.

Conforme a la evidencia, es claro entonces que son los propios ciudadanos quienes "motu proprio"entregan sus dineros a las personas dedicadas a ejercer la actividad de captación en forma irregular y no autorizada, sin tomar las medidas mínimas de precaución o cuidado que se requieren en toda negociación; la primera de ellas, constatar previamente si se trataba de una entidad autorizada por la Superintendencia Financiera para captar recursos del público en forma masiva y habitual y en tal evento si hacía parte de la estructura del sistema financiero colombiano que en forma exclusiva está habilitado para ejecutar este tipo de operaciones, y, adicionalmente verificar el grado de solvencia, seriedad, trayectoria y responsabilidad de la organización a la que decidieron entregarle sus dineros, para así evitar el riesgo de perderlo.

En ese contexto, resulta evidente que en el presente asunto la responsabilidad de evaluar el riesgo, la seguridad y viabilidad al momento de realizar una inversión corresponde únicamente a cada persona natural o jurídica interesada en la operación, razón por la cual debe verificar la legalidad, idoneidad y solvencia moral de las personas o entidades receptoras de dicha inversión y en especial si cuenta con la correspondiente autorización de las autoridades competentes, con mayor razón si se trata de personas naturales propietarias de entes mercantiles que no forman parte del sector financiero.

Dicho deber de cuidado y diligencia no podía ser suplido o cumplido por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que esa responsabilidad, para el caso que nos ocupa, era directa de los clientes. La supervisión del manejo de los dineros confiados a las diferentes organizaciones dedicadas a la captación de dineros del público en forma irregular y no autorizada estaba en cabeza de quienes los entregaron para enriquecerse de manera fácil y rápida.

Bajo dichos presupuestos legales es preciso aclarar que si bien es cierto que la Superintendencia Financiera de Colombia tiene dentro de sus objetivos asegurar la confianza pública en el sistema financiero, bursátil y asegurador, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe, también lo es que a los inversionistas les corresponde evaluar los diversos riesgos que conllevan sus operaciones frente a un determinado negocio, más cuando se encuentran advertidos, a través de los diferentes medios de comunicación -como aparecerá demostrado durante el curso del presente proceso-, sobre la existencia de personas que sin hallarse autorizadas por el Estado realizan operaciones de captación de recursos del público con el correspondiente nivel de riesgo que ello implica. De ahí que no resulta acertado pretender derivar responsabilidad alguna por parte del ente de control y vigilancia, en la eventual frustración del negocio o defraudación alegada.

Dentro del mismo contexto, resulta del caso destacar que aun antes de la expedición de la Constitución de 1991, mi representada puso especial empeño en la protección de la confianza en el sector financiero y los recursos captados del público. De ahí que desde el año de 1982 se elevó a la categoría de delito la conducta de las personas naturales o jurídicas que, sin contar con la debida autorización, se dediquen a captar recursos en forma masiva y habitual, la cual tuvo como propósito penalizar la captación de dineros del público por parte de personas naturales o jurídicas no autorizadas por el Estado, con el propósito de proteger el ahorro del público, ante las conductas irregulares de captación evidenciadas a principios de la década del 80, que provocaron cuantiosas pérdidas a muchos ahorradores.

En relación con el particular, no está de más recordar que nuestra legislación, siguiendo para el efecto la tradición latina, consagra la presunción de que la ley una vez promulgada es conocida por todos en general y, por ende, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° del Código Civil, nadie puede alegar su ignorancia como excusa para su cumplimiento, de manera que sea cual fuere la posición, activa o pasiva, del sujeto o ciudadano frente a la misma, todos deben cumplirla por igual.

Por demás, se reitera, el tema de la captación no autorizada de dineros del público y particularmente sus efectos negativos sobre el patrimonio de los "inversionistas" o "depositantes" una vez se desvanece la estructura espuria que sostiene "el negocio", hoy en día es de dominio público y de conocimiento general en razón a la amplia difusión del asunto no solo por autoridades de toda índole, sino además por los medios de comunicación, de manera que ninguna persona en el país puede sostener, con algo de lógica y seriedad, que dichas materias le son extrañas o ininteligibles, ni mucho menos escudarse en su presunta ignorancia para abstenerse de acatar el ordenamiento que sanciona y reprime como delito la captación masiva y habitual de dineros del público, cuando se dan los presupuestos para su configuración.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha advertido que "excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora, equivale a establecer un privilegio a su favor, violatorio de la igualdad y generador del caos jurídico".\*

En ese orden de ideas se tiene que la parte actora, quien en forma libre y voluntaria, entregó dineros con el aliciente de obtener rendimientos "exorbitantes", no sólo conocía o debía conocer la tipificación penal de la captación no autorizada de dineros del público, sino que pudo llegar a fungir, en la práctica, como promotora de dicha actividad. En otras palabras, para enriquecerse de manera "exorbitante", expedita y repentina muchos ciudadanos y entre ellos los aquí accionantes, apostaron a emprender actividades prohibidas y ahora que perdieron, tal el caso de los demandantes, se presentan como ciudadanos desorientados, sorprendidos, asaltados y desprotegidos por el Estado que, a su juicio, debe ser garante y responsable de su intrepidez negocial, de su tozudez frente a las alertas públicas de riesgo ante la actividad que emprendían y de su desbordada ambición de enriquecimiento inmediato.

Como quiera que aquellas personas no tomaron la más mínima diligencia y cuidado en verificar y averiguar previamente a la entrega de dineros, sobre la situación de las entidades "captadoras" ante el organismo de control establecido por la Ley para tales efectos, se insiste, muy a pesar de las constantes noticias desplegadas en medios de comunicación escritos y hablados advirtiendo sobre las famosas "pirámides" y las consecuencias de entregar los dineros a ellas, resulta inadmisible que ahora y ante la pérdida de sus capitales, se pretenda endilgar alguna responsabilidad a la Superintendencia Financiera, pues nada excusa para que quien así entregó sus dineros, atendiendo su responsabilidad de evaluar los riesgos del negocio que le proponían, esté llamada a responder por sus propias decisiones, omisiones y negligencias.

No resulta admisible que hoy, los aquí demandantes, aduciendo desconocimiento de las consecuencias de una operación que libre, consciente y voluntariamente ellos mismos buscaron y ejecutaron y que bajo simuladas modalidades de negocios jurídicos prestaron su concurso, pretendan trasladar en terceros, como el Estado, una responsabilidad que sólo a ellos incumbe, bajo el trillado argumento de una supuesta omisión, permisividad, pasividad o demora en la toma de decisiones y acciones para evitar la defraudación de que fueron objeto, cuando fue precisamente con ocasión de la modalidad en que se mimetizaron aquellas operaciones y que ellos expresamente aceptaron (según se desprende de los formularios de devolución que como prueba de la entrega de dineros se allegaron), que se ocultó a los entes de vigilancia y control aquellas formas de negociación, impidiendo de paso el oportuno seguimiento a esos modos operativos y que condujeron a la postre, dadas las "exorbitantes ganancias" que le generaban, a su insostenibilidad y puesta en evidencia, cuando al ver perdidos los recursos entregados, quedaron sujetos a la defraudación de la que hoy se duelen y reclaman sea indemnizada por el Estado.

Bajo tal entendido y como el adverso resultado de tan jugosos y particulares negocios, para los intereses económicos de quienes a este tipo de "captadoras" concurrieron, era el albur al que se sometieron en forma consciente y voluntaria, para el caso quienes ahora demandan en acción de reparación directa, obligados son a asumir las consecuencias de su descuidado y poco diligente proceder y por tanto, pretender atribuirle responsabilidad a una entidad estatal por los actos propios, resulta a todas luces una acción que atenta contra los principios generales del derecho, pues es bien sabido que nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

Las circunstancias puestas de presente permiten entonces predicar que si el eventual perjuicio o defraudación económica que alega haber sufrido la parte demandante es fiel reflejo de la culpa exclusiva de ella que, soslayando toda precaución mínima se expuso imprudentemente al riesgo del negocio propuesto, cuando entregó libre, consiente y voluntariamente sus dineros a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., con la intención de recibir exorbitantes rendimientos, conducen obligadamente al rompimiento del nexo causal entre el presunto daño alegado y la responsabilidad que se pretende endilgar al Estado y concretamente a mi representada, al resultar evidente que dicho perjuicio se originó en la actora cuando trasgredió el deber de conducta al que estaba obligada, desatendiendo las advertencias que públicamente se habían hecho sobre este tipo de actividades.

Así, dentro del escenario que ha sido expuesto, resulta claro que la Superintendencia Financiera de Colombia no ha sido la causante de las pérdidas sufridas por las personas que decidieron entregar sus dineros a este tipo de organizaciones que en forma irregular y no autorizada captaron tales recursos, pues la causa de la crisis patrimonial alegada por la parte actora proviene precisamente de su actitud descuidada y negligente, además de excesivamente confiada en relación con el negocio simulado en que decidió participar, cuando libre y espontáneamente entregó su dinero a una sociedad que por su naturaleza jurídica y objeto, jamás podía estar autorizada para captar masiva y habitualmente recursos del público, como es el caso de DMG GRUPO HOLDING S.A.

En consecuencia, pretender atribuirle responsabilidad a una entidad estatal por los actos propios, resulta a todas luces una acción que atenta contra los principios generales del derecho, pues es bien sabido que nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

Y es que resulta por demás evidente, señor Juez, que en tanto la actora estuvo pendiente de una posible ganancia y de obtener los rendimientos ofrecidos, no presentó queja o reclamación alguna ante el organismo de control, y sólo cuando la captadora no respondió a sus expectativas, se pretende ahora sí atribuirla en el Estado, para que asuma una responsabilidad que en forma exclusiva les concierne por derivar aquella de sus propios actos negligentes y descuidados en el manejo de sus dineros y de los negocios por demás altamente riesgoso que asumió.

La defensa cobra aún mayor vigor, si se tiene en cuenta lo desarrollado en las consideraciones finales del fallo del 6 de diciembre de 2011 emitido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa dentro de la investigación No. IUC-D-2010-878-300816 (IUS-2009-292417), por medio del cual absolvió de responsabilidad disciplinaria a los funcionarios y exfuncionarios de la Superintendencia Financiera de Colombia por la presunta omisión en el cumplimiento de sus funciones y posible intervención tardía en el ejercicio de las mismas para evitar o contener la captación masiva y sin autorización de dineros del público presentada en el país, que originó la declaratoria del Estado de Emergencia Social del 17 de noviembre de 2008, en la cual destacó que:

*"...se puede sostener sin lugar a la menor duda, que el Estado Colombiano, las distintas instituciones que intervinieron para frenar e impedir que se continuara realizando la captación masiva ilegal de dineros del público y en especial la Superintendencia Financiera, realizaron acciones claramente encaminadas a enfrentar dicho fenómeno, haciendo uso para ello de las herramientas y medios que disponían. También está demostrado que la situación era de tal magnitud, que el Gobierno Nacional debió recurrir a medidas extraordinarias, con las cuales finalmente logró contrarrestar dicho fenómeno. De otro lado se advierte de manera indiscutible que el Gobierno, no solo a través de distintos funcionarios, sino incluso con intervenciones del Presidente de la República, así como por diversos medios, con amplia difusión nacional y regional reiteradamente puso sobre aviso a todas las personas acerca de la ilegalidad de tales operaciones, de las dificultades legales que tenían para enfrentarlas y para impedir su propósito de recaudar dineros del público ¡legalmente, recurriendo para ello a fórmulas engañosas, con unos niveles de rendimiento que eran imposibles de satisfacer, pero con todo y ello, un incontable número de personas desatendiendo y desoyendo tales advertencias, decidieron entregar sus recursos a esas organizaciones, manifestando incluso su desacuerdo con las medidas del Gobierno, por lo cual respecto de dichas personas sólo cabe decir que a nadie distinto de ellas mismas pueden atribuir su descalabro económico. Conforme al reconocido aforismo latino 'Nemo auditur propiam turpitudinem alleqans' esto es, nadie puede alegar a su favor su propia culpa o torpeza... '[[2]](#footnote-2) (…)”*

**1.3.2.4. Imputación errónea del daño. Responsabilidad de un tercero. Los perjuicios, si llegaren a existir, no fueron ocasionados por la Superintendencia Financiera de Colombia, sino la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., que bajo simuladas operaciones, se dedicó al ejercicio de captación irregular y no autorizada y como tal, es el agente activo del eventual daño y el pasivo de su resarcimiento. Inexistencia de daño antijurídico imputable a la Superintendencia Financiera de Colombia e inexistencia de relación de causalidad entre éste, si es que existe, y las funciones de vigilancia e inspección ejercida por mi representada.**

“(…) Si algunas personas sufrieron eventual perjuicio en virtud de la entrega de dineros a organizaciones y/o personas naturales que no contaban con los permisos y autorizaciones para el desarrollo de actividades propias de la captación de dineros del público (Tal es el caso de la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.AJ, ese no es un

hecho atribuible a la Superintendencia Financiera. A lo sumo, de comprobarse el supuesto perjuicio, el hipotético daño que pudo generarse debe ser objeto de litigio directamente entre las partes contratantes a la luz de las responsabilidades que, en particular, le asisten a cada una de aquellas receptoras de los dineros, en desarrollo del negocio particular e individual que con cada uno de sus clientes suscribió, a través de las acciones judiciales que el legislador previamente ha instituido, entre ellas las de competencia de la jurisdicción civil e incluso penal (incidente de reparación), una vez finalizado el trámite de intervención administrativa y de liquidación judicial de que sea objeto la irregular captadora, que por fuero de atracción ha de prevalecer.

Francamente, constituye un verdadero dislate (que evidencia como tal ausencia total de competencia y rigor técnico por parte de la actora), plantear que el Estado debe ser condenado a indemnizar los perjuicios, derivados de actos contractuales de los particulares, de imposible conocimiento oficial directo. No cabe en ninguna lógica que el Estado se erija en el "seguro" de los particulares para cuando sus negocios (entre ellos los ilegales) no salgan como sus expectativas de desbordadas ganancias se lo hacían suponer.

En fin, de haberse ocasionado un presunto daño en virtud de la relación contractual surgida entre la parte actora, que asumió la decisión de entregar sus dineros a la pluricitada sociedad, éste no fue ocasionado por la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que el mismo, de existir, se deriva de los factores externos que involucran directamente a las partes contratantes en la entrega y recepción de dineros, de manera que es aquella captadora ilegal, los que deben ser demandados por la devolución de los dineros que aparentemente captaron de forma ¡legal. Bajo tal entendido y como los actores confiesan haber entregado sus dineros a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., será ésta la llamada a indemnizar los eventuales perjuicios causados al demandante, para lo cual son otras acciones judiciales las que deben invocarse.

Partiendo del hecho cierto y confesado por los mismos demandantes, según se pone en evidencia en los hechos de la demanda, que el presunto perjuicio económico causado deviene de la entrega de dineros que al parecer realizó a favor de la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A., muy a pesar del conocimiento previo que tenía acerca de que aquella actividad de captación se estaba ejerciendo sin autorización previa y al margen de cualquier control legal, permiten afirmar sin equívoco alguno que es dueño de la mentada sociedad el llamado a responder por los eventuales daños y perjuicios que a los accionantes eventualmente se le hayan podido causar.

Consecuente con lo anterior, igualmente dable es afirmar, que si son aquellos terceros que sin autorización previa se dedicaron a captar dineros del público, los llamados a responder patrimonialmente por dichos daños, el escenario judicial idóneo y llamado a invocar, no es precisamente la acción de reparación directa, sino otro tipo de acciones que precisamente el legislador en forma previa instituyó con tal finalidad; así y de manera concreta en lo que a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. se trata, por el fuero de atracción y universalidad, lo será el trámite de intervención administrativa regulado por el Decreto 4334 de 2008 y concluido éste por el proceso de liquidación judicial en los términos regulados por la Ley 1116 de 2006, a cuyos términos y resultas deberán sujetarse quienes demuestren legitimidad e interés económico para reclamar la devolución de capitales (…)”

**1.3.2.5. Excepciones Genéricas**

*“(…) En adición a las excepciones propuestas precedentemente, invoco mediante este escrito todas aquellas que, derivadas de hechos que resulten probados en el proceso, deba el Juez de conocimiento reconocer oficiosamente en la sentencia, de conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, caso en el cual habrá lugar a declarar la imposibilidad de entrar a estudiar las pretensiones objeto de la demanda o a desestimarlas por razones de fondo (…)”*

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Una vez cumplido el período probatorio, mediante auto de 10 de mayo de 2017, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión y respectivo concepto las cuales hicieron uso de su oportunidad legal así:

* + 1. El apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** no presentó escrito de alegatos de conclusión.
    2. La **DEMANDADA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** con escrito radicado el 23 de mayo de 2017 (folio 208 -222 del cuaderno principal) presentó sus alegatos de conclusión en donde manifiesta:

*“* (…) *En resumen, (i) la Superintendencia Financiera, no conoció solicitud de autorización por parte del propietario de DMG GRUPO HOLDING S.A, y por ende no aprobó su funcionamiento, razón por la cual, el mismo no se encontraba sujeto constitucional y legalmente a la vigilancia e inspección de mi representada; (ii) aun cuando el marco legal, como quedó explicado anteriormente, resultaba insuficiente, en cumplimiento a las funciones propias, la Superintendencia Financiera no sólo adoptó las medidas administrativas correspondientes frente a las personas naturales y jurídicas que captaban dinero sin autorización legal, sino que también propendió por alertar oportunamente al público en general sobre los riesgos de invertir en las organizaciones dedicadas a ejercer tales actividades; (iii) fue la parte demandante quien omitió las medidas mínimas de precaución y cuidado previas a la supuesta entrega de sus dineros en DMG GRUPO HOLDING S.A, haciendo inclusive caso omiso a las advertencias elevadas por las autoridades del Estado, y, finalmente, (iv) el eventual y presunto daño que se aduce no fue probado en la presente litis, y en caso tal de que se tuviese como probado y cierto, habría sido causado por aquella captadora no autorizada y su resarcimiento debe intentarse por las vías legales adecuadas (por ejemplo, dentro del trámite de la liquidación judicial de la citada captadora o en la acción penal pertinente en calidad de víctima.)*

*De acuerdo con lo anterior, no es posible imputar la existencia de un hecho dañino, que sea censurable a mi representada, de tal suerte que si la accionante considera afectado su patrimonio por presuntamente haber entregado dinero en la captadora ilegal DMG GRUPO HOLDING S.A., ese eventual daño no tiene como origen ni fundamento una acción u omisión de la Superintendencia Financiera de Colombia, pues como se demostró, mí representada actuó en manera diligente y eficiente y dentro del marco legal existente, sin que sea posible desde ningún punto de vista exigir una actuación diferente a la efectivamente realizada, debiendo recordarse en este punto que entidades como la que represento se encuentran sujetas al imperio de la ley y sólo pueden hacer aquello que el legislador les permita.*

*Contrario a lo afirmado por la parte actora, en el proceso se ha comprobado que fue su actuación negligente (y si se quiere, de mala fe) la generadora del supuesto daño cuya indemnización reclama, al pretender el incremento desmesurado de su patrimonio sin desplegar la carga de cuidado y de diligencia que la entrega de dineros a un tercero demanda. Con dicho actuar se configuran dos de las causales que tienen el poder de romper el nexo causal entre el hecho y el daño, base de la responsabilidad, que son LA CULPA DE QUIENES SE REPUTAN VÍCTIMAS y LA RESPONSABILIDAD O HECHO DE UN TERCERO.*

*Corolario de lo anterior, es dable afirmar que en el caso bajo estudio se encuentra roto el hipotético nexo causal entre las funciones de supervisión asignadas a la Superintendencia Financiera de Colombia y el eventual daño sufrido por la parte actora, pues el eventual detrimento patrimonial sufrido por ésta es consecuencia directa y exclusiva de su actuar negligente.* *(…)”*

* + 1. La **DEMANDADA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** no presentó alegatos de conclusión.
    2. El **MINISTERIO PÚBLICO** no presentó concepto dentro del presente expediente.
  1. **PRUEBAS APORTADAS:**

**1.5.1** Poder otorgado por la señora FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA (Folio 45 del cuaderno 2)

**1.5.2** Poder otorgado por el señor OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA. (Folio 46 del cuaderno 2)

**1.5.3** Formato de reclamación N° 5-2373 de la señora FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA. (Folio 16 del cuaderno 2)

**1.5.4.** Formato de reclamación N° 6-2358 del señor OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA. (Folio 17 del cuaderno 2)

**1.5.5.** Derechos de petición solicitando la devolución de los dineros invertidos por FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA y su hijo OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA de fecha 27 de noviembre de 2008. (18 – 22 del cuaderno 2)

**1.5.6.** Promesa de compraventa del inmueble de propiedad de FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA, a la señora CLAUDIA MERCEDES MARTÍNEZ PINZÓN, para realizar la inversión en DMG con ese dinero. (Folio 25-27 del cuaderno 2)

**1.5.7**. Petición de fecha 18 de marzo de 2009, rechazando la suma irrisoria de DOSCIENTOS MIL CUATROCIENTOS PESOS, que ofrecía la comercializadora a los inversionistas. (Folio 23 y 24 del cuaderno 2)

**1.5.8.** Formularios de registro único tributario de la DIAN diligenciado por FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA y su hijo OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA. (Folio 35 y 36 del cuaderno 2)

**1.5.9.** Requerimiento de entrega de la moto que se compró a través de la comercializadora DMG, el 9 de noviembre de 2008. (Folio 31- 34 del cuaderno 2)

**1.5.10.** Comprobante de Venta de Productos o Servicios – Soporte #1 y Soporte #2 (Folio 29 y 30 del cuaderno 2)

**1.5.11.** Acta de conciliación de la Procuraduría Delegada para la vigilancia Administrativa expedida el 30 de noviembre de 2010. (Folio 47 – 50 del cuaderno 2)

**1.5.12.** Historia clínica de la señora FLOR MALELY BONILLA DE SANABRIA, análisis, citas médicas y demás documentos referentes a la enfermedad que padeció consecuencia de la omisión que se alega. (Folio 37 – 44 del cuaderno 2)

**1.5.13.** Desprendibles CENDEM S.A (Folio 1- 4 del cuaderno 2)

**1.5.14**. Control de citas 13 de mayo de 2009

**1.5.15.** Copia de la Cédula de Ciudadanía de Oscar Eduardo Sanabria Bonilla (Folio 15 del cuaderno 2).

**1.5.16.** Copia de la Cédula de Ciudadanía de Flor Malely Bonilla de Sanabria (Folio 14 del cuaderno 2).

**1.5.17.** Copia auténtica de las medidas asumidas por la Superintendencia Financiera de Colombia respecto de la sociedad GRUPO D.M.G. y su propietario David Murcia. -Acompañado por una certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Contencioso Administrativo de la Entidad, Secretaria Ad-Hoc de conformidad con la Resolución No. 1052 de 2008, donde consta que la información que se remite, corresponde a copia auténtica que reposa en los archivos del Grupo (Folio 125 y 126 (CD) del cuaderno principal)

**1.5.18.** Copia auténtica de todas y cada una de las medidas ordenadas por la Superintendencia Financiera de Colombia contra las organizaciones dedicadas a la actividad de captación ilegal de recursos del público, con anterioridad y posterioridad a la declaratoria de emergencia social decretada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4333 de 2008. - Acompañado por una certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Contencioso Administrativo de la Entidad, Secretaria Ad-Hoc de conformidad con la Resolución No. 1052 de 2008, donde consta que la información que se remite, corresponde a copia auténtica que reposa en los archivos del Grupo -(Folio 127 y 128 (CD) del cuaderno principal)

**1.5.19.** Copia del fallo de la Procuraduría General de la Nacional emitido por el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa dentro de la investigación No. IUC-D-2010-878-300816 (IUS-2009-292417), por medio del cual absolvió de toda responsabilidad disciplinaria a los funcionarios y exfuncionarios de la Superintendencia Financiera Colombia por la presunta omisión en el cumplimiento de sus funciones y posible intervención tardía en el ejercicio de las mismas para evitar o contener la captación masiva y sin autorización de dineros del público presentada en el país, que originó la declaratoria del Estado de Emergencia Social del 17 de noviembre de 2008. -Acompañado por una certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Contencioso Administrativo de la Entidad, Secretaria Ad-Hoc de conformidad con la Resolución No. 1052 de 2008, donde consta que la información que se remite, corresponde a copia auténtica que reposa en los archivos del Grupo -Así mismo que el contenido corresponde al que fue consultado a través de la página Web de la Procuraduría General de la Nación en el link : <http://www.procuraduría.qov.co/index.isp?option=co.qov.relatoria.-> (Folio 129 y 130(CD) del cuaderno principal)

**1.5.20.** Copia de las Noticias emitidas por RCN Televisión, relacionadas con avisos al público emitidos por este medio los días 1, 8, 15, y 16 de febrero de 2008 y de las Noticias emitidas por CARACOL Televisión, relacionadas con avisos al público emitidos por este medio los días 28 de enero, 16 de julio y 19 de noviembre de 2008. - Acompañado por una certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Contencioso Administrativo de la Entidad, Secretaria Ad-Hoc de conformidad con la Resolución No. 1052 de 2008, donde consta que la información que se remite, corresponde a copia auténtica que reposa en los archivos del Grupo -(Folio 133 y 134 (CD) del cuaderno principal)

**1.5.21.** Copia de la Intervención del señor Superintendente Financiero de Colombia de la época en la revisión de constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008 (Folio 136 y 137 (CD) del cuaderno principal).

**1.5.22.** Bitácora de registro de los avisos, publicaciones y noticias publicadas en diferentes medios de comunicación en donde constan las advertencias realizadas acerca de la captación ilegal de recursos del público, **(Folio 135 del cuaderno** **principal)** las cuales se relacionan así:

* Copia de las publicaciones hechas por la Superintendencia Financiera los días 27 y 28 de enero de 2008 en los diarios El Tiempo y Portafolio.
* Copia de 152 avisos de prensa, publicados en diferentes diarios del país, en relación con la divulgación de las actuaciones de esta Superintendencia frente a captadores y actividades ¡legales del mercado de valores, y la prevención al público en general, los cuales se relacionan en la bitácora de registro que se anexa.
* Registro en medios de comunicación (prensa, radio y televisión) sobre pronunciamientos de Superintendentes Financieros y demás funcionarios públicos sobre prevención de captación ilegal durante los años 2006, 2007 y 2008, que fueron realizados, entre otros, en los siguientes informativos:
* Diario El Tiempo, Diario La República, Diario Boyacá Siete Días, Portafolio, Cadena de televisión RCN, Caracol radio,
* CM& Noticias, Revista Cambio, W Radio, Nuevo Putumayo, El Nuevo Siglo, Diario Vanguardia Liberal, El Periódico, El Colombiano, El País, El Universal, La Patria, La Crónica y El Heraldo.
* Acompañado por una certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Contencioso Administrativo de la Entidad, Secretaria Ad-Hoc de conformidad con la Resolución No. 1052 de 2008, donde consta que la información que se remite, corresponde a copia auténtica que reposa en los archivos del Grupo –

**1.5.23.** Copia auténtica de la sentencia condenatoria proferida el 16 de diciembre de 2009, por el Juzgado Cuarto Penal Especializado de Bogotá, en contra DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN dentro del proceso identificado con el radicado interno No. 11001-60-2008-00130 por los delitos de Captación Masiva y Habitual de Dineros del Público en concurso con lavado de activos y la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal, el día 30 de mayo de 2013, en donde se confirma la de primera instancia en todas sus partes. Acompañado por una certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Contencioso Administrativo de la Entidad, Secretaria Ad-Hoc de conformidad con la Resolución No. 1052 de 2008, donde consta que la información que se remite, corresponde a copia auténtica que reposa en los archivos del Grupo **(Folio 138 y 139 (CD) del cuaderno principal)**

**1.5.24.** Copia auténtica de la certificación expedida por la Secretaría del Grupo Asesores Anticorrupción del Despacho del Procurador General de la Nación, que da cuenta que con fallo de 6 de diciembre de 2011 dictado en el expediente D-2010-878-300816, se absolvió de responsabilidad disciplinaria a varios funcionarios y exfuncionarios de la Superintendencia Financiera, investigados por el tema de la captación no autorizada de dineros del público, decisión que cobró ejecutoria el 20 de diciembre de 2011. **(Folio 140 del cuaderno principal)**

**1.5.25.** Copia autenticada por el Coordinador del Grupo Contencioso Administrativo de esta Entidad, del oficio remitido por el Dr. Jesús Heraclio Gualy en su calidad de Director Legal para Intermediarios Financieros de ésta Entidad, mediante el cual se da respuesta al Oficio No. 0491 librado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Florencia en la Acción de Reparación Directa 2011 - 00090, instaurada por ORLANDO GUALTERO VELANDIA Y OTROS. **(Folio 141- 145 del cuaderno principal)**

**1.5.26.** Copia del fallo proferido el 29 de septiembre de 2011 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. William Giraldo Giraldo, radicado 11001-03-27-000-2008-00009-00, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el GRUPO DMG S. A., contra la Resolución N° 1634 de septiembre 12 de 2007, confirmada por la Resolución N° 1806 de octubre 8 de 2007, a través de las cuales se adoptaron medidas administrativas sobre dicha sociedad, negando las pretensiones de la demanda al encontrar que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho. **(Folio 146- 160 del cuaderno principal)**

**2. CONSIDERACIONES:**

* 1. **PRESUPUESTOS PROCESALES**
     1. **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

El numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone que *"La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa"*

En el caso bajo estudio, el término de caducidad de la acción se contará a partir del día siguiente a aquel en que ocurrió el hecho dañoso, es decir, del 17 de noviembre del 2008, día en el que el Gobierno Nacional intervino mediante la Superintendencia de Sociedades las empresas DMG GRUPO S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A., por lo cual el término de presentación de la demanda caducaba el 18 de noviembre de 2010.

Como quiera que la solicitud de conciliación fue presentada el 28 de octubre de 2010 (folio 26, cuaderno principal) y fue declarada fallida el 30 de noviembre de la misma anualidad, se entiende que el término se suspendió por 1 mes y dos días, así que se tenía como plazo para presentarla hasta el 17 de enero de 2011. Dado que la demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2010, encuentra el Despacho que está dentro del término legal para incoar la acción.

* + 1. **PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN**

La acción de reparación directa es procedente para el presente caso, por cuanto los demandantes aducen la configuración de daño antijurídico por parte de las entidades demandadas, todo esto con el fin de obtener la reparación del daño causado por hechos imputables a las mismas y la indemnización por los perjuicios ocasionados.

* + 1. **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA ACTUAR:**

La legitimación en la causa de hecho es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Se refiere entonces a la capacidad jurídica procesal de las partes

La legitimación en la causa material alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas sean demandantes o demandadas.

Así que, se encuentran legitimados en la causa de hecho por activa los señores FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA Y OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA, por ser directamente perjudicados, y por pasiva la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y, al gozar de capacidad jurídica y procesal para comparecer al proceso.

Ahora bien, en cuanto a la legitimación en la causa material de los demandados, se entrará a su estudio, al analizar las excepciones propuestas.

* 1. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**

Las excepciones propuestas por la demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**[[3]](#footnote-3) y la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA[[4]](#footnote-4)** no están llamadas a prosperar ya que no gozan de esta calidad. Lo anterior, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, es claro que la sola negación o contradicción de los supuestos fácticos y/o jurídicos en que se apoyan las pretensiones formuladas en la demanda, constituyen una simple no aceptación de éstos, pero no excepciones en el sentido propio, estricto y restringido del término.

En efecto, si bien en sentido amplio, cualquier actividad que desarrolle el demandado tendiente a obtener decisión total o parcialmente contraria a las pretensiones formuladas, constituye genéricamente un medio de defensa, en el referido sentido restringido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluirlas, enervarlas o dilatarlas. Es esta última la acepción que, en derecho colombiano, tal y como se desprende de las normas que regulan la antedicha institución, acogen tanto el Código Contencioso Administrativo (Artículo 164), como el Código de Procedimiento Civil, aplicable a la materia.

Ahora, en cuanto al **Hecho de un Tercero** propuesta por el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el de culpa exclusiva, imputación errónea del daño y responsabilidad de un tercero propuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia**, no son excepciones sino eximentes de responsabilidad, por lo que serán estudiadas si llegare a probarse la responsabilidad de la demandada.

En relación con la **excepción GENÉRICA** planteada por la **Superintendencia Financiera de Colombia**, sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.

En virtud de las anteriores consideraciones, se procederá al análisis de los argumentos defensivos formulados por la entidades demandadas, al momento de entrar a determinar si, en el sub examine, se verifican todos y cada uno de los presupuestos que permitan hablar de responsabilidad.

* 1. **PROBLEMA JURÍDICO:**

En el presente proceso se pretende declarar responsable a las demandadas, por los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes por la presunta falla del servicio en la omisión de sus funciones.

La solución al presente caso respondería en consecuencia a la siguiente pregunta: ***¿Debe responder la Administración por los perjuicios causados a particulares en razón a la omisión del deber de inspección, vigilancia y control respecto de la captación no autorizada de dineros, por parte de un establecimiento mercantil?***

Para contestar este interrogante estudiaremos el régimen aplicable y lo que se ha considerado respecto a quién tiene la carga probatoria en asuntos como el que se evalúa.

* 1. **RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

El presente proceso tuvo su origen en el ejercicio de la acción de reparación directa contemplada en el artículo 86 del C.C.A., el cual dispone que el interesado podrá demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece tal acción, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 90 de la Carta, el cual le impone a aquel el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es decir que el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber legal de soportar.

Se observa entonces que no importa si el actuar de la Administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella; no obstante, la jurisprudencia continúa aplicando los regímenes de imputación de responsabilidad que de tiempo atrás ha ido decantando, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación de la existencia del daño y del nexo causal de éste con aquella.

El principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales:

1) el daño antijurídico sufrido por el interesado,

2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente,

3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Considera el Despacho que el régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto es el de FALLA EN EL SERVICIO en virtud de los hechos relatados en la demanda por lo que se procederá al estudio del caso concreto teniendo en cuenta los elementos de responsabilidad anotados y el material probatorio aportado a la demanda.

* 1. **HECHOS PROBADOS**
     1. Los señores FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA Y OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA invirtieron sumas de dinero en la COMERCIALIZADORA DMG - GRUPO HOLDING S.A. EN INT G Y G WORLD BUSINESS durante el año 2008[[5]](#footnote-5) (folios 16 y 17, 28 al 30 del cuaderno 2).
     2. Los señores FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA Y OSCAR EDUARDO SANABRIA BONILLA por medio de derechos de petición solicitaron la devolución de los dineros invertidos en la comercializadora DMG ante la Superintendencia Financiera (folio 18 al 24 del cuaderno 2).
     3. La señora FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA firmo una promesa de compraventa de un inmueble siendo ella la prometiente vendedora y la señora Claudia Mercedes Martínez Pinzón la prometiente compradora (folio 25 al 27 del cuaderno 2).
     4. El estado de salud de la señora FLOR MALELI BONILLA DE SANABRIA (folio 37 al 44 del cuaderno 2).
     5. Se agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial (folio 5 al 13, 47 al 50 del cuaderno 2).
     6. La sociedad Grupo DMG Holding SA no estaba inscrita en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, por cuanto su naturaleza jurídica no correspondía a un establecimiento bancario, corporación financiera o compañía de financiamiento, entidades que de acuerdo a la ley son las obligadas a estar inscritas en este fondo y por lo tanto, sus actividades no estaban cubiertas por el sistema de seguro de depósitos administrado por FOGAFÍN (folio 188 del cuaderno principal).
     7. Por medio de la resolución N° 1634 del 12 de septiembre de 2007 la Superintendencia Financiera adoptó medidas cautelares respecto de la Sociedad GRUPO DMG S.A. y mediante resolución 1806 del 8 de octubre de 2007 confirmó la decisión (CD folio 125 y 126 del Cuaderno principal).
     8. Que mediante resoluciones expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia se tomaron medidas generales de intervención a entidades que captaban masivamente dineros públicos posteriormente a la declaratoria de emergencia social decretada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4333 de 2008 (CD folio 127 y 128 del Cuaderno principal).
     9. Mediante fallo de la Procuraduría General de la Nación, de la investigación No. ICU- D- 2010-878-300816 se absolvió de responsabilidad a funcionarios y ex funcionarios de la Superintendencia Financiera de Colombia al no incurrir en falla a la hora de evitar que personas no autorizadas conforme a la ley ejercieran actividades de captación masiva y habitual de dineros del público (CD folio 129 y 130 del Cuaderno principal).
     10. Mediante Decreto 433 de 2008 el Presidente de la República de Colombia declaró el estado de emergencia en el territorio nacional a raíz de la proliferación de las distintas modalidades o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades (CD folio 136- 137 del cuaderno principal l).
     11. El presidente de la república y todos sus ministros expidieron con el decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, un procedimiento de intervención (CD folio 136- 137 del cuaderno principal).

**2.4. ANÁLISIS DEL CASO**

Estudiado el material probatorio allegado a la demanda considera el Despacho que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar al no encontrarse acreditados la totalidad de los elementos constitutivos de la responsabilidad, veamos:

* **Falla:**

Los demandantes mediante el presente proceso pretenden la declaratoria de responsabilidad del Estado y la consecuente condena a pagar los dineros que efectivamente entregaron a las sociedades ya citadas, por no haber intervenido a tiempo y en esa medida, haber permitido que las pluricitadas sociedades, captaran irregularmente dineros del público.

Para este despacho es claro que en el fondo del asunto planteado se pone en evidencia que quienes obran como demandantes, celebraron varios negocios con una sociedad de derecho privado, en virtud de los cuales esperaban los primeros, recibir rendimientos que iban desde el 100% y en algunos casos llegaban al 200% del valor invertido en virtud de la previa entrega de sumas determinadas de dinero. A este respecto no podría ser más clara la narración realizada en los hechos de la demanda en cuanto a que todos los demandantes luego de entregar sumas determinadas de dinero esperaban a la vuelta de 3 o 6 meses recibir intereses del 150% sobre ese valor originalmente entregado.

Se trata desde luego de una expectativa de ganancia totalmente desbordada desde el punto de vista de la racionalidad económica de quien entrega una suma de dinero a otro particular a título oneroso, máxime si se tiene en cuenta que los supuestos rendimientos serían entregados en un corto plazo.

Ahora, refiriéndonos a la buena fe de quienes ahora obran como demandantes, que al entender de este despacho no es la simple creencia de que se obra de acuerdo a derecho, ya que en tratándose de contratos celebrados con miras a producir efectos económicos, se extiende su contenido e implica de suyo más que una creencia, un deber de conducta, corrección y cuidado de acuerdo a los usos y costumbres sociales, lleva a concluir que el actuar de los demandantes no fue, cuando menos diligente al momento de celebrar los negocios jurídicos que a la postre dieron lugar a la causación del daño; de haberlo sido realmente y no solo en apariencia, los demandantes se habrían percatado que las citadas sociedades no gozaban de ningún permiso para captar dineros del público y que las utilidades que prometían escapaban a la realidad de cualquier negocio o actividad legal.

La apariencia de legalidad de la que fueron revestidos los negocios realizados por la sociedad DMG HOLDING GROUP, no puede ser óbice para no poner en cabeza que quienes invirtieron sus recursos en dicha sociedad los deberes de lealtad y corrección que implica la celebración de negocios jurídicos, y es viable concluir que el supuesto error al que fueron inducidos los demandantes, no era de ninguna forma un error invencible, pues bastaba realizar las verificaciones correspondientes ante la Superintendencia Financiera de Colombia para confirmar que las sociedades varias veces citadas, no estaban dentro de aquellas que tienen autorización para captar dineros del público.

Acorde con lo anteriormente expresado es forzoso afirmar que está probado que la parte actora, contrario a lo plasmado en la demanda, no puede ser considerada de buena fe en la celebración de los negocios que dieron lugar a la entrega de los dineros que ahora se demandan, por cuanto es claro que no hizo uso de la debida diligencia que debe usar toda persona en la recta administración de sus negocios, al decir de la propia parte actora la única consideración que medió al momento de tomar la decisión de invertir recursos en DMG HOLDING GROUP, fue la de obtener exorbitantes rendimientos económicos, rendimientos que están llamados a ser considerados por cualquier persona prudente en la administración de sus negocios como sospechosos.

Analizada la línea argumentativa del libelo introductorio, se hace evidente que la parte actora al no actuar con la debida diligencia en la administración de sus negocios, pretende ahora hacer responsable a la administración de esa falencia en su actuar, persiguiendo de esta forma relevarse de los deberes que son de su resorte, lo cual no es jurídicamente viable en Colombia; afirmar lo contario sería sostener una posición paternalista del Estado frente a sus ciudadanos en virtud de lo cual el estado suplanta el rol del ciudadano en cuanto a sus deberes y derechos, situación que no tiene asidero en el ordenamiento jurídico colombiano.

En cuanto al actuar de la administración debemos partir del supuesto que ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y jurisprudencia de las altas Cortes, por ejemplo la Corte Constitucional en sentencia **C-592 de 2005** quien dice que “(…) *que el legislador debe tener en cuenta lo siguiente: “(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv)* ***el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso*** *(…)*”,se traduce en la sujeción de los servidores públicos a la ley como lo menciona en sentencia C- 444 de 2011 así: “(…) *El principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación que “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley (…)”.*

En este sentido el principio de legalidad guarda una íntima relación con el debido proceso, en especial la sujeción del principio de legalidad de los servidores públicos a la ley con el respeto y estricto cumplimiento de las etapas procesales y las connotaciones del derecho sustancial que surgen de éste.

Para el caso concreto este Despacho procede a analizar la situación de los demandados en consideración con las pretensiones y hechos que comportan el presente caso.

* **Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Superintendencia Financiera de Colombia:**

La parte actora afirma que las entidades demandadas son responsables de los daños causados a los demandantes por no ejercer los controles respectivos y vigilar las actividades del grupo DMG Holding SA quien capto ilegalmente dineros y conllevo a un detrimento patrimonial de los demandantes. Así mismo, por no proteger la confianza al no emitir autorización de constitución y funcionamiento, necesaria para sociedades captadoras de recursos del público.

Sin embargo, el grupo DMG Holding actuaba bajo la modalidad de “venta de tarjetas” y otras sofisticadas figuras jurídicas por las cuales aparentaba ser una sociedad exenta de requisitos legales extraordinarios procedentes para sociedades con actividades especiales con regulación específica según la Ley. Por ende considera este despacho que para las entidades demandadas era imposible establecer antes de la ejecución efectiva de la actividad comercial, que las operaciones económicas a realizar eran distintas.

Por lo anterior y de acuerdo al artículo 333 de la Constitución Política que cita: “(…) ***La actividad económica y la iniciativa privada son libres****, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio,* ***nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*** *La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (…)”,* a las entidades demandadas no le era permitido exigir requisitos adicionales, pues DMG SA aparentaba ser una sociedad excluida de regulación especial.

Cuestión diferente es que con el paso del tiempo los hechos evidenciaron irregularidades escondidas tras múltiples simulaciones con argumentaciones jurídicas sofisticadas, por lo cual la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA desde el año 2007 adelantó actuaciones con el fin de observar la realidad fáctica oculta a través de ingeniosas figuras jurídicas. Sin embargo, se hizo efectivo el control de la sociedad comercial con la intervención de DMG S.A. empresa diferente a DMG Holding S.A., mediante Resolución No. 1634 de septiembre 12 de 2007, confirmada por la resolución No. 1806 de octubre 8 de 2007, mediante la cual se adopta medidas cautelares fundada en las consultas e inquietudes de varios ciudadanos y otros medios probatorios.

En conclusión, la captadora de recursos DMG tenía apariencia de legalidad como lo afirman las partes demandantes, por esto mismo las entidades del Estado sujetas al principio de legalidad, no podían intervenir de forma intempestiva y arbitraria puesto que los servidores públicos deben respetar el debido proceso plasmado en las normas legales so pena de incurrir en sanciones disciplinarias, penales y administrativas; es por esto que las entidades demandadas ante una situación tan compleja, dieron inicio a la recolección de pruebas para establecer si tras diferentes figuras jurídicas aparentemente perfectas existía responsabilidad. Dicha investigación está sometida a varias etapas donde el acervo probatorio debe mirarse con minuciosidad y cautela, lo cual conlleva un tiempo determinado y no es posible hacer un análisis serio y a profundidad en muy pocos días dada la complejidad del asunto. En este sentido el Gobierno Nacional invocó los siguientes hechos como circunstancias constitutivas de la perturbación extraordinaria del orden público*: “(…) (i) en primer lugar, indicó la proliferación desbordada a lo largo de todo el país de diferentes modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público que no contaban con las autorizaciones correspondientes;* ***operaciones*** *que, adicionalmente, habían sido llevadas a cabo* ***bajo sofisticados*** *sistemas que, precisamente,* ***habían dificultado el ejercicio de las competencias de control asignadas a las autoridades****. (ii) Acogiendo las infundadas promesas de obtención de ganancias desmedidas, un porcentaje considerable de la población colombiana hizo entrega de recursos particulares a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, lo cual puso en grave riesgo sus patrimonios. (iii) La pretensión de obtener beneficios desorbitados condujo a los ciudadanos a desestimar las advertencias realizadas por el Gobierno Nacional y, por consiguiente, concluyó en el depósito masivo de dineros que nutrió de manera considerable los fondos de los sujetos a los cuales se ha hecho alusión* (…)”

Por lo tanto, los accionados actuaron conforme al principio de legalidad y plena sujeción al debido proceso siendo diligentes en la observancia de los hechos y pruebas sin que les fuera posible una intervención inmediata, arbitraria e infundada ya que para iniciarla los hechos y pruebas debían ser pertinentes, conducentes, útiles y sobre todo suficientes para motivar la intervención y no incurrir en ilegalidad al iniciar un proceso sin fundamentos violatorio del debido proceso, de la presunción de inocencia y del principio de legalidad.

Ahora bien, si los demandantes consideran que los procedimientos establecidos en las normas legales para la inspección, vigilancia, control, intervención y sanción son inapropiados, existen otros medios para el control de normas jurídicas y no la presente acción.

* **Daño antijurídico:**

La parte actora Flor Malely Bonilla de Sanabria y Oscar Eduardo Sanabria Bonilla consideran que el daño lo constituyen los perjuicios materiales ocasionados por la entrega de dineros a la Comercializadora DMG GRUPO HOLDING en el año 2008.

Sin embargo, dicho daño no es imputable de manera alguna a las demandadas, pues como ya se señaló no existió falla del servicio en las actuaciones de la misma.

* **Nexo causal**

Al no configurarse el primer elemento de la responsabilidad (el hecho imputable a los demandados a título de falla en la prestación del servicio, omisión), no puede evidentemente configurarse el tercer elemento (el nexo causal entre la falla y el daño).

Así las cosas, frente al interrogante planteado considera el Despacho que como quiera que no se probó que las entidades demandadas incurrieran en una falla, de conformidad con lo estudiado anteriormente, aquellas no tiene responsabilidad alguna.

En las circunstancias anteriores, al no haberse acreditado los elementos de la responsabilidad por falla en el servicio, ésta no se configura y las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

**3.**  Por último, no se condenará en costas, porque no se probó la conducta temeraria de alguna de las partes como lo indica la norma procesal vigente (art. 55 ley 446 de 1998).

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** Declárese no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**SEGUNDO: Niéguense** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

JGC/SLDR

1. Sentencia del 17 de noviembre de 1967, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP. Jorge Valencia Arango, Exp. 4246.23

   [↑](#footnote-ref-1)
2. Cfr. Página 222. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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, Inexistencia de omisión o falta por parte de las entidades públicas por cuanto los hechos a los que se refiere la acción constituye una situación extraordinaria y sobreviniente 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 y No existen condiciones que permitan configurar la violación del principio de la confianza legítima [↑](#footnote-ref-3)
4. 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 público, Inexistencia de un daño cierto. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Lo anterior puede observarse en las reclamaciones efectuadas ante la interventora y los reportes de la misma en donde le reconoce unos dineros a los demandantes* [↑](#footnote-ref-5)