REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ
ESCRITURAL

Florencia, 30 de junio de 2017.

ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	18001-33-31-001-2011-00110-00
DEMANDANTE:	FERNANDO ANDRÉS URIBE MUÑOZ Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN – SUPERFINANCIERA Y OTROS
SENTENCIA Nº:	74-06-454-17.

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. DE LA DEMANDA.[1]

- LAS PRETENSIONES.

Los señores FERNANDO ANDRÉS URIBE MUÑOZ, GERARDO ANTONIO MUÑOZ, CARLOS ARMANDO ROJAS ROJAS, FANNY ESPAÑA RAMÍREZ y DIELA MUÑOZ TOVAR solicitan que se declare responsable administrativa y extracontractual responsable a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DMG GRUPO HOLDING S.A EN LIQUIDACIÓN, por la omisión en que incurrieron de permitir que la empresa DMG GRUPO HOLDING SA captara dineros del público sin las exigencias y permisos requeridos para este tipo de operaciones, y a la captadora DMG por haber captado dineros del público sin las autorizaciones correspondientes.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a pagar a favor de los demandantes los perjuicios, morales, materiales y a la vida de relación solicitados.

- HECHOS.

Que La empresa DMG GRUPO HOLDING SA fue constituida mediante escritura pública 1238 de la Notaría 63 del Círculo Notarial de Bogotá el 7 de abril de 2006 y registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá el 22 de junio de 2006, cuyo objeto social era entre otros: Invertir en toda clase de efectos públicos o valores bursátiles o en empresas que desarrollen actividades de diversos tipos, Tomar o dar dinero en préstamo con o sin intereses, celebrar toda clase de operaciones de crédito.

La empresa DMG inició sus actividades de captación de dinero masivo del público, ofreciendo jugosos intereses y altos rendimientos a sus ahorradores en el año 2007 en la ciudad de Bogotá, expandiéndose hacia otras regiones del país, sin encontrar obstáculo por autoridad alguna y con el permiso de la Superintendencia Financiera.

---

[1] Folios 41-69

Manifiesta que es obligación del Gobierno Nacional y de la Superintendencia Financiera supervisar a las personas y entidades que capten dineros del público y resguardar la estabilidad económica de los inversionistas que creyeron en el DMG, en consecuencia por la omisión y negligencia de la Superintendencia se permitió que los demandantes confiaran en la entidad captadora de dinero.

En virtud de lo anterior, le correspondía a la Superintendencia Financiera adoptar las medidas de control y vigilancia sobre las actividades de DMG, igualmente emitir las autorizaciones de constitución y funcionamiento a las entidades que capten dineros del público, esto de conformidad con el artículo 8 del Decreto 4327 de 2005.

La Superintendencia Financiera recibió información de la captación masiva de dineros que hacía DMG durante los meses de abril y mayo de 2006.

Durante las investigaciones la Superintendencia Financiera según Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007 determinaron que la empresa estaba infringiendo las normas sobre la captación de dineros del público, pero no lo dieron a conocer a la Fiscalía General de la Nación, asimismo ordenó la suspensión inmediata de las operaciones consistente en la captación de dineros del público.

Los demandantes depositaron sus dineros en la sede Florencia con las expectativas de los beneficios ofrecidos y la seguridad que la entidad estaba cumpliendo con los exorbitantes rendimientos financieros, con fundamento en las notas periodísticas y pautas publicitarias, los diferentes establecimientos en ciudades y municipios, abiertos al público con matrícula en las cámaras de comercio, declaración de impuestos ante la DIAN, entre otros.

Señala que los actores fueron víctimas de las actividades que realizaba DMG, ya que esta captó sus dineros de forma ilegal, por lo que se encuentran afectados económicamente, puesto que sus proyectos de vida e ilusiones estaban reflejados en las inversiones y beneficios que recibirían de la empresa.

La Superintendencia Financiera emitió conceptos para el mes de 2006, mayo de 2007 y noviembre de 2007, pero pese a ello no hizo ninguna acción tendiente a detener las actividades de la empresa DMG.

Pese a que desde 1982 la captación masiva de dineros del público constituye un delito, no se actuó con prontitud y diligencia, permitiendo que la personas confiaran sus ahorros y patrimonio a DMG, conociéndose en forma generalizada desde el año 2007 la existencia de esa entidad, del CTI de la Fiscalía General de la Nación por denuncias, y de la Superfinanciera por escritos de personas particulares y entidades.

Mediante Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social para intervenir a la empresa DMG porque no contaba con los instrumentos necesarios para la intervención de la sociedad, cuando desde 1982 la captación ilegal de dineros del público constituye un delito.

El Presidente de la República en un acto de abandono e irresponsabilidad permitió la actividad de captación ilegal de dineros del público.

El Gobierno Nacional debió actuar desde que tuvo conocimiento que existían empresas captando dineros del público en forma irregular y decretar el Estado de Emergencia, en lugar de esperarse a que se defraudaran los intereses de miles de colombianos.

Considera que la Superintendencia Financiera es responsable de la estafa que fueron objeto los demandantes por omitir las responsabilidades de inspección, vigilancia y control al tener conocimiento de las actividades realizadas por DMG GRUPO HOLDING SA, incumpliendo los deberes nacidos del artículo 8º del Decreto 4327 de 2005.

Endilga responsabilidad al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República por las funciones que le compete desarrollar según el Decreto 1680 de julio de 1991, el numeral 24 del artículo 189 constitucional, y la tardía intervención del ejecutivo en año 2008, cuando debió hacerlo desde el año 2006.

Advierte que la Fiscalía General de la Nación aceptó que las actividades de la empresa DMG eran ilícitas pero no tuvieron pruebas para judicializarlo, omitiendo gravemente adelantar las investigaciones pertinentes, ni proporcionar la información suficiente al Presidente de la República para tomar las medidas correspondientes a tiempo.

Aduce que la Superintendencia de Sociedades es responsable por incumplimiento a los deberes y funciones establecidos en los artículos 82 a 87 de la ley 222 de 1995 y el Decreto 4350 de 2006 artículo 4º.

Finalmente expresa que DMG GRUPO HOLDING SA tuvo responsabilidad por no hacer devolución de los dineros captados por los ingenuos ahorradores.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

- Artículo 2, 5, 6, 78, 90, 189, 208, 251, 333, 334, 335 de la Constitución Nacional.
- Del código de Procedimiento Civil articulo 82 literal 3, que trata sobre la demanda de pretensiones de varios demandantes.
- Código de Procedimiento Penal artículo 67.
- Código Penal Artículo 316.
- Artículo 8 del decreto 4327 de 2005.
- Ley 225 artículo 83, 84 y 85 del 20 de diciembre de 1995.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (f. 182-232 CP.1).

Se refiere a cada uno de los hechos de la demanda, resaltando que la entidad no tenía competencia para actuar frente al problema de las captadoras ilegales de dinero, dado que solo ejercía un control subjetivo dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, pero no la de inspección, control y vigilancia de la actividad misma de las empresas, las cuales fueron otorgadas en forma extraordinaria por el Gobierno Nacional a través del Decreto legislativo 4333 y 4334 de 2008, es decir que antes de la expedición de los decretos en mención carecía de facultades para actuar en asuntos como el que nos convoca.

Agrega que los mecanismos ordinarios que tenía el Estado eran insuficientes para hacer frente al fenómeno de la captación no autorizada de dineros del público, además de los medios utilizados por DMG para disfrazar la actividad ilícita y burlar los mecanismos de control, sumado a la falta de diligencia y cuidado de los demandantes en el manejo de sus dineros poniendo en riesgo su patrimonio en forma voluntaria e imprudente.

Sostiene que se realizaron visitas por la Superfinanciera y por la Supersociedades, y a través del Gobierno Nacional se instó a la ciudadanía en general de abstenerse de colocar recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público mediante diferentes medios de comunicación para los años 2006 a 2008, informando con suficiencia los riesgos de la inversión.

Realiza un recuento de las normas que regulan el sector financiero, en especial el Decreto 2920 de 1982, el artículo 335 constitucional y sentencias de la Corte Constitucional, así mismo de las funciones administrativas a cargo de la Superintendencia de Sociedades, referente a la inspección, control y vigilancia de las sociedades comerciales y mercantiles, escapando su competencia a los establecimientos de comercio.

Como no contaba con facultades para investigar, controlar y vigilar a las empresas captadoras de dinero, la Supersociedades recibió facultades extraordinarias del Gobierno Nacional mediante Decreto Legislativo 4334 del 17 de noviembre de 2008 para poder intervenir en la actividad financiera sin autorización legal, poder tomar posesión de bienes, haberes y negocios para restablecer y preservar el orden público.

Acota que las actividades registradas como objeto social de DMG hacían dar una apariencia de legalidad, y que el registro ante Cámara de Comercio es un formalismo pero no implica una autorización para captar dineros del público, para lo cual debieron haberse sometido a un procedimiento a autorización ante la Superintendencia Financiera y la inscripción ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuestión que nunca realizó DMG convirtiéndolo en una actividad ilegal.

A lo largo de su escrito recalca y reitera que el estado de emergencia se debió a que no se contaban con los presupuestos legales y administrativos para conjurar la crisis ocasionada por las captadoras ilegales del país, toda vez que los recursos y las medidas eran insuficientes.

Luego de hacer extensas y farragosas citas de jurisprudencia y doctrina, considera que las entidades demandadas no son las llamadas a responder por la pérdida del dinero de los demandantes por el riesgo aceptado de entregarlo a una captadora ilegal de dinero, y porque quedó demostrado que se realizaron las actividades administrativas a su alcance para conjurar la crisis social generada por el fenómeno masivo de las pirámides.

Sostiene que existe culpa exclusiva de la víctima ante el conocimiento de la ilegalidad de la actividad desplegada por el DMG sin importarle el riesgo que implicaba la actividad, así mismo el hecho de un tercero fundamentado en que un particular inició una actividad sin haber obtenido autorización estatal.

Asegura que no se violó la confianza legítima de los demandantes, porque no se acompasa a los postulados establecidos por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos.

Planteó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que las

funciones ordinarias que le otorgaba la ley, no le permitía realizar inspección, control y vigilancia a las actividades del DMG por no ser una sociedad sino un establecimiento comercial.

- GRUPO DMG HOLDING EN LIQUIDACIÓN (f. 283-298 CP1)

Sobre las pretensiones manifiesta que no están llamadas a prosperar, toda vez que no resulta posible aprobar la existencia de un daño antijurídico y efectivo causado a los particulares por parte de la sociedad accionada. Manifiesta que el GRUPO DMG HOLDING fue intervenido por el Gobierno Nacional, y que nunca tuvo autorización del Estado para captar dineros del público, no autorizados generando abuso del derecho y fraude de la ley, agregando que como liquidadora de esa empresa únicamente actúa en cumplimiento de un deber legal, por lo tanto no tiene ninguna injerencia en el presente proceso y debe ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sostiene que no hay un daño resarcible porque la naturaleza de los negocios celebrados entre quienes entregaron el dinero y DMG HOLDING SA fue de carácter privado, asumiendo el altísimo riesgo financiero con la ganancia o pérdida de su dinero entregado, el cual es aleatoria y es responsabilidad exclusiva del particular que entrega el dinero, en ejercicio de su libertad, consintiendo la operación y asumiendo las contingencias del contrato aleatorio, configurándose la culpa exclusiva de la víctima.

Así mismo asegura que los demandantes presentaron sus peticiones judiciales antes de tiempo, debiendo haber esperado a que se finalizara el proceso de liquidación para conocer realmente cuáles dineros les fueron devueltos, y cuáles definitivamente aminoraron su patrimonio, sustentando sus pretensiones en un perjuicio hipotético e incierto, el cual no es indemnizable, por lo que en el caso bajo estudio se trata de un daño no consolidado.

Asegura que las medidas de intervención fueron acertadas mediante la declaratoria del estado de emergencia social, la toma de posesión de bienes y haberes y la distribución de lo recaudado entre las personas que se hicieron parte del proceso de liquidación.

Formula las excepciones de fondo de cumplimiento de un deber legal por parte de la liquidadora, falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la acción, inexistencia de responsabilidad del Estado, culpa exclusiva de la víctima y petición antes de tiempo.

Luego de referirse a los hechos de la demanda y oponerse a las pretensiones, planteó las excepciones de *Ausencia de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, falta de legitimación en la causa por pasiva, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima.*

Frente a las dos primeras, menciona que las funciones de la Fiscalía General de la Nación se encuentran señaladas en la Constitución Política de Colombia artículos 249 a 253, dentro de las cuales no se encuentra la supervisión ni control de las empresas captadoras de dinero.

Con relación al Hecho de un Tercero, atendiendo a que la responsabilidad de la captación de dineros y el ofrecimiento de utilidades exorbitantes con la consecuente pérdida del capital, corresponde al particular propietario de la empresa captadora de dinero.

Respecto de la culpa exclusiva de la víctima señaló que los demandantes entregaron sus dineros con la ilusión de obtener utilidades cuantiosas, sin analizar los riesgos de la inversión, pese a ello

decidieron los actores realizar sus inversiones, olvidando que los rendimientos dependían de las ganancias que en su operación obtuviera la empresa, concluye este eximente manifestando que en todo caso no existe nexo de causalidad entre la actividad investigativa de la Fiscalía y el daño producido a los demandantes.

Finalmente manifiesta que en el presente proceso hay ausencia de nexo de causalidad entre los daños y la actividad de la Entidad, esto frente al daño de la incautos intervencionistas y las funciones de la Fiscalía General de la Nación por mandato legal y Constitucional, asimismo que los demandantes pretenden probar lo solicitado allegando solicitudes de devoluciones de dinero a la intervenida DMG, es decir, no se prueba las inversiones y sus montos, por lo que no hay pruebas del daño, aunado a ello a que tampoco está probado la procedencia del dinero.

- NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (F. 376-404 CP2).

Señala que en el Auto Admisorio de la demanda se vinculó al Departamento, aun cuando se había demandado era al Presidente de la República. Aunado a ello que en el ítem de los fundamentos de las pretensiones de la demanda son meras apreciaciones subjetivas de la Actora, por lo que todo lo mencionado debe ser probado, no sin antes indicar que tanto el Presidente como sus Ministros del Despacho, no fueron ajenos a lo que venía sucediendo en el País, con respecto a las captadoras ilegales de dinero público, por lo que amparados en la Constitución Política se decidido declarar el Estado de Emergencia y Social, con el objetivo de conjurar la crisis, decretos estos que fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional.

Sostiene que el GRUPO DMG HOLDING realizó un novedoso y sofisticado esquema de tarjetas prepago para ocultar la modalidad de captación, pero lo cierto es que no existen fundamentos fácticos ni normativos que permitan reclamar del Estado una indemnización, por parte del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República por cuanto no existe relación de causalidad entre sus funciones y la eventual pérdida de capital de quienes invirtieron en forma libre y voluntaria, guiados por extraordinarios rendimientos prometidos en breve tiempo sin precedentes en nuestra economía formal.

Considera que lejos de una omisión o ausencia de intervención estatal, se encuentran demostradas las actuaciones efectuadas por la entidades competentes como la Superintendencia Financiera, la declaratoria de emergencia social por el Gobierno Nacional, los comunicados de prensa advirtiendo el ejercicio ilegal de actividad financiera.

Así mismo, que las actuaciones adelantadas por el Presidente de la República declarando el estado de emergencia fueron bien adoptadas y además tuvieron el aval de la Corte Constitucional mediante las sentencias C-135 y C-145 de 2009, puesto que dentro de sus funciones no le corresponde al DAPRE controlar las actividades económicas que reporten en la constitución o registro mercantil las sociedades con múltiple objeto social, y menos aún la captación de dineros del público.

Acota que en la demanda no se ocupó de demostrar la responsabilidad del DAPRE, como tampoco se acreditó que alguno de sus agentes por acción u omisión tuviera relación con los hechos que devinieron en los perjuicios ocasionados, mientras que el objeto y funciones de la entidad distan de cualquier actividad afín a las supuestas omisiones enrostradas en la demanda.

Como excepciones previas propone:

- **Falta de legitimación en la causa por activa:** sustenta la presente excepción en que los señores Jesús Efrén Collazos Rojas y José Milciades Quesada Fajardo, no presentaron reclamación dentro del proceso de intervención, ni al proceso de liquidación, por lo que se considera que se renunció a solicitar posibles perjuicios.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** al no existir dentro del marco legal (Decreto 4657 de 2006 y 3443 de 2010) ninguna competencia o función de vigilar la actividad mercantil ni las sociedades comerciales no autorizadas para captar dineros del público.

- **incapacidad e indebida representación de la Nación:** porque el Presidente de la República y el DAPRE no tienen la facultad para representar judicialmente a la Nación, además de estar decantado que no tienen ninguna injerencia en el daño que se le pretende endilgar.

- **Pleito pendiente entre la partes y sobre el mismo asunto:** por cuanto existen Acciones de Grupo tendientes, a obtener la indemnización por la defraudación originada en la presunta omisión o falla del servicio de las Entidades del Estado en la Inspección, vigilancia y control de las personas naturales y jurídicas que captaron recursos del público, sin autorización legal, guardando similitud las pretensiones de la presente demanda, se invoca los artículos 55 y 66 de la ley 472 de 1998.

- **Al momento de presentarse la demanda no se encontraba demostrado el cumplimiento del requisito de procedibilidad:** señala que la demanda fue presentada el 02 de febrero, sin embargo la constancia 0031 de la Procuraduría 71 Judicial para Asuntos Administrativos ante los Juzgados Administrativos del Caquetá, es del 08 de febrero, es decir, posterior a la presentación de la demanda, cosa que no comparte la Apoderada de la Entidad.

- **Falta de competencia:** señala que DMG GRUPO HOLDING S.A., en liquidación, según el certificado de existencia y representación no tenía sucursal inscrita o establecimiento de comercio en Florencia, concluye que el Juez competente es el de Bogotá D.C.

Como excepciones de fondo, plantea:

- **La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la medida de declaratoria de emergencia social dentro de su estudio en la actuación previa del Estado para dictar la medida y restablecer así su pertenencia, oportunidad y sobreviniencia.**

- **Informe rendido a la Corte Constitucional y al Congreso de la República sobre las medidas, actuaciones, e investigaciones adelantadas por el Gobierno previas a la declaratoria de la emergencia y justificación de su oportunidad, necesidad, gravedad, sobreviniencia, legalidad y constitucionalidad de la declaratoria**

- **Petición anticipada y acción indebida,** teniendo en cuenta que se realizó la toma de posesión de bienes y haberes del GRUPO DMG, y se encuentra en proceso de liquidación del patrimonio, el cual una vez termine podrá dar certeza de los valores debidos a cada demandante.

- **Hecho de un tercero,** argumentando que el hecho generador del daño corresponde a un tercero GRUPO DMG HOLDING, sociedad que en forma irregular y sin autorización legal captó recursos del público, prometiendo extraordinarios beneficios dándole apariencia de legalidad mediante simulaciones y modalidades contractuales sofisticadas.

- **Culpa exclusiva de la víctima,** señala que los actores entregaron a mutuo propio sus dineros a DMG Grupo Holding, movidos por los altos intereses que se reconocían, dentro de un periodo corto, sin tener la mayor diligencia y cuidado que requiere el manejo de sus propios asuntos, como tampoco, si se trataba de una empresa autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia para captar dineros del público.

- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (f. 778-820 C.P3)

Indica que si al interior del establecimiento de comercio denominado DMG se realizó la actividad masiva y habitual de recursos del público, dicha situación se realizó en forma oculta y al margen de cualquier control legal, con el concurso de los mismos actores quienes a pesar de conocer el riesgo que asumían al entregar sus dineros a un particular no habilitado ni autorizado para este tipo de operación financiera, obviaron cualquier medida de precaución y cuidado, incentivados por el lucro exorbitante que como contraprestación se les ofreció a por quien a la postre les timó.

Señala que DMG HOLDING o su propietario no estaban autorizados para captar masivamente recursos del público, porque nunca estuvieron sujetos a supervisión y control de la Superintendencia Financiera, de allí la razón para que una vez detectada la irregular actividad, se iniciaran las medidas administrativas correctivas, reflejando que la superintendencia cumplió con las funciones que le competen con relación a la captación irregular de dineros.

Agrega que según el certificado de cámara de comercio, se registró como una de sus actividades económicas la de tomar o dar dinero en préstamo con o sin intereses, de tal suerte que su actividad escapaba de la competencia de la Superintendencia, circunscrita a supervisar, vigilar y controlar las instituciones financieras que captan en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término.

Considera que no se puede predicar que los demandantes depositaron su confianza en DMG como consecuencia de la omisión de los deberes propios de la Superfinanciera, dado que no se encuentra demostrado semejante afirmación, y esa mal llamada confianza fue propiciada por ellos mismos cuando sin precaución alguna y cegados por la codicia de prontos y jugosos rendimientos no repararon en la irregular operación de dicho establecimiento.

Hace énfasis en que los actores optaron en forma libre y consciente por entregar sus dineros a particulares no autorizados a pesar de la existencia en el sector financiero de entidades de amplia trayectoria y reconocimiento nacional que ofrecen confianza y tranquilidad, ni se puede predicar que las autoridades no asumieron las medidas procedentes, ante un fenómeno que se expandió por los propios ciudadanos, quienes no prestaron colaboración ni denunciaron los hechos, menos aún aportaron las pruebas suficientes para que la entidad actuara, acudiendo cuando ya se había consumado el daño.

Resalta que el Estado efectuó innumerables medidas en torno a la captación ilegal de dineros, interviniendo a las personas y entidades dedicadas a dicha actividad, castigando con mayor severidad los delitos cometidos y facilitando el crédito a la población menos favorecida.

Recalca que de conformidad con los artículos 8 y 11 del Decreto 4327 de 2005, las personas particulares propietarias de establecimiento de comercio no son vigiladas por la Superintendencia Financiera porque no hacen parte de la estructura del sistema financiero colombiano.

Ilustra acerca de la existencia de dos sociedades totalmente diferentes, de una parte el GRUPO DMG SA y de otra DMG GRUPO HOLDING S.A, que son dos captadoras distintas, la primera constituida como sociedad el 8 de abril de 2005 ante la Notaría 35 de Bogotá y la segunda en la Notaría 63 de Bogotá, y que las medidas adoptadas por la Superintendencia Financiera mediante Resolución No. 1643 del 12 de septiembre de 2007 (confirmada por Resolución No. 1806 del 8 de octubre de 2007) fueron respecto del GRUPO DMG SA, es decir la primera sociedad constituida.

Informa que frente DMG GRUPO HOLDING SA, las medidas de intervención fueron ordenadas en el Decreto 4334 de 2008, y ejecutadas por la Superintendencia de Sociedades mediante un proceso de liquidación.

Considera que la Superintendencia Financiera cumplió con la emisión de la Resolución No. 1643 del 12 de septiembre de 2007, mediante una oportuna y diligente intervención en la actividad no autorizada e irregular que realizaba el GRUPO DMG SA, que luego fue copiada por DMG GRUPO HOLDING S.A

Advierte que las dos entidades, mimetizaron su operación de captación de recursos del público sin autorización legal a través de un sistema sofisticado de tarjetas prepago, y que además se buscó burlar la suspensión de las actividades del GRUPO DMG SA, creando en idénticas condiciones DMG GRUPO HOLDING SA para continuar ejerciendo la actividad ilegal hasta cuando fueron impuestas órdenes en su contra en el Decreto 4334 de 2008.

Sostiene que el fenómeno de las pirámides fue propiciado por los novedosos, sistematizados y sofisticados métodos que acudieron los avivatos, y que condujo a la declaratoria de emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008.

Se permite realizar el marco normativo de las funciones que cumple el Presidente de la República a través de la Superintendencia Financiera de Colombia frente a la inspección, control y vigilancia de la captación de dinero, la cual nace con una autorización previa estatal como lo ordena el artículo 335 Constitucional, y lo desarrolla el Decreto 4327 de 2005, dirigido a todas las personas que realizan actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados del público.

Añade que las instituciones financieras vigiladas por la Superfinanciera se obligan a someterse a un riguroso proceso de autorización previo y al cumplimiento permanente de exigencias contables y financieras, requerimientos de orden patrimonial, liquidez, encajes, entre otros, para proteger los ahorros del público y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas.

Necesita igualmente que la entidad se inscriba ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuente con la protección del seguro de depósito, de manera que toda actividad realizada al margen de esta normatividad y exigencias no cuenta con una protección estatal para reducir el riesgo de los usuarios del sistema financiero.

Alude que el Estado no fue negligente en el control de la proliferación de captadoras ilegales, declarando el estado de emergencia social para tomar medidas que contrarrestaran los efectos

negativos en un número considerable de ciudadanos que depositaron sus dineros en aquéllos particulares que no tenían la intención real de devolverlo y/o lo hurtaron luego de recibirlo.

Observa que la normatividad existente con anterioridad a la declaratoria de emergencia social, relacionada con la captación ilegal de dineros, conllevaba al inicio de actuaciones de inspección, visitas y recaudación de información, en la mayoría de los casos en forma dispendiosa por no contarse con estados contables organizados debido a la ilegalidad de la actividad, así mismo en garantía al debido proceso se debía permitir el derecho de defensa de la persona natural o jurídica bajo el marco del Decreto 3227 de 1982 modificado por el Decreto 1981 de 1988.

Asevera que las personas encargadas de la captación ilegal realizaron maniobras sofisticadas para dificultar la intervención de las autoridades, utilizando mecanismos para esconder organizaciones criminales y simular sus operaciones tras figuras y contratos aparentemente legales, como la venta de programas o proyectos turísticos, ventas de tarjetas prepagos, promoción o publicidad de voz a voz individual o personal, contratos de cuentas en participación venta de proyectos inmobiliarios, recepción de dineros en forma de aportes e inversiones, entre otros.

Lo anterior sumado a la sofisticación de tipo legal y tecnológica, esconder la información a las autoridades por parte de las empresas captadoras, inexistencia de libros y material contable, y la apariencia de legalidad mediante la inscripción en el RUT y el pago de impuestos, todo lo cual generó problemas para investigar y llevar adelante las investigaciones, ocasionando que se generara una crisis social que no podían conjurarse con las medidas ordinarias vigentes, conllevando a que el Gobierno Nacional decretara el estado de emergencia social.

Realiza un recuento de las actuaciones que adelantó al SuperFinanciera respecto de la captación no autorizada de dineros del público, en primer lugar las advertencias al público de abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas en publicaciones por medios masivos de comunicación, igualmente la respuesta a consultas y peticiones elevadas por autoridades locales, seccionales o de cualquier orden sobre la captación no autorizada de dineros del público, dando a conocer la normatividad, los procedimientos para la autorización, entre otros.

Alega que no existe nexo de causalidad entre el daño causado a los demandantes y la presunta omisión endilgada a la entidad por cuanto (i) la Superfinanciera no autorizó el funcionamiento de DMG GRUPO HOLDING SA, (ii) aun cuando el marco legal resultaba insuficiente se adelantaron las actuaciones a verificar la existencia de la captación ilegal o no autorizada de recursos del público, a tomar medidas en cada caso y alertar a la comunidad sobre el riesgo de invertir en esas organizaciones, (iii) los inversionistas no tomaron las medidas previas a la entrega de dineros a terceros y (iv) el daño causado fue producto de la actividad de las captadoras no autorizadas.

Como medios exceptivos propuso:

- **falta de competencia de este despacho para conocer de este trámite:** en aplicación a los artículos 3, 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 que regula las acciones de grupo, y que obliga a la inclusión a dichas acciones a todas las personas que se encuentren en idénticas condiciones, existiendo 3 acciones de grupo seguidas por la captación ilegal de dineros de DMG GRUPO HOLDING SA.

- **cosa juzgada constitucional:** frente a los decretos legislativos emitidos por el Gobierno

Nacional sobre el estado de emergencia social, decididos en sentencia C-135 de 2009, por lo que no puede volverse a estudiar su legalidad o constitucionalidad.

- **inexistencia de daño cierto:** al desconocerse con certeza la magnitud y cuantificación del daño, asumiendo un riesgo mediante un contrato conmutativo con efectos aleatorios, además de existir otros mecanismos judiciales como la intervención en concurso de acreedores dentro del proceso penal.

- **culpa exclusiva de la víctima**: por los riesgos asumidos por los inversionistas en una actividad no autorizada, mediante la entrega voluntaria de dineros a un particular sin constatar previamente si se trataba de una entidad autorizada por la Superfinanciera y evitar el riesgo de perder sus dineros, siendo responsabilidad de cada persona verificar la legalidad, idoneidad y solvencia moral de las personas receptoras que no pertenecen al sector financiero.

- **imputación errónea del daño – responsabilidad de un tercero,** argumentando que el daño existió pero que no es imputable a la entidad que representa, teniendo en cuenta que el nexo de causalidad se rompe con la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, en este caso la actuación de la captadora ilegal que propició la pérdida de los dineros de los demandantes.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Según obra en constancia secretarial del 14 de septiembre de 2016 (folio 1082 C. Principal 4), dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, así lo hizo el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica, la Superintendencia Financiera de Colombia y la Parte Actora.

- **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** (Folio 970-984, 1010-1017 C. Principal 4)

Considera que quedó demostrada la ausencia de responsabilidad de la Presidencia de la República por el supuesto daño aducido, que no ha faltado a sus funciones, como consecuencia del fracaso de una modalidad de aportes o inversiones de capital a unas personas que incautos por las expectativas de grandes ganancias, entregaron dinero bajo un riesgo inminente de su pérdida.

Confirma que no es el Estado el llamado a responder por el fracaso de los esquemas contractuales fraguados por la captadora, ni mucho menos la Presidencia de la República ante la ausencia de funciones que lo vinculen con la inspección, control y vigilancia de ese tipo de actividades, pero en todo caso el aparato estatal actuó en forma diligente y efectiva para hacer frente al problema social que ocasionaron las captadoras en el país.

Parte del supuesto que el ejercicio de la actividad financiera, el Estado no es garante del éxito de las operaciones que ejecuten los usuarios del sistema, sino que las personas que operen en él, observen los principios y normas que lo rigen.

Frente a la acreditación del daño, sostiene que existe una incoherencia entre lo manifestado en la demanda y lo probado en el proceso, en la primera se habló de una inversión o depósito a la captadora, mientras que en los documentos se denomina un aporte o inversión a capital, tampoco se demostró de donde provenían los dineros entregados, además que la supuesta operación

financiera no concuerda con el formato de aportes que se le extendía una vez entregados los dineros a la captadora.

Aduce que las pruebas existentes y las explicaciones ofrecidas por las entidades demandadas, también demostraron que el eventual perjuicio aducido en la demanda no fue consecuencia cierta e inevitable de la responsabilidad imputada a la administración pública, sino de la desidia y actuar temerario de aquel, quien por obviar todo deber de diligencia y cuidado en el manejo de sus negocios, se expuso al riesgo inminente de perder su capital, cegado por el ansia de percibir prontos y extraordinarios rendimientos.

Frente a la competencia y a la representación judicial, alude que las funciones que se pretenden enrostrar al Presidente de la República están endilgadas por la Constitución y la ley a la Superfinanciera, y de otra parte son disímiles las funciones ejercidas por el Presidente y el DAPRE.

Hace mención a los testimonios e interrogatorios de parte para concluir que desdibujan la teoría de la parte actora, al tener conocimiento de la actividad de captación ilegal y asumir el riesgo de invertir.

En general hace mención a las competencias de las entidades, las actuaciones realizadas, las informaciones por medios de comunicación y la ausencia de responsabilidad de las entidades demandadas, especialmente el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

- **Superintendencia Financiera de Colombia** (Folio 985-1009 C. Principal 4).

Reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda y agrega que clausurado el debate probatorio, le es dable concluir que la entidad que representa actuó de manera diligente y oportuna siempre dentro del marco legal vigente para la época de los hechos con mirar a encarar el fenómeno de captación masiva de dineros al público, de allí que resulte inadmisible atribuirle responsabilidad alguna en el ejercicio propio de sus funciones, pues tal como aparece acreditado se desplegó una intensa actividad no sólo para verificar la conducta de las captadoras, sino también para advertir sobre los riesgos que pudieran devenir de entregar dineros a quienes no estuviesen autorizados para captarlos.

Resalta que la parte actora no cumplió con las cargas impuestas en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 del Código Civil, toda vez, que verificado el acervo probatorio obrante en el expediente, deduce que no existe prueba del DAÑO alegado, pues de las documentales aportadas por los accionantes, no es viable concluir ni su existencia, ni la época en que se habría producido, ni su cuantificación, o nexo con los demás hechos narrados por aquella.

Expone que la Superintendencia Financiera de Colombia, no conoció solicitud de autorización por parte del propietario y representante legal de DMG GRUPO HOLDING S.A, y por ende no aprobó su funcionamiento, razón por la que no se encontraba sujeto constitucional y legalmente a la vigilancia e inspección de la entidad, que sin embargo, se intervino la mencionada captadora y se advirtió oportunamente al público en general sobre los riesgos de invertir en las organizaciones dedicadas a ejercer tales actividades; que fue la parte demandante quien omitió las medidas mínimas de precaución previas a la entrega de su dinero en DMG GRUPO HOLDING S.A, haciendo caso omiso a las advertencias de las autoridades del estado a través de medios masivos de comunicación y, un eventual daño que no fue probado en la Litis.

En consideración a los argumentos expuesto, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

- **Parte Actora** (folio 1019-1044 C. Principal 4).

En primer término señala que se encuentran acreditados cada uno de los hechos esbozados en la demanda, en especial la inversión de sus clientes en la empresa DMG GURPO HOLDING SA mediante el informe obtenido de la página web www.holdingintervenida.com, que existió captación de dineros del público lo cual nunca fue ocultado por la empresa, y con el conocimiento de las demandadas sobre esa situación.

Manifiesta que las filas que realizaban eran notorias, al punto de tener que intervenir la Policía Nacional, para el control y seguridad de dicho establecimiento, el cual era frecuentado por personas del común, como de funcionarios públicos.

Luego de citar algunos apartes de la Resolución No. 1634 de 2007, hace énfasis en el conocimiento que tenía la Superintendencia desde el año 2005 sobre la captación ilegal de dineros, que las actividades eran masivas y públicas, que nunca se dio aviso a la Fiscalía General de la Nación, y la modalidad de venta de tarjetas prepago no era novedosa, porque venía implementándose desde el año 2006.

A través de los testimonios se prueba que los demandantes invirtieron dineros sin conocimiento que se tratara de una pirámide, lo cual salió a la luz pública con la intervención estatal mediante la declaratoria de un estado de excepción, pero anterior a ello la empresa funcionaba en una zona céntrica de la ciudad, con presencia de la Policía Nacional, exhibiéndose en sus instalaciones el permiso de funcionamiento de la Cámara de Comercio y el RUT expedido por la DIAN, dando una apariencia de legalidad y estabilidad financiera.

Asegura que la actividad de las pirámides era pública, a los ojos de toda la ciudadanía y de las entidades del Estado, y pese a que entidades territoriales como la Gobernación del Nariño remitieron diversos escritos y comunicaciones a entidades nacionales y a la Presidencia de la República, no se efectuaron acciones concretas y prontas para evitar la continuación de la actividad.

Allega un CD obrante a folio 1052 en donde el Presidente de la República para la fecha, manifestó:

> "por qué DMG lo que presenta es una operación comercial de compra venta de bienes muebles no una captación máxima e ilegal de dinero, yo le he dicho a la Superintendencia"

De otra parte se permite reiterar las razones por las cuales considera que de acuerdo a las competencias constitucionales y legales, cada una de las demandadas debe responder por el detrimento patrimonial de los demandantes.

- **Superintendencia de Sociedades** (folio 1053-1082 C. Principal 4)

Una vez hace un recuento de la demanda y de los trámites procesales impartidos al presente proceso, se refiere a la indemostrada concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado, esgrimiendo que sin asomo de duda, en el caso analizado no se configuraron éstos y por ende no deben prosperar las pretensiones invocadas.

Frente a la ocurrencia del daño indica que no se encuentra acreditado y que hasta tanto no se termine el proceso de intervención no será posible cuantificar las pérdidas de cada uno de los perjudicados.

Señala que la conducta generadora del daño es atribuible en forma exclusiva a los demandantes, las autoridades realizaron las actividades que estaban dentro de su marco competencial, y en último caso es la captadora la responsable de timar a los inversionistas con promesas de exorbitantes rendimientos financieros.

Sostiene que la supersociedades no tenía facultades legales para intervenir en el asunto, enmarcada exclusivamente en las sociedades comerciales y no frente a establecimientos de comercio, así mismo resalta que se emitieron comunicados de prensa advirtiendo a la comunidad sobre el ejercicio ilícito y sin autorización de captación masiva de dinero.

Al igual que las demás demandadas, endilga como rompimiento del nexo causal, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, determinantes en la producción del daño antijurídico.

Asegura que no se violó la confianza legítima de los demandantes, porque no se acompasa a los postulados establecidos por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a)Competencia.

Agotadas como están las diferentes etapas procesales sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado, se procede a tomar la decisión que ponga fin al presente litigio por ser competente el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia para conocer y fallar el presente proceso, por la naturaleza de la acción, la cuantía y el lugar donde ocurrieron los hechos, según los artículos 134, 134 B y 134 D, literal f del CCA.

b) Problema Jurídico.

¿Son responsables administrativa y extracontractualmente la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DMG GRUPO HOLDING S.A EN LIQUIDACIÓN por la omisión o irregularidad en la ejecución de las funciones de vigilancia, control e inspección por permitir el funcionamiento de la Comercializadora DMG o si por el contrario se configura un eximente de responsabilidad?

Previó a desatar el problema jurídico planteado, es menester resolver las excepciones previas planteadas por las Entidades demandas.

c) Excepciones previas.

- **Falta de competencia.**

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (en adelante DAPRE) y la Superintendencia Financiera de Colombia, propusieron la falta de competencia por parte del

Despacho para conocer del presente asunto, la primera en cuanto DMG GRUPO HOLDING S.A., en liquidación, según el certificado de existencia y representación no tenía sucursal inscrita o establecimiento de comercio en Florencia, por lo que el Juez competente era de la ciudad de Bogotá D.C.

Por su parte la Superintendencia Financiera, manifiesta que en aplicación a los artículos 3, 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 que regula las acciones de grupo, y que obliga a la inclusión a dichas acciones a todas las personas que se encuentren en idénticas condiciones, existiendo 3 acciones de grupo seguidas por la captación ilegal de dineros de DMG GRUPO HOLDING S.A., el Despacho carece de competencia.

En relación a la falta de competencia territorial que planteó el DAPRE, se señala que no está llamada a prosperar, por cuanto lo manifestado no es aplicable a esta jurisdicción, cuyos parámetros se encuentra en el literal f) del artículo 134D del CCA, por el lugar de ocurrencia de los hechos, en este caso la entrega del dinero y posterior pérdida ocurrida en esta capital, tal como se desprende de las pretensiones y hechos de la demanda, es independiente de la condición de si tenía o no sucursal DMG en la ciudad de Florencia según el registro mercantil.

Ahora bien, en lo que atañe a que por existir unas acciones constitucionales de grupo, no es posible iniciar de forma separada acciones individuales como lo son las acciones de reparación directa, sobre el particular los artículos 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 señalan, que dicha forma para reclamar de forma independiente a las de grupo y una vez analizada las disposiciones en mención, encuentran que las mismas no son imperativas sino potestativa, en donde el verbo utilizado es podrá mas no deberá, ahora bien sobre un caso similar, el Consejo de Estado, señaló:

> *Se precisa que, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y en la Ley 472 de 1998, no existe obstáculo para la presentación de una acción de reparación directa en coexistencia de una acción de grupo, por cuanto, específicamente, según el artículo 88 de la Constitución Política[2] y 55 de la Ley 472 de 1998[3], el grupo de personas que sufren un perjuicio por las acciones u omisiones de los agentes estatales tienen la opción de presentar una acción de grupo, o de formular demanda de reparación directa y buscar su indemnización de manera individual[4].*

En consideración a lo expuesto no se comparten los argumentos de las excepciones planteadas, lo que conlleva a que esta judicatura sea competente para conocer y fallar este asunto, procediendo a negar la excepción previa de **falta de competencia.**

---

[2] *"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.* ***También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.*** *Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos"* (Negrillas por fuera del texto original).

[3] *"Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas // La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella // Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo".*

[4] Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección b, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), Radicación numero: 11001-33-31-035-2010-00258-01(50326).

- pleito pendiente entre las partes y sobre el mismo asunto:

El pleito pendiente, ha sido entendido como una situación en la que las mismas partes y por idénticas pretensiones tramitan un juicio que aún no ha finalizado y promueven otro. El propósito de esta causal de excepción previa es evitar que se adelanten dos juicios al tiempo que resulten en sentencias contradictorias.

El tratadista LÓPEZ BLANCO, establece como requisitos para que el pleito pendiente pueda existir, los siguientes "que exista otro proceso en curso, que las partes sean unas mismas; que las pretensiones sean idénticas; que por ser la misma causa estén soportadas en iguales hechos"[5].

En este sentido, ha dicho el Consejo de Estado que los requisitos que han de concurrir para que se configure el pleito pendiente son los siguientes: "La configuración de la excepción de pleito pendiente supone la presencia de los siguientes requisitos, en forma concurrente: i) Que se esté adelantando otro proceso judicial, ii) identidad en cuanto al petitum, iii) identidad de las partes y iv) identidad en la causa petendi"[6]

En el caso de marras, no reúne el requisito para configurar el pleito pendiente, lo que atañe a la identidad de las partes, en tanto que los actores no hacen parte activa dentro de las acciones constitucionales; reiterando que tanto las acciones de grupo como las de reparación directa, son autónomas y pueden coexistir las dos a pesar que sean sobre los mismos hechos y causas de amparo, como quiera que los demandantes iniciaron voluntariamente una acción individual de reparación directa, es claro que han exteriorizado su voluntad de no pertenecer al grupo, afectado dentro de la acción de grupo.

Frente a la **falta de legitimación en la causa por pasiva**, planteadas por el **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** y el **Grupo DMG Holding en Liquidación**, argumentando que en el ámbito de sus competencias no son quienes tienen la función de inspección, control y vigilancia del sector financiero, por lo que no podrían responder por la omisión que atañen las pretensiones frente al incumplimiento de deberes de control sobre la actividad de captación no autorizada de dineros del público.

De acuerdo a lo indicado por el DAPRE y el Grupo DMH Holding en Liquidación, para analizar la legitimación por pasiva deberá abordarse no solo el régimen competencial de las entidades, sino además su responsabilidad o no en las presuntas omisiones que quiere endilgarse a éstas, de manera que su estudio comprende analizar el material probatorio que obra dentro del proceso, por lo que las mismas se analizaran en el fondo del asunto, en donde se determinará su prosperidad.

d) Del Régimen de Responsabilidad.

En la presente demanda se depreca como indemnización de un presunto daño antijurídico por la omisión de inspección, control y vigilancia de las actividades de captación no autorizada de dineros del público, permitiendo que establecimientos comerciales como DMG defraudaran el

[5] VER: LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho procesal Civil colombiano. Editorial Dupré. Tomo I. Bogotá, 2005. P. 938 y ss.
[6] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01148-01(16335). Actor: BOGOTA DISTRITO CAPITAL. Demandado: ANDRES PASTRANA ARANGO Y RUBEN DARIO LIZARRALDE. Referencia: ACCION DE REPETICION.

patrimonio de muchos ciudadanos que acudieron a invertir bajo la confianza de ser una actividad lícita, regulada y autorizada por las entidades públicas.

En ese orden de ideas, y de conformidad con el problema jurídico, el título de imputación a aplicar es el de la falla del servicio. Así, de la cláusula constitucional de responsabilidad civil extracontractual del Estado decantada en el artículo 90 Superior, se ha extraído que para el reconocimiento de responsabilidad por la aplicación de la falla del servicio, se requiere la concurrencia probada de tres elementos, a saber: 1) el daño antijurídico, 2) la falla o falta del servicio y 3) el nexo o relación de causalidad entre el daño y la falla.

Sobre el particular, el consejo de estado, ha señalado:

> *En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración*[7].

Por lo anterior, y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado la falla en el servicio es la principal fuente de imputación de responsabilidad del Estado y se estructura cuando la Parte Actora prueba los siguientes elementos:

a) una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración."

b) "Que se causó daño" que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, o administrativo, con las características predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable.

c) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.

En virtud de lo anterior, se procederá a analizar si reúne estos elementos de responsabilidad, esto es, el daño, la imputación o falla en el servicio y el nexo de causalidad y de esta manera determinar si se endilga responsabilidad a las entidades demandadas.

- **Daño antijurídico.**

En el presente asunto tenemos que la afectación cierta, real y determinable (características del daño antijurídico) recae sobre un bien jurídico tutelado, esto es la pérdida de un dinero[8] invertido por los demandantes a una empresa que se dedicaba a la captación masiva de dinero, como lo era el establecimiento comercial DMG; ahora bien, la categoría de antijurídico, se traduce en el deber constitucional de las autoridades de la República, para con los intereses privados de las personas residentes en Colombia, el cual se circunscribe a proteger su vida, honra, *bienes*, creencias y demás

[7] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA BOGOTÁ, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015) radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912).
[8] Bien mueble fungible.

derechos y libertades[9]. En este orden de ideas, el Estado Social de Derecho garantiza y protege la propiedad privada (bienes).

De las pruebas allegadas en debida forma al proceso y que fueron sometidas a la contradicción de las partes, en relación con éste elemento de la responsabilidad quedó demostrado lo siguiente:

- Copia de la solicitud de devolución de los dineros depositados dirigido al agente interventor de DMG, presentada por el señor FERNANDO ANDRES URIBE MUÑOZ. (folio 26)
- Informe descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., sobre los datos de reclamación del señor FERNANDO ANDRES URIBE MUÑOZ. (folio 27)
- Copia de la solicitud de devolución de los dineros depositados dirigido al agente interventor de DMG presentada por el señor GERARDO ANTONIO MUÑOZ. (folio 28-29)
- Informe descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., sobre los datos de reclamación del señor GERARDO ANTONIO MUÑOZ. (folio 30)
- Fotocopia autenticada de la solicitud de devolución de los dineros depositados dirigido al agente interventor de DMG, presentada por el señor CARLOS ARMANDO ROJAS ROJAS. (folio 31-32)
- Informe descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., sobre los datos de reclamación del señor CARLOS ARMANDO ROJAS ROJAS (folio 33)
- Copia original del formato adjunto de la solicitud de devolución de los dineros depositados dirigido al agente interventor de DMG., con sello del Banco Agrario presentada por la señora FANNY ESPAÑA RAMIREZ. (folio 34)
- Informe descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., sobre los datos de reclamación de la señora FANNY ESPAÑA RAMIREZ. (folio 35)
- Copia original de la solicitud de devolución de los dineros depositados dirigido al agente interventor de DMG, presentada por la señora DIELA MUÑOZ TOVAR. (folio36-37)
- Informe descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., sobre los datos de reclamación de la señora DIELA MUÑOZ TOVAR. (folio38).
- En respuesta al oficio JAA-231 del 20 de marzo de 2013, DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, certificó los montos realizados por los actores (folio 91-93 C. de Pruebas Parte Actora # 1):

(...)

ITEM	NOMBRE	Nº C.C.	CAPITAL ENTREGADO	VALOR DINERO ADJUDICADO	ESTADO
1	FERNANDO ANDRÉS URIBE MUÑOZ	1110464800	S/D	S/D	Rechazado (causal 4)*
2	GERARDO ANTONIO MUÑOZ	16704858	S/D	S/D	Rechazado (causal 4)*

[9] **ARTICULO 2 CN.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

3	CARLOS ARMANDO ROJAS ROJAS	17643060	$30.000.000	$275.000	Etapa de intervención*
4	FANNY ESPAÑA RAMIREZ	40772454	$27.000.000	$275.000* $340.651**	*Intervención **Liquidación
5	DIELA MUÑOS TOVAR	40772612	$27.000.000	$275.000	Etapa de intervención*

"...De la información que precede, cabe indicar que los señores FERNANDO ANDRÉS URIBE MUÑOZ y GERARDO ANTONIO MUÑOZ presentaron reclamación por concepto de devolución de dineros, la cual fue rechazada (Causal Nº 4, Decisión Nº 06 de 2009) toda vez que los reclamantes no allegaron el original ni la copia de los documentos en las cuales se hiciera la constancia de la entrega del dinero..."

De lo anterior resulta claro que a los actores se les afectó su derecho al patrimonio, que como se manifestó es de protección constitucional, quedando de esta manera acreditado el primer elemento de la responsabilidad extracontractual, ahora bien, para el despacho el presente daño es cierto, no como lo establece la Superintendencia Financiera, la cual propuso como excepción de fondo la inexistencia de daño cierto, puesto que se desconoce la magnitud y cuantificación el daño, pues bien, una cosa es que el daño sea cierto y futuro o genérico, en donde este último no es indemnizable.

No obstante, para los señores FERNANDO ANDRÉS URIBE MUÑOZ y GERARDO ANTONIO MUÑOZ, no obra prueba que permita inferir el daño alegado por lo que para ellos al no estar demostrado el primer elemento de la responsabilidad, por lo que resulta inocuo el análisis de los demás elementos de Responsabilidad Estatal.

Pues bien, para los demás accionante en la actualidad no se conoce con precisión y en caso de que prosperen las pretensiones el monto de lo adeudado a los actores, pero ello no quiere decir que el daño no sea cierto, pues se recuerda a las partes que en la actualidad, la Comercializadora DMG Holding se encuentra en proceso de liquidación, quedando a la espera de la liquidación final, al respecto, es indispensable traer a colación lo manifestado por el Tratadista Juan Carlos Henao, que sobre el particular, ha señalado; *"...debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél "es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará"..."*[10], se itera nos encontramos ante un daño cierto y futuro, por lo que se desestima la excepción propuesta por la demandada.

Ahora, como el daño es un elemento indispensable para la existencia de responsabilidad, pero no suficiente para que se declare, se pasara a estudiar los otros elementos con el objetivo de determinar si se puede o no endilgar la misma a las Demandadas.

- **De la imputación y el nexo de causalidad.**

La Parte actora endilga el daño antijurídico analizado, por la omisión en los deberes de supervisión en las actividades de captación masiva de dineros del público sin autorización, resulta preciso inicialmente indicar cuál era la normatividad que regía esta obligación a cargo del Estado.

[10] HENAO. Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Pág. 131. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. Bogotá D.C. 2007.

La Carta Política de 1991, en su artículo 335, estableció que las actividades financiera, bursátil y cualesquiera otra relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público, que únicamente podrán ser ejercidas previa autorización del Estado, de conformidad con lo que disponga la ley que, a su vez, se ocupe de regular la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promover la democratización del crédito[11].

A su turno, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto 663 de 1993- dispuso que el sistema financiero y asegurador estaba conformado de la siguiente manera: i) **establecimientos de crédito**; ii) sociedades de servicios financieros; iii) sociedades de capitalización; iv) entidades aseguradoras; v) intermediarios de seguros y reaseguros.

Los establecimientos de crédito, a su vez, están conformados por varias clases de instituciones financieras como son los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda, las compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras.

Por su parte, el artículo 53 del citado Estatuto Orgánico dispuso que las normas de intervención y regulación que adopte el Gobierno Nacional, deberán tener en cuenta la naturaleza especial de las entidades citadas anteriormente.

Así pues, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero estableció, a cargo de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– importantes funciones y/o facultades[12], entre las cuales se destacan las siguientes:

a. *Funciones de control y vigilancia:*

> - Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera en que deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, **así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera en la cual deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades**;
>
> - Dictar las normas generales que deben observar las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

b. *Facultades de supervisión:*

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

---

[11] En términos similares a los expuestos en la presente providencia, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de junio de 2012, Expediente: 21.249, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[12] Artículo 326 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF–.

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

c. *Facultades de prevención y sanción:*

- Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan, de inmediato, las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura;

- Imponer una o varias de las medidas cautelares o sanciones previstas en el aludido Estatuto a las personas naturales y jurídicas que efectúen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización.

- Adoptar, cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualesquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:

> "- *Establecer una vigilancia especial, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.*
>
> - *Coordinar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras las acciones pertinentes, de acuerdo con las disposiciones que regulen su funcionamiento.*
>
> - *Promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada.*
>
> - *Ordenar la recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales.*
>
> - *Promover la cesión total o parcial de sus activos, pasivos o contratos o la enajenación de sus establecimientos de comercio a otra institución.*
>
> - *Ordenar la adopción de un plan de recuperación*".

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

d. *Funciones de certificación y publicidad:*

- De acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su inspección y control permanentes, expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal.

- Certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general.

- Ordenar la publicación de los estados financieros de las entidades sometidas a su control y vigilancia, así como de los ajustes o rectificaciones a tales estados financieros que ordene la Superintendencia Bancaria. Igualmente ordenará la publicación de los indicadores de las instituciones vigiladas.

Ahora bien, el referido Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su artículo 113, estableció unas medidas preventivas para evitar la toma de posesión de bienes de aquellas entidades que se encuentren sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, entre las cuales dispuso las siguientes:

1. Vigilancia especial[13].
2. **Recapitalización**[14].
3. Administración fiduciaria.
4. Cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución.
5. Fusión.
6. Programa de recuperación.
7. Suspensión de la compensación de los saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales.
8. Exclusión de activos y pasivos.

En relación con la toma de posesión de bienes, el Decreto 663 de 1993[15] precisó unas causales para que la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– pudiera tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, previo concepto del Consejo Asesor, a saber:

a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, en relación con sus negocios;
d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria, debidamente expedidas;
e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;
f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura;
g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito;
h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria y que, a juicio de ésta, no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad;

---

[13] Artículo 113 del EOSF: *"La vigilancia especial es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria determinar los requisitos que tales entidades deben observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen".*
[14] La **recapitalización** es un término que hace referencia al proceso por el que una empresa aumenta su capital como consecuencia de una mayor necesidad de garantizar su estructura y responder de sus obligaciones a corto o medio plazo. Se realiza generalmente cambiando la propia estructura del capital de la empresa, canjeando bonos o deuda por acciones.
[15] Artículo 114 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 795 de 2003.

> i. **Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;**
> j. Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados;
> k. Cuando incumpla la orden de exclusión de activos y pasivos que le sea impartida por la Superintendencia Bancaria;
> l. Cuando se incumpla el programa de desmonte progresivo acordado con la Superintendencia Bancaria.

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

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

También se han atribuido funciones específicas a la Superintendencia Financiera de Colombia, a través del Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional en el artículo 43 del Decreto 4327 de 2005:

> **Artículo 43.** Despacho del Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. El Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional tendrá las siguientes funciones:
> 1. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, cualquiera de las medidas preventivas previstas en el literal c) del artículo 6° de la Ley 964 de 20 05 o las normas que la modifiquen o adicionen.
> **2. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, las medidas cautelares previstas por las normas vigentes para los casos de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas.**
> 3. Resolver en coordinación con el Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión de Riesgos y Conductas de Mercados las controversias suscitadas entre los Superintendentes Delegados para Supervisión por Riesgos y los Superintendentes Delegados para Supervisión Institucional por la adopción de decisiones que afecten la estabilidad de las instituciones, previo concepto del Comité de Coordinación del Núcleo de Supervisión.
> 4. Solicitar a la Dirección de Investigación y Desarrollo, el diseño y/o ajuste de las metodologías de supervisión o de la normatividad, así como el diseño de los instrumentos que permitan a las entidades administrar y controlar sus riesgos.
> 5. Proponer, al Superintendente Financiero la adopción de cualquiera de los institutos de salvamento o de la toma de posesión.
> 6. Informar sus decisiones a las demás áreas con interés en los asuntos objeto de pronunciamiento.
> **7. Decretar la disolución y ordenar la liquidación cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.**
> 8. Ordenar a título de sanción, dentro del ámbito de su competencia, la suspensión o cancelación de la inscripción en cualquiera de los registros que conforman el Sistema Integral de Información del Mercado de Valores.

Descendiendo al caso *sub examine* se procederá a analizar el cumplimiento de dichas funciones por las entidades demandadas, en especial por la Superintendencia Financiera de Colombia, pues como se observa es sobre ella que recae el deber de vigilancia y control de todas las entidades destinadas a la captación de dinero, por ser una de las funciones que mantienen según la Constitución de 1991 en cabeza del Estado.

En primera medida, la Superintendencia Financiera de Colombia, señaló dentro de su contestación de demanda, que observadas las actividades económicas, de acuerdo al Registro Mercantil, el objeto social de DMG Holding S.A., era el de "*EXPLOTAR, PRODUCIR, COMERCIALIZAR, COMPRAR Y VENDER, INTERMEDIAR EN LA ADQUISICÓN, EN COLOMBIA O EN EL EXTERIOR TODA CLASE DE ELECTRODOMESTICOS, VEHICULOS, MUEBLES Y EQUIPOS PARA HOGAR Y OFICINA, MEDICINAS NATURISTAS Y PRODUCTOS NATURISTAS; Y ADEMÁS MATERIAS PRIMAS, REPUESTOS, INSUMOS, ACCESORIOS, ARTÍCULOS, HERRAMIENTA, MAQUINARIA, Y EQUIPO PARA FACILITAR Y GARANTIZAR LA COMODIDAD Y LA SALUD EN LOS HOGARES COLOMBIANOS Y EN GENERAL TODA CLASE DE BIENES Y/O SERVICIOS...*"[16], aunado a que una de sus actividades económicas era la de tomar o dar dinero en préstamo con o sin intereses, por lo que en ningún momento dicha sociedad estaba habilitada para captar masivamente dinero del público.

Dentro del expediente se allegó lo siguiente:

- Contestación de oficio OFI09-00003207/AUV 13200 del 18 de enero de 2009, dirigido al Secretario jurídico de la Presidencia de la República, en donde aparece un ítem de *Avisos y Advertencias al Público* en donde manifiesta:

"Como complemento de la respuesta dada a la Corte Constitucional mediante oficio 2008081407-001 del pasado 1 de diciembre en relación con las actuaciones llevadas a cabo por la Superintendencia Financiera de Colombia, conviene resaltar que se publicaron en distintos diarios del país avisos previniendo e informando a la ciudadanía en general, que debían de abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público, tal y como se indica a continuación:

Fecha	*Medio*
23 de diciembre de 2006	*El tiempo*
24 de diciembre de 2006	*El tiempo*
30 de diciembre de 2006	*El tiempo*
31 de diciembre de 2006	*El tiempo*
17 de septiembre de 2007	*El tiempo*
20 de septiembre de 2007	*Llano 7 Días*
29 de septiembre de 2007	*Nuevo Putumayo*
9 de octubre de 2007	*El tiempo*
11 de octubre de 2007	*Llano 7 Días*
15 de octubre de 2007	*Nuevo Putumayo*
27 de enero de 2008	*El tiempo*
28 de enero de 2008	*Portafolio*
29 de abril de 2008	*El tiempo*
14 de noviembre de 2008	*El tiempo*

[16] Ver folios 10-15 del Cuaderno Principal 1.

(...)
1.1.3. Investigaciones Administrativas.

Ahora bien, con las actuaciones puntuales sobre los eventuales captadores a los que se hizo alusión en nuestra respuesta anterior (oficio 2008081407-001), nos permitimos a continuación complementar dicha información detallado el estado de la actuación a la fecha de la declaratoria de las medidas de emergencia, utilizando los cuadros remitidos en esa oportunidad, a los cuales se les incluyó una columna para el efecto, a saber:

	Nombre eventual captador	*Estado de la actuación a la fecha de la declaratoria*
Año 2007		
1	*Sociedad Grupo DMG S.A*	*Mediante Resolución 1634 de septiembre de 2007, la SFC ordena la suspensión Inmediata de las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG, así como la devolución de la totalidad de los dineros recibidos por la venta de las referidas tarjetas, cualquiera sea la modalidad. Dicha medida fue confirmada en su totalidad mediante resolución 1806 de octubre 8 de 2007*
(...)		

"...Igualmente en algunos casos que se consideraron de relevancia, como por ejemplo frente a las sociedades Grupo DMG S.A. Promotora Costa Caribe S.A. y la Corporación Caribe Sol, se le informaron a la Fiscalía los adelantos de las investigaciones que surtía la Superintendencia Financiera, antes de la determinación de la actividad ilegal de captación y de la consiguiente adopción de las medidas cautelares de carácter administrativo, mediante distintas comunidades y en diferentes reuniones que se efectuaron con dicho organismo..."

(...) Folio 504-524. (C. Principal 2).

- Bitácora de Registro de Medios Pronunciamientos de Superintendentes y demás funcionarios sobre Captación Ilegal años 2006-2007 y 2008, en los que se enlista a la Sociedad Grupo DMG S.A. (fl. 561-563 C. Principal 3)

- **Informe interno de inspección 25 a 31 de mayo de 2006** (F.24-37 CD. Archivo SBBOG01#3843281 v2 Folio 448 revés C. Principal 2) es presentado por la Superintendencia Financiera, realizando visita de inspección al Grupo DMG S.A por la información suministrada por el Presidente del Banco Agrario de Colombia sobre una posible captación masiva y habitual mediante una cuenta corriente Nº 3-0360-000070-5.

  Se pudo evidencia que el objeto social del Grupo DMG SA es la explotar, producir, comercializar a nivel nacional e internacional toda clase de productos, electrodomésticos, vehículos, medicinas naturistas, películas, entre otros. Adquirir patentes, marcas, procedimientos de fabricación y toda clase de derechos de propiedad industrial. Tomar interés como partícipe asociado o accionista en otras empresas con objeto análogo. Crear sistemas de comercialización a nivel masivo y construir vivienda individual o multifamiliar, entre otros.

El Grupo DMG creó empresas con diversos fines, para comercializar productos naturales, canales de televisión para cuidado del cuerpo y salud, sistemas de construcción, comercialización de stevia, caracol y carbón.

Luego de verificar extractos bancarios, patrimonio y pasivos, concluyó el informe que:

"El principal pasivo de la sociedad está compuesto por préstamos otorgados por tres accionistas... los cuales se realizaron mediante consignaciones frecuentes en municipio tales como: Puerto Asís, Orito, La Hormiga, Valle de Sibundoy, Montería, Mocoa y Villavicencio.

Sin embargo no fue posible establecer la procedencia de los recursos con los cuales se realizaron estos préstamos. *Motivo por el cual se sugiere llamar a rendir declaración libre y espontánea en esta Superintendencia a los accionistas del Grupo DMG SA...*

De acuerdo a la información allegada a la comisión de visita y teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1981 de septiembre 26 de 1998, la sociedad no estaría captando dinero del público en forma masiva y habitual toda vez que no cumple los preceptos establecidos en ella, tales como obligaciones contraídas con más de 20 personas o más de 50 obligaciones *directamente o a través de interpuesta persona"*

- **Segunda visita Informe Interno de Inspección Grupo DMG S.A., 15 de noviembre de 2006** (F. 89-102 CD. Archivo SBBOG01#3843281 v2 Folio 448 revés C. Principal 2).

Conclusión:

*"**Teniendo en cuenta que la entidad no suministró la información requerida, a la Comisión de Visita no le fue posible establecer los elementos que configura la captación de dineros del público** en forma ilegal contenidos en el Decreto 1981 de 1988 ... Así mismo, pese que el doctor Soto afirma que el Grupo DMG SA, de acuerdo con su objeto social, recibe recursos de terceros como consecuencia de la venta de bienes, para cuyo efecto se expiden tarjetas prepago para su uso en los establecimientos afiliados a la red de puntos de DMG en todo el país o en sus bodegas, tampoco fue posible establecer la venta de dichos bienes, la existencia de proveedores ni de mercancías en las bodegas de la sociedad como tampoco de almacenes filiados para tal fin.*

Lo cierto es que con base en la poca información suministrada hasta la fecha por la sociedad visitada no se ha podido establecer que la misma se encuentre realizando actividad de captación masiva y habitual de dineros del público *en forma ilegal, pero tampoco se ha demostrado por parte de la mencionada sociedad que los dineros que recibe de terceros corresponde efectivamente a operaciones de venta de mercancía y electrodomésticos mediante el prepago de las mismas, como lo ha afirmado el Subgerente Financiero"*

- **Requerimiento** al presidente DMG SA de fecha 28 de febrero de 2007, para que brinde la información necesaria a efectos de verificar presuntas conductas irregulares de la entidad sin la autorización, suscrito por el Director de Supervisión Institucional para Intermediarios Financieros Dos de la Superfinanciera (F. 111, 112 CD. Archivo SBBOG01#3843281 v2 Folio 448 revés C. Principal 2).

-

- Respuesta dada por el Presidente del Grupo DMG S.A., al requerimiento efectuado por la Superfinanciera del adjuntado estados financieros con corte 12/06 de abril de 2007 (F. 113-135 CD. Archivo SBBOG01#3843281 v2 Folio 448 revés C. Principal 2).

- Tercera visita al Grupo DMG S.A., efectuado por la Superfinanciera 14 de mayo a 8 de junio de 2007 (F. 164- 189 CD. Archivo SBBOG01#3843281 v2 Folio 448 revés C. Principal 2).

"CONCLUSIONES: La sociedad GRUPO DMG manifiesta tener como actividad principal la comercialización de bienes y servicios a través de la venta de tarjetas prepago. Sin embargo, cabe anotar que del análisis contable de las cifras que demuestra que la comercialización de bienes es mínima, frente al ingreso acumulado por las ventas de tarjetas prepago.

Como se evidenció en el movimiento mensual del rubro "ingresos recibidos por anticipado", en el primero de los cuatro meses del año 2006 no se registró la comercialización de bienes o servicios, pero sí ingresaron $2.224.1 millones por venta de tarjetas prepago, y en los ocho meses siguientes se comercializaron bienes solo "2.121.6 millones frente a un recaudo por venta de tarjetas de $15.603.9 millones, es decir, sólo se comercializó el 13,6% de los recaudos, lo que muestra que la comercialización no es la principal actividad comercial de esta sociedad.

De la evaluación de la muestra de tarjetas prepago con mayores saldos acumulados se concluyó que el 47% de los clientes no utilizaron dicha tarjeta para la adquisición de bienes o servicios, y del 53% restante solo se comercializó el 13% de lo recaudado.

De otra parte se evidenció, de acuerdo con lo expresado en el video institucional de "atención al cliente" entregado a la Comisión de Visita y de las inspecciones realizadas a los puntos de venta, que la sociedad devuelve el dinero en efectivo, situación que va en contravía de la naturaleza de la tarjeta prepago, la cual es la adquisición de bienes o servicios por parte de quien la compra. De esta manera la sociedad está atrayendo clientes que siguen entregando los dineros sin adquirir en su mayoría bienes o servicios.

Por las razones anteriormente expuestas se concluye, en principio, que los ingresos que recibe la sociedad por concepto de ventas de tarjetas prepago no corresponden a la naturaleza de dicho producto, del que es requisito indispensable la adquisición de bienes o servicios. Es decir, que a través de este mecanismo probablemente la entidad estaría recaudando dineros del público de manera masiva y habitual sin la respectiva autorización legal.

Situación que concuerda con lo hallado en algunos documentos en los que se observan expresiones tales como: inversiones inteligentes con rendimientos del 5% y un documento de un cliente solicitando la devolución de una inversión e intereses, así como copias de las tarjetas que dicen capital e intereses.

En consecuencia se concluye que la sociedad GRUPO DMG SA, podría estar realizando captación masiva y habitual de dineros del público en los términos señalados en el Decreto 1981 de 1988, teniendo en cuenta que registra obligaciones con 8.814 clientes al cierre de diciembre de 2006 y 12641 a marzo 31 de 2007, es decir, supera los 20 clientes o 50 contratos señalados en el Decreto en mención.

Así mismo el patrimonio de la sociedad DMG SA al cierre de diciembre de 2006 asciende a $89.3 millones frente al pasivo "ingresos recibidos por anticipado" por concepto de tarjetas prepago registra $13.482.3 millones, sobrepasando ampliamente el 50% del patrimonio líquido de la sociedad que es de $44.6 millones. Es decir que el pasivo supera el 15.097.8% del patrimonio líquido de la sociedad en mención."

- Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, por medio de la cual el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera adopta medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG SA (F. 620-641 CD. Archivo SBBOG01#3843281 v2 Folio 448 revés C. Principal 2) acopiando toda la información recolectada en los requerimientos, en las tres visitas, las inspecciones oculares y las declaraciones de los

representantes legales y trabajadores de DMG y demás empresas creadas por ésta, en cuya parte resolutiva ordenó la suspensión inmediata de las operaciones de recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG, la orden de devolver los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de tarjetas prepago DMG, presentar un plan de devolución de dineros, el desmonte de la operación, la publicación en diarios nacionales y regionales de amplia circulación, la inscripción de la Resolución en la Cámara de Comercio de Bogotá y demás cámaras y la notificación al representante legal de GRUPO DMG SA, notificada al día siguiente del Representante Legal (folio 619 CD folio 582 C.P.2).

- **Resolución 1806 del 8 de octubre de 2007**(F. 4402 - 4435 CD. Archivo SBBOG01#3843281 v2 Folio 448 revés C. Principal 2), por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Grupo DMG contra la Resolución 1634 de 2007, confirmándola en todas sus partes, ordenando notificarla y publicarla en un aviso en un diario de amplia circulación nacional y regional, en el Boletín del Ministerio de Hacienda, en la Ofician de Instrumentos Públicos, Cámara de Comercio de Bogotá y demás donde adelante operaciones y compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, el Gobierno Nacional, adoptó medidas de excepción mediante la declaratoria del estado de emergencia social a través del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, decreto que fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-135 de 2009, la cual dentro de sus consideraciones señaló:

"...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.

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

público, propició que un número cada vez mayor de personas y de ahorros se 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..." (Lo subrayado del Despacho).

Así mismo, dentro del Informe enviado por el Presidente de la República al Congreso de la República, sobre la declaratoria del Estado de Emergencia Social, declarado en todo el territorio nacional, señaló:

"*1.2. Creación de figuras jurídicas para esconder la naturaleza del recaudo o captación no autorizada.*

Con el fin de evadir la prohibición de captación o recaudo masivo de recursos del público, captadores y recaudadores no autorizados diseñaron diversas figuras jurídicas que dieron la apariencia de cumplir con la Ley. Así la captación o recaudo ha sido disfrazada como prestación de servicios, o como venta de tarjetas que permiten compra de productos más la redención de puntos, entre otras; estos mecanismos permitieron el crecimiento de tales negocios, a la par que han dificultado la actuación de las autoridades.

1.3 Ofrecimiento de rendimientos desorbitantes.

El público colombiano ha entregado de forma masiva su dinero a esos captadores o recaudadores bajo la promesa de recibir ganancias exageradas, ente el 50% y el 300% del dinero entregado.

Este ofrecimiento es muy superior a los rendimientos ofrecidos por el sector financiero formal, lo cual se ha constituido en el factor de atracción que ha llevado un importante número de ciudadanos a entregar su dinero a tales porcentajes.

De las anteriores pruebas, se desprende dos cosas a saber:

En principio, para el tiempo en que se desarrolló el tema de las captadoras ilegales en Colombia, se debió entre muchas cosas, a los vacíos legales que se presentaban en el sistema financiero colombiano, lo cual no se puede traducir en una omisión por parte de la Superintendencia encargada, pues como quedó demostrado de las pruebas trascritas, se adelantaron actuaciones en pro de defender a los ciudadanos para que no invirtieran en dichas captadoras, las cuales a través de artimañas supieron evadir todos los controles adelantados que se implementaron para contrarrestar y mitigar lo que estaba sucediendo, actuaciones que no fueron las más contundentes en razón a lo ya mencionado.

El creador de DMG inició una actividad totalmente diferente a la captación masiva de dinero, lo que alejaba la mirada de la Superintendencia Financiera, posteriormente y ante el auge que se venía presentando de estas captadoras, se emprende una inspección al GRUPO DMG SA, por parte de la Superintendencia Financiera, con el objetivo de verificar las actividades y la adopción de las medidas cautelares, tal como lo imponía nuestro sistema jurídico, funciones que fueron descritas en acápites anteriores, aunado a un sin número de avisos y noticias circuladas en medios de prensa, televisivos e inclusos radiales, en donde pusieron de presente a todo los colombianos desde el año 2006 que el Grupo DMG no contaba con la autorización legal para captar dinero de manera masiva, sin que ello fuese suficiente, pues como bien lo señaló en su oportunidad el Presidente de la República "*...captadores y recaudadores no autorizados diseñaron diversas figuras jurídicas que dieron la apariencia de cumplir con la Ley. Así la captación o recaudo ha sido disfrazada como prestación de servicios, o como venta de tarjetas que permiten compra de productos más la*

redención de puntos, entre otras; estos mecanismos permitieron el crecimiento de tales negocios, a la par que han dificultado la actuación de las autoridades..."

Ahora bien, no se podía pretender que el Estado actuara de manera inmediata, sin la observancia de los principios básicos que orientan una investigación dentro de los procesos de inspección y vigilancia adelantados por el competente, tales como, el derecho al debido proceso, a la defensa, al de la libertad probatoria entre muchos otros, sumado a las tretas impuestas por la misma captadora, que impidieron que los procedimientos administrativos fueran un poco dispendiosos; pues de las visitas que se realizaron, en la ya mencionada inspección, se denota como para los meses de mayo y noviembre de 2006 no se puedo evidenciar la captación ilegal que se venía desplegando, por cuanto el GRUPO DMG no aportó la información correspondiente y que le fue solicitada por la Superintendencia Financiera.

Lo anterior, da cuenta que por parte de este ente demandado – Superintendencia Financiera – actuó conforme a la ley, la cual también fue oportuna y diligente, por lo que no se puede endilgar responsabilidad administrativa, por acatar la normatividad, aun cuando la misma investigada se servía de artimañas para impedir el adecuado actuar de la precitada Entidad, como lo fue el cambiar el nombre y razón social, pues paso de GRUPO DMG S.A., a DMG GRUPO HOLDING S.A., esto con el firme objetivo de suplantar las actividades del primero y de esta manera aparentar el cumplimiento a las medias cautelares impuestas, no obstante, ello no evitó que la Superfinanciera al término de la Investigación impusiera las sanciones correspondientes.

Sobre el particular, se recalca lo manifestado por el Alto Tribunal Constitucional, en lo que nos concierne:

> *En efecto, a pesar de la campaña emprendida por la Superintendencia Financiera para alertar a la población, mediante la publicación de avisos en distintos periódicos de circulación nacional y local, un número cada vez mayor de ciudadanos, atraídos por los beneficios ofrecidos decidieron participar de las operaciones de captación no autorizada. Tales hechos pueden ser calificados de anormales y excepcionales por dos razones, porque los inversores a pesar que sabían el riesgo que corría su patrimonio aun así seguían invirtiendo, es decir, **que según términos económicos demostraron una peligrosa propensión al riesgo, anormal desde la perspectiva de la racionalidad económica** y, por otra parte, porque su número crecía de manera casi exponencial, precisamente un requisito para obtener los beneficios ofrecidos era referir a nuevos inversionistas a los captadores no autoriza.* (En negrilla del Despacho).

A pesar de las actuaciones descritas y sin que se tuvieran éxito, el gobierno en cabeza del Presidente de la Republica y sus Ministros, declaró el estado de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2009, para tratar de salvar la crisis ocasionada por las pirámides en el territorio nacional, es decir, se acudió a los mecanismos excepcionales que consagra la Carta Política, actuando en derecho y en forma oportuna frente a la actividad ejercida por DMG, por lo que no les asiste responsabilidad por omisión en las funciones que les competían dado que la Superintendencia en las labores iniciales de supervisión e inspección, dio trámite de acuerdo a las quejas de los ciudadanos y autoridades públicas, adoptando medidas cautelares e impidiendo que la actividad continuara ejerciéndose.

De igual manera, esta situación también dejo entrever un desinterés por parte de los Actores, pues no eran normales las utilidades que brindaba el GRUPO DMG, revelándose así probatoriamente que obraron con anuencia y aceptación del peligro que implicaba este tipo de transacción ante los voluminosos y prontos rendimientos que se le prometieron y que no era habitual desde un punto de vista económico.

Pues bien, de conformidad con lo anterior, el Estado no está obligado a lo imposible, es decir, de lo expuesto, se denota que la actitud diligente con que actuaron las demandadas, si bien existía una deficiencia en la normatividad, la misma no pude endilgarse a las Entidades, sobre el particular el Consejo de Estado, ha señalado:

> *"...a pesar de que es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país,* ***no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros****, porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible". Aunque, se destaca que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían..."*[17] (lo subrayado del Despacho).

Quedo también demostrado que se imposibilitó el actuar normal por parte del Estado, debido al actuar engañoso del GRUPO DMG, lo que constituye que se declare probada la excepción de *responsabilidad de un tercero*, como causal eximente de responsabilidad, que son suficientes en forma conjunta o incluso bajo un análisis individual en el juicio que se sigue, para despachar en forma desfavorable las pretensiones de la demanda.

Finalmente, vale la pena resaltar que conforme a lo impuesto en el artículo 84 de la Constitución Política, el Estado únicamente cuenta con la capacidad regulatoria y sancionatoria respecto de las actividades económicas y comerciales que los particulares practiquen, pero ello no es extrapolable al punto de que pueda intervenir impidiendo o delimitando la voluntad particular en las actuaciones y negocios jurídicos de orden privado que celebren los ciudadanos, tal como deviene de la libre voluntad negocial de los particulares, consagrada en el Código Civil y en el Código de Comercio.

VI. CONDENA EN COSTAS.

Finalmente, considerando que la condena en costa, solo es viable en la medida que se observe una conducta inadecuada en el ejercicio de su derecho de acceder a la administración de justicia o abuso del mismo, como cuando se establece que dentro de la actuación procesal se ha obrado en forma dilatoria o de mala fe, y observando que dentro de esta acción no hubo comportamiento en tal sentido, no será condenada la parte vencida a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho. Esta evaluación se realiza con fundamento a lo ordenado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IX. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia - Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las excepciones planteadas por las Entidades demandadas, por las razones acá expuestas.

---

[17] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011), Radicado Interno (20368).

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia

TERCERO: ORDENAR la devolución del remanente del depósito efectuado para gastos del proceso, si lo hubiere.

CUARTO: En firme esta decisión, ARCHÍVESE el proceso, previa desanotación de los libros radicadores. Sin condena en costas en esta instancia, ni agencias en Derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez.

Consejo Superior de la Judicatura

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ
ESCRITURAL

Florencia, treinta (30) de junio de 2017.

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	18001-33-31-002-2011-00083-00
DEMANDANTE:	EDITH MARIN DE RODRIGUEZ Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN – SUPERFINANCIERA Y OTROS
SENTENCIA Nº:	01-06-382-17.

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. DE LA DEMANDA.[1]

- LAS PRETENSIONES.

Los señores EDITH MARIN DE RODRÍGUEZ, YINA BOLENA TOLEDO POLANIA, LUZ MERY RIVEROS SÁNCHEZ, YOLANDA CUÉLLAR MEDINA, JOSÉ ALEJO RODRÍGUEZ BARRAGÁN, ADRIANA ANDREA CASTAÑO y AZAEL LÓPEZ FANDIÑO solicitan que se declare responsable administrativa y extracontractual responsable a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DMG GRUPO HOLDING S.A EN LIQUIDACIÓN, por la omisión en que incurrieron al permitir que la empresa DMG GRUPO HOLDING SA captara dineros del público sin las exigencias y permisos requeridos para este tipo de operaciones, y a la captadora DMG por haber captado dineros del público, sin las autorizaciones correspondientes.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a pagar a favor de los demandantes los perjuicios, morales, materiales y a la vida de relación solicitados.

- HECHOS.

Que La empresa DMG GRUPO HOLDING SA fue constituida mediante escritura pública 1238 de la Notaría 63 del Círculo Notarial de Bogotá el 7 de abril de 2006 y registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá el 22 de junio de 2006, cuyo objeto social era entre otros: Invertir en toda clase de efectos públicos o valores bursátiles o en empresas que desarrollen actividades de diversos tipos, Tomar o dar dinero en préstamo con o sin intereses, celebrar toda clase de operaciones de crédito.

La empresa DMG inició sus actividades de captación de dinero masivo del público, ofreciendo jugosos intereses y altos rendimientos a sus ahorradores en el año 2007 en la ciudad de Bogotá, expandiéndose hacia otras regiones del país, sin encontrar obstáculo por autoridad alguna y con el permiso de la Superintendencia Financiera.

[1] Folios 47-79.

Manifiesta que es obligación del Gobierno Nacional y de la Superintendencia Financiera supervisar a las personas y entidades que capten dineros del público y resguardar la estabilidad económica de los inversionistas que creyeron en el DMG, en consecuencia por la omisión y negligencia de la Superintendencia se permitió que los demandantes confiaran en la entidad captadora de dinero.

En virtud de lo anterior, le correspondía a la Superintendencia Financiera adoptar las medidas de control y vigilancia sobre las actividades de DMG, igualmente emitir las autorizaciones de constitución y funcionamiento a las entidades que capten dineros del público, esto de conformidad con el artículo 8 del Decreto 4327 de 2005.

La Superintendencia Financiera recibió información de la captación masiva de dineros que hacía DMG durante los meses de abril y mayo de 2006.

Durante las investigaciones la Superintendencia Financiera según Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007 determinaron que la empresa estaba infringiendo las normas sobre la captación de dineros del público, pero no lo dieron a conocer a la Fiscalía General de la Nación, asimismo ordenó la suspensión inmediata de las operaciones consistente en la captación de dineros del público.

Los demandantes depositaron sus dineros en la sede Florencia con las expectativas de los beneficios ofrecidos y la seguridad que la entidad estaba cumpliendo con los exorbitantes rendimientos financieros, con fundamento en las notas periodísticas y pautas publicitarias, los diferentes establecimientos en ciudades y municipios, abiertos al público con matrícula en las cámaras de comercio, declaración de impuestos ante la DIAN, entre otros.

Señala que los actores fueron víctimas de las actividades que realizaba DMG, ya que esta capto sus dineros de forma ilegal, por lo que se encuentran afectados económicamente, puesto que sus proyectos de vida e ilusiones estaban reflejados en las inversiones y beneficios que recibirían de la empresa.

La Superintendencia Financiera emitió conceptos para el mes de 2006, mayo de 2007 y noviembre de 2007, pero pese a ello no hizo ninguna acción tendiente a detener las actividades de la empresa DMG.

Pese a que desde 1982 la captación masiva de dineros del público constituye un delito, no se actuó con prontitud y diligencia, permitiendo que las personas confiaran sus ahorros y patrimonio a DMG, conociéndose en forma generalizada desde el año 2007 la existencia de esa entidad, del CTI de la Fiscalía General de la Nación por denuncias, y de la Superfinanciera por escritos de personas particulares y entidades.

Mediante Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social para intervenir a la empresa DMG porque no contaba con los instrumentos necesarios para la intervención de la sociedad, cuando desde 1982 la captación ilegal de dineros del público constituye un delito.

El Presidente de la República en un acto de abandono e irresponsabilidad permitió la actividad de captación ilegal de dineros del público.

El Gobierno Nacional debió actuar desde que tuvo conocimiento que existían empresas captando dineros del público en forma irregular y decretar el Estado de Emergencia, en lugar de esperarse a que se defraudaran los intereses de miles de colombianos.

Considera que la Superintendencia Financiera es responsable de la estafa que fueron objeto los demandantes por omitir las responsabilidades de inspección, vigilancia y control al tener conocimiento de las actividades realizadas por DMG GRUPO HOLDING SA, incumpliendo los deberes nacidos del artículo 8º del Decreto 4327 de 2005.

Endilga responsabilidad al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República por las funciones que le compete desarrollar según el Decreto 1680 de julio de 1991, el numeral 24 del artículo 189 constitucional, y la tardía intervención del ejecutivo en año 2008, cuando debió hacerlo desde el año 2006.

Advierte que la Fiscalía General de la Nación aceptó que las actividades de la empresa DMG GURPO HOLDING SA eran ilícitas pero no tuvieron pruebas para judicializarlo, omitiendo gravemente adelantar las investigaciones pertinentes, ni proporcionar la información suficiente al Presidente de la República para tomar las medidas correspondientes a tiempo.

Aduce que la Superintendencia de Sociedades es responsable por incumplimiento a los deberes y funciones establecidos en los artículos 82 a 87 de la ley 222 de 1995 y el Decreto 4350 de 2006 artículo 4º.

Finalmente expresa que DMG GRUPO HOLDING SA tuvo responsabilidad por no hacer devolución de los dineros captados por los ingenuos ahorradores.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

- Artículo 2, 5, 6, 78, 90, 189, 208, 251, 333, 334, 335 de la Constitución Nacional.
- Del código de Procedimiento Civil articulo 82 literal 3, que trata sobre la demanda de pretensiones de varios demandantes.
- Código de Procedimiento Penal artículo 67.
- Código Penal Artículo 316.
- Artículo 8 del decreto 4327 de 2005.
- Ley 225 artículo 83, 84 y 85 del 20 de diciembre de 1995.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (Folio 103-152 CP.1).

Se refiere a cada uno de los hechos de la demanda, resaltando que la entidad no tenía competencia para actuar frente al problema de las captadoras ilegales de dinero, dado que solo ejercía un control subjetivo dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, pero no la de inspección, control y vigilancia de la actividad misma de las empresas, las cuales fueron otorgadas en forma extraordinaria por el Gobierno Nacional a través del Decreto legislativo 4333 y 4334 de 2008, es decir que antes de la expedición de los decretos en mención carecía de facultades para actuar en asuntos como el que nos convoca.

Agrega que los mecanismos ordinarios que tenía el Estado eran insuficientes para hacer frente al fenómeno de la captación no autorizada de dineros del público, además de los medios utilizados por DMG para disfrazar la actividad ilícita y burlar los mecanismos de control, sumado a la falta de diligencia y cuidado de los demandantes en el manejo de sus dineros poniendo en riesgo su patrimonio en forma voluntaria e imprudente.

Sostiene que se realizaron visitas por la Superfinanciera y por la Supersociedades, y a través del Gobierno Nacional se instó a la ciudadanía en general de abstenerse de colocar recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público mediante diferentes medios de comunicación para los años 2006 a 2008, informando con suficiencia los riesgos de la inversión.

Realiza un recuento de las normas que regulan el sector financiero, en especial el Decreto 2920 de 1982, el artículo 335 constitucional y sentencias de la Corte Constitucional, así mismo de las funciones administrativas a cargo de la Superintendencia de Sociedades, referente a la inspección, control y vigilancia de las sociedades comerciales y mercantiles, escapando su competencia a los establecimientos de comercio.

Como no contaba con facultades para investigar, controlar y vigilar a las empresas captadoras de dinero, la Supersociedades recibió facultades extraordinarias del Gobierno Nacional mediante Decreto Legislativo 4334 del 17 de noviembre de 2008 para poder intervenir en la actividad financiera sin autorización legal, poder tomar posesión de bienes, haberes y negocios para restablecer y preservar el orden público.

Acota que las actividades registradas como objeto social de DMG hacían dar una apariencia de legalidad, y que el registro ante Cámara de Comercio es un formalismo pero no implica una autorización para captar dineros del público, para lo cual debieron haberse sometido a un procedimiento a autorización ante la Superintendencia Financiera y la inscripción ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuestión que nunca realizó DMG convirtiéndolo en una actividad ilegal.

A lo largo de su escrito recalca y reitera que el estado de emergencia se debió a que no se contaban con los presupuestos legales y administrativos para conjurar la crisis ocasionada por las captadoras ilegales del país, toda vez que los recursos y las medidas eran insuficientes.

Luego de hacer extensas y farragosas citas de jurisprudencia y doctrina, considera que las entidades demandadas no son las llamadas a responder por la pérdida del dinero de los demandantes por el riesgo aceptado de entregarlo a una captadora ilegal de dinero, y porque quedó demostrado que se realizaron las actividades administrativas a su alcance para conjurar la crisis social generada por el fenómeno masivo de las pirámides.

Sostiene que existe culpa exclusiva de la víctima ante el conocimiento de la ilegalidad de la actividad desplegada por el DMG sin importarle el riesgo que implicaba la actividad, así mismo el hecho de un tercero fundamentado en que un particular inició una actividad sin haber obtenido autorización estatal.

Asegura que no se violó la confianza legítima de los demandantes, porque no se acompasa a los postulados establecidos por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos.

Planteó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que las funciones ordinarias que le otorgaba la ley, no le permitía realizar inspección, control y vigilancia a las actividades del DMG por no ser una sociedad sino un establecimiento comercial y la de requisitos formales de la demanda e indebida acumulación de pretensiones.

- GRUPO DMG HOLDING EN LIQUIDACIÓN (f. 210 – 229 CP1)

Sobre las pretensiones manifiesta que no están llamadas a prosperar, toda vez que no resulta posible aprobar la existencia de un daño antijurídico y efectivo causado a los particulares por parte de la

sociedad accionada. Manifiesta que el GRUPO DMG HOLDING fue intervenido por el Gobierno Nacional, y que nunca tuvo autorización del Estado para captar dineros del público, no autorizados generando abuso del derecho y fraude de la ley, agregando que como liquidadora de esa empresa únicamente actúa en cumplimiento de un deber legal, por lo tanto no tiene ninguna injerencia en el presente proceso y debe ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sostiene que no hay un daño resarcible porque la naturaleza de los negocios celebrados entre quienes entregaron el dinero y DMG HOLDING SA fue de carácter privado, asumiendo el altísimo riesgo financiero con la ganancia o pérdida de su dinero entregado, el cual es aleatoria y es responsabilidad exclusiva del particular que entrega el dinero, en ejercicio de su libertad, consintiendo la operación y asumiendo las contingencias del contrato aleatorio, configurándose la culpa exclusiva de la víctima.

Así mismo asegura que los demandantes presentaron sus peticiones judiciales antes de tiempo, debiendo haber esperado a que se finalizara el proceso de liquidación para conocer realmente cuáles dineros les fueron devueltos, y cuáles definitivamente aminoraron su patrimonio, sustentando sus pretensiones en un perjuicio hipotético e incierto, el cual no es indemnizable, por lo que en el caso bajo estudio se trata de un daño no consolidado.

Asegura que las medidas de intervención fueron acertadas mediante la declaratoria del estado de emergencia social, la toma de posesión de bienes y haberes y la distribución de lo recaudado entre las personas que se hicieron parte del proceso de liquidación.

Formula las excepciones de fondo de cumplimiento de un deber legal por parte de la liquidadora, falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la acción, inexistencia de responsabilidad del Estado, culpa exclusiva de la víctima y petición antes de tiempo.

- NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (F. 281-308 CP1).

Señala que en el Auto Admisorio de la demanda se vinculó al Departamento, aun cuando se había demandado era al Presidente de la República. Aunado a ello que en el ítem de los fundamentos de las pretensiones de la demanda son meras apreciaciones subjetivas de la Actora, por lo que todo lo mencionado debe ser probado, no sin antes indicar que tanto el Presidente como sus Ministros del Despacho, no fueron ajenos a lo que venía sucediendo en el País, con respecto a las captadoras ilegales de dinero público, por lo que amparados en la Constitución Política se decidido declarar el Estado de Emergencia y Social, con el objetivo de conjurar la crisis, decretos estos que fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional.

Sostiene que el GRUPO DMG HOLDING realizó un novedoso y sofisticado esquema de tarjetas prepago para ocultar la modalidad de captación, pero lo cierto es que no existen fundamentos fácticos ni normativos que permitan reclamar del Estado una indemnización, por parte del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República por cuanto no existe relación de causalidad entre sus funciones y la eventual pérdida de capital de quienes invirtieron en forma libre y voluntaria, guiados por extraordinarios rendimientos prometidos en breve tiempo sin precedentes en nuestra economía formal.

Considera que lejos de una omisión o ausencia de intervención estatal, se encuentran demostradas las actuaciones efectuadas por la entidades competentes como la Superintendencia Financiera, la declaratoria de emergencia social por el Gobierno Nacional, los comunicados de prensa advirtiendo el ejercicio ilegal de actividad financiera.

Así mismo, que las actuaciones adelantadas por el Presidente de la República declarando el estado de emergencia fueron bien adoptadas y además tuvieron el aval de la Corte Constitucional mediante las sentencias C-135 y C-145 de 2009, puesto que dentro de sus funciones no le corresponde al DAPRE controlar las actividades económicas que reporten en la constitución o registro mercantil las sociedades con múltiple objeto social, y menos aún la captación de dineros del público.

Acota que en la demanda no se ocupó de demostrar la responsabilidad del DAPRE, como tampoco se acreditó que alguno de sus agentes por acción u omisión tuviera relación con los hechos que devinieron en los perjuicios ocasionados, mientras que el objeto y funciones de la entidad distan de cualquier actividad afín a las supuestas omisiones enrostradas en la demanda.

Como excepciones previas propone:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** al no existir dentro del marco legal (Decreto 4657 de 2006 y 3443 de 2010) ninguna competencia o función de vigilar la actividad mercantil ni las sociedades comerciales no autorizadas para captar dineros del público.

- **incapacidad e indebida representación de la Nación:** porque el Presidente de la República y el DAPRE no tienen la facultad para representar judicialmente a la Nación, además de estar decantado que no tienen ninguna injerencia en el daño que se le pretende endilgar.

- **Pleito pendiente entre la partes y sobre el mismo asunto:** por cuanto existen Acciones de Grupo tendientes, a obtener la indemnización por la defraudación originada en la presunta omisión o falla del servicio de las Entidades del Estado en la Inspección, vigilancia y control de las personas naturales y jurídicas que captaron recursos del público, sin autorización legal, guardando similitud las pretensiones de la presente demanda, se invoca los artículos 55 y 66 de la ley 472 de 1998.

- **Falta de competencia:** señala que DMG GRUPO HOLDING S.A., en liquidación, según el certificado de existencia y representación no tenía sucursal inscrita o establecimiento de comercio en Florencia, concluye que el Juez competente es el de Bogotá D.C.

- **Falta de integración de litisconsorte necesario;** al omitir demandar a la captadora DMG GRUPO HOLDING S.A., causante directo del daño antijurídico que se pretende inmdenizar.

Como excepciones de fondo, plantea:

- **La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la medida de declaratoria de emergencia social dentro de su estudio en la actuación previa del Estado para dictar la medida y restablecer así su pertenencia, oportunidad y sobreviniencia.**

- **Informe rendido a la Corte Constitucional y al Congreso de la República sobre las medidas, actuaciones, e investigaciones adelantadas por el Gobierno previas a la declaratoria de la emergencia y justificación de su oportunidad, necesidad, gravedad, sobreviniencia, legalidad y constitucionalidad de la declaratoria**

- **Petición anticipada y acción indebida,** teniendo en cuenta que se realizó la toma de posesión de bienes y haberes del GRUPO DMG, y se encuentra en proceso de liquidación del patrimonio, el cual una vez termine podrá dar certeza de los valores debidos a cada demandante.

- **Hecho de un tercero,** argumentando que el hecho generador del daño corresponde a un tercero

GRUPO DMG HOLDING, sociedad que en forma irregular y sin autorización legal captó recursos del público, prometiendo extraordinarios beneficios dándole apariencia de legalidad mediante simulaciones y modalidades contractuales sofisticadas.

- **Culpa exclusiva de la víctima,** señala que los actores entregaron a mutuo propio sus dineros a DMG Grupo Holding, movidos por los altos intereses que se reconocían, dentro de un periodo corto, sin tener la mayor diligencia y cuidado que requiere el manejo de sus propios asuntos, como tampoco, si se trataba de una empresa autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia para captar dineros del público.

- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (f. 331-369 CP1)

Indica que si al interior del establecimiento de comercio denominado DMG se realizó la actividad masiva y habitual de recursos del público, dicha situación se realizó en forma oculta y al margen de cualquier control legal, con el concurso de los mismos actores quienes a pesar de conocer el riesgo que asumían al entregar sus dineros a un particular no habilitado ni autorizado para este tipo de operación financiera, obviaron cualquier medida de precaución y cuidado, incentivados por el lucro exorbitante que como contraprestación se les ofreció a por quien a la postre les timó.

Señala que DMG HOLDING o su propietario no estaban autorizados para captar masivamente recursos del público, porque nunca estuvieron sujetos a supervisión y control de la Superintendencia Financiera, de allí la razón para que una vez detectada la irregular actividad, se iniciaran las medidas administrativas correctivas, reflejando que la superintendencia cumplió con las funciones que le competen con relación a la captación irregular de dineros.

Agrega que según el certificado de cámara de comercio, se registró como una de sus actividades económicas la de tomar o dar dinero en préstamo con o sin intereses, de tal suerte que su actividad escapaba de la competencia de la Superintendencia, circunscrita a supervisar, vigilar y controlar las instituciones financieras que captan en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término.

Considera que no se puede predicar que los demandantes depositaron su confianza en DMG como consecuencia de la omisión de los deberes propios de la Superfinanciera, dado que no se encuentra demostrado semejante afirmación, y esa mal llamada confianza fue propiciada por ellos mismos cuando sin precaución alguna y cegados por la codicia de prontos y jugosos rendimientos no repararon en la irregular operación de dicho establecimiento.

Hace énfasis en que los actores optaron en forma libre y consciente por entregar sus dineros a particulares no autorizados a pesar de la existencia en el sector financiero de entidades de amplia trayectoria y reconocimiento nacional que ofrecen confianza y tranquilidad, ni se puede predicar que las autoridades no asumieron las medidas procedentes, ante un fenómeno que se expandió por los propios ciudadanos, quienes no prestaron colaboración ni denunciaron los hechos, menos aún aportaron las pruebas suficientes para que la entidad actuara, acudiendo cuando ya se había consumado el daño.

Resalta que el Estado efectuó innumerables medidas en torno a la captación ilegal de dineros, interviniendo a las personas y entidades dedicadas a dicha actividad, castigando con mayor severidad los delitos cometidos y facilitando el crédito a la población menos favorecida.

Recalca que de conformidad con los artículos 8 y 11 del Decreto 4327 de 2005, las personas particulares propietarias de establecimiento de comercio no son vigiladas por la Superintendencia Financiera

porque no hacen parte de la estructura del sistema financiero colombiano.

Ilustra acerca de la existencia de dos sociedades totalmente diferentes, de una parte el GRUPO DMG SA y de otra DMG GRUPO HOLDING S.A, que son dos captadoras distintas, la primera constituida como sociedad el 8 de abril de 2005 ante la Notaría 35 de Bogotá y la segunda en la Notaría 63 de Bogotá, y que las medidas adoptadas por la Superintendencia Financiera mediante Resolución No. 1643 del 12 de septiembre de 2007 (confirmada por Resolución No. 1806 del 8 de octubre de 2007) fueron respecto del GRUPO DMG SA, es decir la primera sociedad constituida.

Informa que frente DMG GRUPO HOLDING SA, las medidas de intervención fueron ordenadas en el Decreto 4334 de 2008, y ejecutadas por la Superintendencia de Sociedades mediante un proceso de liquidación.

Considera que la Superintendencia Financiera cumplió con la emisión de la Resolución No. 1643 del 12 de septiembre de 2007, mediante una oportuna y diligente intervención en la actividad no autorizada e irregular que realizaba el GRUPO DMG SA, que luego fue copiada por DMG GRUPO HOLDING S.A

Advierte que las dos entidades, mimetizaron su operación de captación de recursos del público sin autorización legal a través de un sistema sofisticado de tarjetas prepago, y que además se buscó burlar la suspensión de las actividades del GRUPO DMG SA, creando en idénticas condiciones DMG GRUPO HOLDING SA para continuar ejerciendo la actividad ilegal hasta cuando fueron impuestas órdenes en su contra en el Decreto 4334 de 2008.

Sostiene que el fenómeno de las pirámides fue propiciado por los novedosos, sistematizados y sofisticados métodos que acudieron los avivatos, y que condujo a la declaratoria de emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008.

Se permite realizar el marco normativo de las funciones que cumple el Presidente de la República a través de la Superintendencia Financiera de Colombia frente a la inspección, control y vigilancia de la captación de dinero, la cual nace con una autorización previa estatal como lo ordena el artículo 335 Constitucional, y lo desarrolla el Decreto 4327 de 2005, dirigido a todas las personas que realizan actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados del público.

Añade que las instituciones financieras vigiladas por la Superfinanciera se obligan a someterse a un riguroso proceso de autorización previo y al cumplimiento permanente de exigencias contables y financieras, requerimientos de orden patrimonial, liquidez, encajes, entre otros, para proteger los ahorros del público y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas.

Necesita igualmente que la entidad se inscriba ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuente con la protección del seguro de depósito, de manera que toda actividad realizada al margen de esta normatividad y exigencias no cuenta con una protección estatal para reducir el riesgo de los usuarios del sistema financiero.

Alude que el Estado no fue negligente en el control de la proliferación de captadoras ilegales, declarando el estado de emergencia social para tomar medidas que contrarrestaran los efectos negativos en un número considerable de ciudadanos que depositaron sus dineros en aquéllos particulares que no tenían la intención real de devolverlo y/o lo hurtaron luego de recibirlo.

Observa que la normatividad existente con anterioridad a la declaratoria de emergencia social, relacionada con la captación ilegal de dineros, conllevaba al inicio de actuaciones de inspección, visitas

y recaudación de información, en la mayoría de los casos en forma dispendiosa por no contarse con estados contables organizados debido a la ilegalidad de la actividad, así mismo en garantía al debido proceso se debía permitir el derecho de defensa de la persona natural o jurídica bajo el marco del Decreto 3227 de 1982 modificado por el Decreto 1981 de 1988.

Asevera que las personas encargadas de la captación ilegal realizaron maniobras sofisticadas para dificultar la intervención de las autoridades, utilizando mecanismos para esconder organizaciones criminales y simular sus operaciones tras figuras y contratos aparentemente legales, como la venta de programas o proyectos turísticos, ventas de tarjetas prepagos, promoción o publicidad de voz a voz individual o personal, contratos de cuentas en participación venta de proyectos inmobiliarios, recepción de dineros en forma de aportes e inversiones, entre otros.

Lo anterior sumado a la sofisticación de tipo legal y tecnológica, esconder la información a las autoridades por parte de las empresas captadoras, inexistencia de libros y material contable, y la apariencia de legalidad mediante la inscripción en el RUT y el pago de impuestos, todo lo cual generó problemas para investigar y llevar adelante las investigaciones, ocasionando que se generara una crisis social que no podían conjurarse con las medidas ordinarias vigentes, conllevando a que el Gobierno Nacional decretara el estado de emergencia social.

Realiza un recuento de las actuaciones que adelantó al SuperFinanciera respecto de la captación no autorizada de dineros del público, en primer lugar las advertencias al público de abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas en publicaciones por medios masivos de comunicación, igualmente la respuesta a consultas y peticiones elevadas por autoridades locales, seccionales o de cualquier orden sobre la captación no autorizada de dineros del público, dando a conocer la normatividad, los procedimientos para la autorización, entre otros.

Alega que no existe nexo de causalidad entre el daño causado a los demandantes y la presunta omisión endilgada a la entidad por cuanto (i) la Superfinanciera no autorizó el funcionamiento de DMG GRUPO HOLDING SA, (ii) aun cuando el marco legal resultaba insuficiente se adelantaron las actuaciones a verificar la existencia de la captación ilegal o no autorizada de recursos del público, a tomar medidas en cada caso y alertar a la comunidad sobre el riesgo de invertir en esas organizaciones, (iii) los inversionistas no tomaron las medidas previas a la entrega de dineros a terceros y (iv) el daño causado fue producto de la actividad de las captadoras no autorizadas.

Como medios exceptivos propuso:

- **falta de competencia de este despacho para conocer de este trámite:** en aplicación a los artículos 3, 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 que regula las acciones de grupo, y que obliga a la inclusión a dichas acciones a todas las personas que se encuentren en idénticas condiciones, existiendo 3 acciones de grupo seguidas por la captación ilegal de dineros de DMG GRUPO HOLDING SA.

- **cosa juzgada constitucional:** frente a los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional sobre el estado de emergencia social, decididos en sentencia C-135 de 2009, por lo que no puede volverse a estudiar su legalidad o constitucionalidad.

- **inexistencia de daño cierto:** al desconocerse con certeza la magnitud y cuantificación del daño, asumiendo un riesgo mediante un contrato conmutativo con efectos aleatorios, además de existir otros mecanismos judiciales como la intervención en concurso de acreedores dentro del proceso penal.

- **culpa exclusiva de la víctima**: por los riesgos asumidos por los inversionistas en una actividad no autorizada, mediante la entrega voluntaria de dineros a un particular sin constatar previamente si se trataba de una entidad autorizada por la Superfinanciera y evitar el riesgo de perder sus dineros, siendo responsabilidad de cada persona verificar la legalidad, idoneidad y solvencia moral de las personas receptoras que no pertenecen al sector financiero.

- **imputación errónea del daño – responsabilidad de un tercero**, argumentando que el daño existió pero que no es imputable a la entidad que representa, teniendo en cuenta que el nexo de causalidad se rompe con la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, en este caso la actuación de la captadora ilegal que propició la pérdida de los dineros de los demandantes.

- **Petición antes tiempo:** considerando que la causación y tasación del daño solo se podrá evidenciar a la culminación del proceso de intervención de DMG GRUPO HOLDING S.A.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Según obra en constancia secretarial del 14 de diciembre de 2016 (folio 773 C. Principal 2), dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, así lo hizo la Superintendencia Financiera de Colombia, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación y la Parte Actora

- **Superintendencia Financiera de Colombia** (Folio 688-698 C. Principal 2).

Reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda y agrega que clausurado el debate probatorio, le es dable concluir que la entidad que representa actuó de manera diligente y oportuna siempre dentro del marco legal vigente para la época de los hechos con mirar a encarar el fenómeno de captación masiva de dineros al público, de allí que resulte inadmisible atribuirle responsabilidad alguna en el ejercicio propio de sus funciones, pues tal como aparece acreditado se desplegó una intensa actividad no sólo para verificar la conducta de las captadoras, sino también para advertir sobre los riesgos que pudieran devenir de entregar dineros a quienes no estuviesen autorizados para captarlos.

Resalta que la parte actora no cumplió con las cargas impuestas en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 del Código Civil, toda vez, que verificado el acervo probatorio obrante en el expediente, deduce que no existe prueba del DAÑO alegado, pues de las documentales aportadas por los accionantes, no es viable concluir ni su existencia, ni la época en que se habría producido, ni su cuantificación, o nexo con los demás hechos narrados por aquella.

Expone que la Superintendencia Financiera de Colombia, no conoció solicitud de autorización por parte del propietario y representante legal de DMG GRUPO HOLDING S.A, y por ende no aprobó su funcionamiento, razón por la que no se encontraba sujeto constitucional y legalmente a la vigilancia e inspección de la entidad, que sin embargo, se intervino la mencionada captadora y se advirtió oportunamente al público en general sobre los riesgos de invertir en las organizaciones dedicadas a ejercer tales actividades; que fue la parte demandante quien omitió las medidas mínimas de precaución previas a la entrega de su dinero en DMG GRUPO HOLDING S.A, haciendo caso omiso a las advertencias de las autoridades del estado a través de medios masivos de comunicación y, un eventual daño que no fue probado en la Litis.

En consideración a los argumentos expuesto, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (Folio 699 - 713. C. Principal 2)

Considera que quedó demostrada la ausencia de responsabilidad de la Presidencia de la República por el supuesto daño aducido, que no ha faltado a sus funciones, como consecuencia del fracaso de una modalidad de aportes o inversiones de capital a unas personas que incautos por las expectativas de grandes ganancias, entregaron dinero bajo un riesgo inminente de su pérdida.

Confirma que no es el Estado el llamado a responder por el fracaso de los esquemas contractuales fraguados por la captadora, ni mucho menos la Presidencia de la República ante la ausencia de funciones que lo vinculen con la inspección, control y vigilancia de ese tipo de actividades, pero en todo caso el aparato estatal actuó en forma diligente y efectiva para hacer frente al problema social que ocasionaron las captadoras en el país.

Parte del supuesto que el ejercicio de la actividad financiera, el Estado no es garante del éxito de las operaciones que ejecuten los usuarios del sistema, sino que las personas que operen en él observen los principios y normas que lo rigen.

Frente a la acreditación del daño, sostiene que existe una incoherencia entre lo manifestado en la demanda y lo probado en el proceso, en la primera se habló de una inversión o depósito a la captadora, mientras que en los documentos se denomina un aporte o inversión a capital, tampoco se demostró de donde provenían los dineros entregados, además que la supuesta operación financiera no concuerda con el formato de aportes que se le extendía una vez entregados los dineros a la captadora.

Aduce que las pruebas existentes y las explicaciones ofrecidas por las entidades demandadas, también demostraron que el eventual perjuicio aducido en la demanda no fue consecuencia cierta e inevitable de la responsabilidad imputada a la administración público, sino de la desidia y actuar temerario de aquel, quien por obviar todo deber de diligencia y cuidado en el manejo de sus negocios, se expuso al riesgo inminente de perder su capital, cegado por el ansia de percibir prontos y extraordinarios rendimientos.

Frente a la competencia y a la representación judicial, alude que las funciones que se pretenden enrostrar al Presidente de la República están endilgadas por la Constitución y la ley a la Superfinanciera, y de otra parte son disímiles las funciones ejercidas por el Presidente y el DAPRE.

Hace mención a los testimonios e interrogatorios de parte para concluir que desdibujan la teoría de la parte actora, al tener conocimiento de la actividad de captación ilegal y asumir el riesgo de invertir.

En general hace mención a las competencias de las entidades, las actuaciones realizadas, las informaciones por medios de comunicación y la ausencia de responsabilidad de las entidades demandadas, especialmente el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

- Fiscalía General de la Nación. (Folio 715 a 719 C. Principal 2).

Considera que la presunta omisión que se quiere endilgar a las entidades demandadas, correspondientes a la falta de control en la captación ilegal de dineros del público, no es posible atribuirse a la Fiscalía por no tener competencia en esos asuntos.

Itera los argumentos de la contestación de la demanda, relacionados con la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, y la improcedencia de la aplicación del principio de la buena fe, ante las actividades desplegadas por cada uno de los demandantes.

Ahonda en la falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando las competencias constitucionales y legales, y la total ajenidad a los hechos expuestos por el apoderado de la parte actora.

- Parte Actora (folio 7321-761 C. Principal 2).

En primer término señala que se encuentran acreditados cada uno de los hechos esbozados en la demanda, en especial la inversión de sus clientes en la empresa DMG GURPO HOLDING SA mediante el informe obtenido de la página web www.holdingintervenida.com, que existió captación de dineros del público lo cual nunca fue ocultado por la empresa, y con el conocimiento de las demandadas sobre esa situación.

Manifiesta que las filas que realizaban eran notorias, al punto de tener que intervenir la Policía Nacional, para el control y seguridad de dicho establecimiento, el cual era frecuentado por personas del común, como de funcionarios públicos.

Luego de citar algunos apartes de la Resolución No. 1634 de 2007, hace énfasis en el conocimiento que tenía la Superintendencia desde el año 2005 sobre la captación ilegal de dineros, que las actividades eran masivas y públicas, que nunca se dio aviso a la Fiscalía General de la Nación, y la modalidad de venta de tarjetas prepago no era novedosa, porque venía implementándose desde el año 2006.

A través de los testimonios se prueba que los demandantes invirtieron dineros sin conocimiento que se tratara de una pirámide, lo cual salió a la luz pública con la intervención estatal mediante la declaratoria de un estado de excepción, pero anterior a ello la empresa funcionaba en una zona céntrica de la ciudad, con presencia de la Policía Nacional, exhibiéndose en sus instalaciones el permiso de funcionamiento de la Cámara de Comercio y el RUT expedido por la DIAN, dando una apariencia de legalidad y estabilidad financiera.

Asegura que la actividad de las pirámides era pública, a los ojos de toda la ciudadanía y de las entidades del Estado, y pese a que entidades territoriales como la Gobernación del Nariño remitieron diversos escritos y comunicaciones a entidades nacionales y a la Presidencia de la República, no se efectuaron acciones concretas y prontas para evitar la continuación de la actividad.

Allega un CD obrante a folio 761 en donde el Presidente de la República para la fecha, manifestó:

> "por qué DMG lo que presenta es una operación comercial de compra venta de bienes muebles no una captación máxima e ilegal de dinero, yo le he dicho a la Superintendencia"

De otra parte se permite reiterar las razones por las cuales considera que de acuerdo a las competencias constitucionales y legales, cada una de las demandadas debe responder por el detrimento patrimonial de los demandantes.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a) Competencia.

Agotadas como están las diferentes etapas procesales sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado, se procede a tomar la decisión que ponga fin al presente litigio por ser competente el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia para conocer y fallar el presente proceso, por la naturaleza de la acción, la cuantía y el lugar donde ocurrieron los hechos, según los artículos 134, 134 B y 134 D, literal f del CCA.

b) Problema Jurídico.

¿Son responsables administrativa y extracontractualmente la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DMG GRUPO HOLDING S.A EN LIQUIDACIÓN por la omisión o irregularidad en la ejecución de las funciones de vigilancia, control e inspección por permitir el funcionamiento de la Comercializadora DMG o si por el contrario se configura un eximente de responsabilidad?

Previó a desatar el problema jurídico planteado, es menester resolver las excepciones previas planteadas por las Entidades demandas.

c) Excepciones previas.

Previo a desatarlas, es pertinente manifestar, que como quiera que se plantaron por las entidades demandadas en la contestación de las demandas, excepciones previas y de fondo, en este acápite solo se hará referencias a las previas.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (folio 290), la Superintendencia de Sociedades (folio 149) plantearon la **falta de legitimación en la causa por pasiva**, argumentando que en el ámbito de sus competencias no es quien tiene la función de inspección, control y vigilancia del sector financiero, menos podría responder por la presunta omisión que atañen las pretensiones frente al incumplimiento de deberes de control sobre la actividad de captación no autorizada de dineros del público.

Esta excepción, cuya doble connotación la cataloga como mixta, depende del contexto y las razones esbozadas por el libelista para que sea decidida como previa o de fondo, en consecuencia de acuerdo a lo indicado por el DAPRE y la Supersociedades, para analizar la legitimación por pasiva deberá abordarse no solo el régimen competencial de las entidad, sino además su responsabilidad o no en las presuntas omisiones que quiere endilgarse a éstas, de manera que su estudio comprende una obligada revisión del cardumen probatorio, y decidir cuestiones que connotan el fondo del asunto, debiendo esperarse al juicio de responsabilidad que prosigue, para poder determinar su prosperidad, de tal suerte que se trata de una excepción de fondo, y se decidirá más adelante en su momento procesal.

- Falta de competencia.

Por su parte la Superintendencia Financiera (folio 361 revés), manifiesta que en aplicación a los artículos 3, 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 que regula las acciones de grupo, y que obliga a la inclusión a dichas acciones a todas las personas que se encuentren en idénticas condiciones, existiendo 3 acciones de grupo seguidas por la captación ilegal de dineros de DMG GRUPO HOLDING S.A., el Despacho carece de competencia.

En lo que a tañe a que por existir unas acciones constitucionales de grupo, no es posible iniciar de forma separada acciones individuales como lo son las acciones de reparación directa para reclamar de forma independiente a los grupos, sobre el particular los artículos 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998, señalan que dicha posibilidad y una vez analizada las disposiciones en mención, encuentran que las mismas no

es imperativa sino potestativa, en donde el verbo utilizado es podrá mas no deberá, ahora bien sobre un caso similar, el Consejo de Estado, señaló:

> *Se precisa que, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y en la Ley 472 de 1998, no existe obstáculo para la presentación de una acción de reparación directa en coexistencia de una acción de grupo, por cuanto, específicamente, según el artículo 88 de la Constitución Política[2] y 55 de la Ley 472 de 1998[3], el grupo de personas que sufren un perjuicio por las acciones u omisiones de los agentes estatales tienen la opción de presentar una acción de grupo, o de formular demanda de reparación directa y buscar su indemnización de manera individual[4].*

En consideración a lo expuesto no se comparten los argumentos de las excepciones planteadas, lo que conlleva a que esta judicatura sea competente para conocer y fallar este asunto, procediendo a negarla.

- **pleito pendiente entre las partes y sobre el mismo asunto**:

Propuesta por DAPRE (folio 292), pues bien el pleito pendiente, ha sido entendido como una situación en la que las mismas partes y por idénticas pretensiones tramitan un juicio que aún no ha finalizado y promueven otro. El propósito de esta causal de excepción previa es evitar que se adelanten dos juicios al tiempo que resulten en sentencias contradictorias.

El tratadista LÓPEZ BLANCO, establece como requisitos para que el pleito pendiente pueda existir, los siguientes "que exista otro proceso en curso, que las partes sean unas mismas; que las pretensiones sean idénticas; que por ser la misma causa estén soportadas en iguales hechos"[5].

En este sentido, ha dicho el Consejo de Estado que los requisitos que han de concurrir para que se configure el pleito pendiente son los siguientes: "La configuración de la excepción de pleito pendiente supone la presencia de los siguientes requisitos, en forma concurrente: i) Que se esté adelantando otro proceso judicial, ii) identidad en cuanto al petitum, iii) identidad de las partes y iv) identidad en la causa petendi"[6]

En el caso de marras, no reúne el requisito para configurar el pleito pendiente, lo que atañe a la identidad de las partes, en tanto que los actores no hacen parte activa dentro de las acciones constitucionales; reiterando que tanto las acciones de grupo como las de reparación directa, son autónomas y pueden coexistir las dos a pesar que sean sobre los mismos hechos y causas de amparo, como quiera que los demandantes iniciaron voluntariamente una acción individual de reparación

---

[2] "*La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.* ***También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares****. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*" (Negrillas por fuera del texto original).

[3] "*Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas // La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella // Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo*".

[4] Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección b, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), Radicación numero: 11001-33-31-035-2010-00258-01(50326).

[5] VER: LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho procesal Civil colombiano. Editorial Dupré. Tomo I. Bogotá, 2005. P. 938 y ss.

[6] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01148-01(16335). Actor: BOGOTA DISTRITO CAPITAL. Demandado: ANDRES PASTRANA ARANGO Y RUBEN DARIO LIZARRALDE. Referencia: ACCION DE REPETICION.

directa, es claro que han exteriorizado su voluntad de no pertenecer al grupo afectado dentro de la acción de grupo.

- **Falta de integración del litisconsorcio necesario:**

El apoderado de DAPRE ante el planteamiento del **litisconsorcio necesario** de DMG GRUPO HOLDING SA, se señala que debido a que las pretensiones de la demanda se encaminan a la declaratoria de responsabilidad de las entidades que tenían como función la de controlar la captación masiva y habitual de dineros del público, función esta que no era ejercida por DMG GRUPO HOLDING SA, pese a ello, dentro de las demandadas se encuentra ésta última, por lo que tampoco está llamada a prosperar.

d) Del Régimen de Responsabilidad.

En la presente demanda se depreca como indemnización de un presunto daño antijurídico por la omisión de inspección, control y vigilancia de las actividades de captación no autorizada de dineros del público, permitiendo que establecimientos comerciales como DMG defraudaran el patrimonio de muchos ciudadanos que acudieron a invertir bajo la confianza de ser una actividad lícita, regulada y autorizada por las entidades públicas.

En ese orden de ideas, y de conformidad con el problema jurídico, el título de imputación a aplicar es el de la falla del servicio. Así, de la cláusula constitucional de responsabilidad civil extracontractual del Estado decantada en el artículo 90 Superior, se ha extraído que para el reconocimiento de responsabilidad por la aplicación de la falla del servicio, se requiere la concurrencia probada de tres elementos, a saber: 1) el daño antijurídico, 2) la falla o falta del servicio y 3) el nexo o relación de causalidad entre el daño y la falla.

Sobre el particular, el consejo de estado, ha señalado:

> *En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración*[7].

Por lo anterior, y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado la falla en el servicio es la principal fuente de imputación de responsabilidad del Estado y se estructura cuando la Parte Actora prueba los siguientes elementos:

a) una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración."

b) "Que se causó daño" que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, o administrativo, con las características predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable.

---

[7] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA BOGOTÁ, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015) radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912).

c) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.

En virtud de lo anterior, se procederá a analizar si reúne estos elementos de responsabilidad, esto es, el daño, la imputación o falla en el servicio y el nexo de causalidad y de esta manera determinar si se endilga responsabilidad a las entidades demandadas.

- Daño antijurídico.

En el presente asunto tenemos que la afectación cierta, real y determinable (características del daño antijurídico) recae sobre un bien jurídico tutelado, esto es la pérdida de un dinero[8] invertido por los demandantes a una empresa que se dedicaba a la captación masiva de dinero, como lo era el establecimiento comercial DMG; ahora bien, la categoría de antijurídico, se traduce en el deber constitucional de las autoridades de la República, para con los intereses privados de las personas residentes en Colombia, el cual se circunscribe a proteger su vida, honra, *bienes*, creencias y demás derechos y libertades[9]. En este orden de ideas, el Estado Social de Derecho garantiza y protege la propiedad privada (bienes).

De las pruebas allegadas en debida forma al proceso y que fueron sometidas a la contradicción de las partes, en relación con éste elemento de la responsabilidad quedó demostrado lo siguiente:

- Fotocopia autenticada de la solicitud de devolución de dineros depositados, realizado por la señora EDITH MARÍN DE RODRÍGUEZ y dirigidos al agente interventor de DMG. (Folio 28-29 C. Principal 1.).
- Informe sobre los datos de reclamación, descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., relacionada con la señora EDITH MARÍN DE RODRÍGUEZ. (Folio 30 C. Principal 1.).
- Informe sobre los datos de reclamación, descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., relacionado con la señora YINA BOLENA TOLEDO POLANIA. (Folio 31 C. Principal 1.).
- Fotocopia simple de la solicitud de devolución de dineros depositados, realizado por la señora LUZ MERY RIVEROS SÁNCHEZ y dirigidos al agente interventor de DMG. (Folio 32-33 C. Principal 1.).
- Informe sobre los datos de reclamación, descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., relacionado con la señora LUZ MERY RIVEROS SÁNCHEZ. (Folio 34 C. Principal 1.).
- solicitud de devolución de dineros depositados por la señora YOLANDA CUELLAR MEDINA y dirigidos al agente interventor de DMG. (Folio 35-36 C. Principal 1.).
- Informe sobre los datos de reclamación, descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., relacionado con la señora YOLANDA CUELLAR MEDINA. (Folio 37 C. Principal 1.).

[8] Bien mueble fungible.
[9] **ARTICULO 2 CN.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

- Copia Autenticada de la solicitud de devolución de dineros depositados, realizado por el señor JOSÉ ALEJO RODRÍGUEZ BARRAGÁN y dirigidos al agente interventor de DMG. (Folio 38-39 C. Principal 1.).
- Informe sobre los datos de reclamación, descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., relacionado con el señor JOSÉ ALEJO RODRÍGUEZ BARRAGÁN. (Folio 40 C. Principal 1.).
- Solicitud Autentica de devolución de dineros depositados por la señora ADRIANA ANDREA CASTAÑO y dirigidos al agente interventor de DMG. (Folio 42 C. Principal 1.).
- Informe sobre los datos de reclamación, descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., relacionado con la señora ADRIANA ANDREA CASTAÑO. (Folio 43 C. Principal 1.).
- Fotocopia simple de la solicitud de devolución de dineros depositados, realizado por el señor AZAEL LÓPEZ FANDIÑO y dirigidos al agente interventor de DMG. (Folio 44 C. Principal 1.).
- Informe sobre los datos de reclamación, descargado de la página de internet www.holdingintervenida.com., relacionado con el señor AZAEL LÓPEZ FANDIÑO. (Folio 45 C. Principal 1.).
- En respuesta por parte de DMG GRUPO HOLDING S.A. EN LIQUIDACIÒN JUDICIAL, certificó los montos realizados por los actores:

NOMBRE	Capital entregado.	Saldo con descuento de tarjetas.
EDITH MARÍN DE RODRÍGUEZ	$ 1.080.686[10]	$ 36.419.313
YINA BOLENA TOLEDO POLANIA.	No reclamó	$ 30.000.000[11]
LUZ MERY RIVEROS SÁNCHEZ	$ 1.080.686[12]	$ 25.419.313
YOLANDA CUELLAR MEDINA	$ 275.000[13]	$ 24.725.000
JOSÉ ALEJO RODRÍGUEZ BARRAGÁN	$ 1.080.686[14]	$ 15.520.313
ADRIANA ANDREA CASTAÑO	No reclamó	$ 18.500.000[15]
AZAEL LÓPEZ FANDIÑO	$ 275.000[16]	$ 14.725.000

De lo anterior resulta claro que a los actores se les afecto su derecho al patrimonio, que como se manifestó es de protección constitucional, quedando de esta manera acreditado el primer elemento de la responsabilidad extracontractual, ahora bien, para el despacho el presente daño es cierto, no como lo establece la Superintendencia Financiera, la cual propuso como excepción de fondo la inexistencia de daño cierto, puesto que se desconoce la magnitud y cuantificación el daño, pues bien, una cosa es que el daño sea cierto y futuro o genérico, en donde este último no es indemnizable.

Pues bien, para los demás accionantes, en la actualidad no se conoce con precisión y en caso de que prosperen las pretensiones el monto de lo adeudado a los actores, pero ello no quiere decir que el daño no sea cierto, pues se recuerda a las partes que en la actualidad, la Comercializadora DMG Holding se encuentra en proceso de liquidación, quedando a la espera de la liquidación final, al respecto, es indispensable traer a colación lo manifestado por el Tratadista Juan Carlos Henao, que

[10] Folio 59-62. C. Pruebas Parte Actora.
[11] Folio 52-54. C. Pruebas Parte Actora.
[12] Folio 38-41. C. Pruebas Parte Actora.
[13] Folio 55-57. C. Pruebas Parte Actora.
[14] Folio 48-51. C. Pruebas Parte Actora.
[15] Folio 45-47. C. Pruebas Parte Actora.
[16] Folio 42-44. C. Pruebas parte Actora.

sobre el particular, ha señalado; "*...debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél "es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará"...*"[17], se itera nos encontramos ante un daño cierto y futuro, por lo que se desestima la excepción propuesta por la demandada.

Ahora, como el daño es un elemento indispensable para la existencia de responsabilidad, pero no suficiente para que se declare, se pasara a estudiar los otros elementos con el objetivo de determinar si se puede o no endilgar a las Demandadas.

- **De la imputación y el nexo de causalidad.**

La Parte actora endilga el daño antijurídico analizado, por la omisión en los deberes de supervisión en las actividades de captación masiva de dineros del público sin autorización, resulta preciso inicialmente indicar cuál era la normatividad que regía esta obligación a cargo del Estado.

La Carta Política de 1991, en su artículo 335, estableció que las actividades financiera, bursátil y cualesquiera otra relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público, que únicamente podrán ser ejercidas previa autorización del Estado, de conformidad con lo que disponga la ley que, a su vez, se ocupe de regular la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promover la democratización del crédito[18].

A su turno, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto 663 de 1993- dispuso que el sistema financiero y asegurador estaba conformado de la siguiente manera: **i) establecimientos de crédito**; **ii)** sociedades de servicios financieros; **iii)** sociedades de capitalización; **iv)** entidades aseguradoras; **v)** intermediarios de seguros y reaseguros.

Los establecimientos de crédito, a su vez, están conformados por varias clases de instituciones financieras como son los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda, las compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras.

Por su parte, el artículo 53 del citado Estatuto Orgánico dispuso que las normas de intervención y regulación que adopte el Gobierno Nacional, deberán tener en cuenta la naturaleza especial de las entidades citadas anteriormente.

Así pues, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero estableció, a cargo de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– importantes funciones y/o facultades[19], entre las cuales se destacan las siguientes:

a. *Funciones de control y vigilancia:*

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

[17] HENAO. Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Pág. 131. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. Bogotá D.C. 2007.
[18] En términos similares a los expuestos en la presente providencia, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de junio de 2012, Expediente: 21.249, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[19] Artículo 326 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF–.

- Dictar las normas generales que deben observar las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

b. *Facultades de supervisión:*

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

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

c. *Facultades de prevención y sanción:*

- Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan, de inmediato, las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura;

- Imponer una o varias de las medidas cautelares o sanciones previstas en el aludido Estatuto a las personas naturales y jurídicas que efectúen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización.

- **Adoptar, cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualesquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:**

> "*- Establecer una vigilancia especial, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.*
>
> *- Coordinar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras las acciones pertinentes, de acuerdo con las disposiciones que regulen su funcionamiento.*
>
> *- Promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada.*
>
> *- Ordenar la recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales.*
>
> *- Promover la cesión total o parcial de sus activos, pasivos o contratos o la enajenación de sus establecimientos de comercio a otra institución.*
>
> *- Ordenar la adopción de un plan de recuperación*".

- Tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presente alguno de los hechos previstos en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero que, a juicio del Superintendente Bancario, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

d. *Funciones de certificación y publicidad*:

- De acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su inspección y control permanentes, expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal.

- Certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general.

- Ordenar la publicación de los estados financieros de las entidades sometidas a su control y vigilancia, así como de los ajustes o rectificaciones a tales estados financieros que ordene la Superintendencia Bancaria. Igualmente ordenará la publicación de los indicadores de las instituciones vigiladas.

Ahora bien, el referido Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su artículo 113, estableció unas **medidas preventivas** para evitar la toma de posesión de bienes de aquellas entidades que se encuentren sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, entre las cuales dispuso las siguientes:

1. Vigilancia especial[20].
2. **Recapitalización**[21].
3. Administración fiduciaria.
4. Cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución.
5. Fusión.
6. Programa de recuperación.
7. Suspensión de la compensación de los saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales.
8. Exclusión de activos y pasivos.

En relación con la toma de posesión de bienes, el Decreto 663 de 1993[22] precisó unas causales para que la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– pudiera tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, previo concepto del Consejo Asesor, a saber:

a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, en relación con sus negocios;
d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria, debidamente expedidas;
e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;
f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura;

---

[20] Artículo 113 del EOSF: *"La vigilancia especial es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria determinar los requisitos que tales entidades deben observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen".*

[21] La **recapitalización** es un término que hace referencia al proceso por el que una empresa aumenta su capital como consecuencia de una mayor necesidad de garantizar su estructura y responder de sus obligaciones a corto o medio plazo. Se realiza generalmente cambiando la propia estructura del capital de la empresa, canjeando bonos o deuda por acciones.

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

g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito;
h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria y que, a juicio de ésta, no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad;
i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
j. Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados;
k. Cuando incumpla la orden de exclusión de activos y pasivos que le sea impartida por la Superintendencia Bancaria;
l. Cuando se incumpla el programa de desmonte progresivo acordado con la Superintendencia Bancaria.

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

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

También se han atribuido funciones específicas a la Superintendencia Financiera de Colombia, a través del Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional en el artículo 43 del Decreto 4327 de 2005:

Artículo 43. Despacho del Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. El Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional tendrá las siguientes funciones:
1. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, cualquiera de las medidas preventivas previstas en el literal c) del artículo 6° de la Ley 964 de 20 05 o las normas que la modifiquen o adicionen.
2. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, las medidas cautelares previstas por las normas vigentes para los casos de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas.
3. Resolver en coordinación con el Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión de Riesgos y Conductas de Mercados las controversias suscitadas entre los Superintendentes Delegados para Supervisión por Riesgos y los Superintendentes Delegados para Supervisión Institucional por la adopción de decisiones que afecten la estabilidad de las instituciones, previo concepto del Comité de Coordinación del Núcleo de Supervisión.
4. Solicitar a la Dirección de Investigación y Desarrollo, el diseño y/o ajuste de las metodologías de supervisión o de la normatividad, así como el diseño de los instrumentos que permitan a las entidades administrar y controlar sus riesgos.
5. Proponer, al Superintendente Financiero la adopción de cualquiera de los institutos de salvamento o de la toma de posesión.
6. Informar sus decisiones a las demás áreas con interés en los asuntos objeto de pronunciamiento.
7. Decretar la disolución y ordenar la liquidación cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.
8. Ordenar a título de sanción, dentro del ámbito de su competencia, la suspensión o cancelación de la inscripción en cualquiera de los registros que conforman el Sistema Integral de Información del Mercado de Valores.

Descendiendo al caso *sub examine* se procederá a analizar el cumplimiento de dichas funciones por las entidades demandadas, en especial por la Superintendencia Financiera de Colombia, pues como se observa es sobre ella que recae el deber de vigilancia y control de todas las entidades destinadas a la

captación de dinero, por ser una de las funciones que mantienen según la Constitución de 1991 en cabeza del Estado.

En primera medida, la Superintendencia Financiera de Colombia, señaló dentro de su contestación de demanda, que observadas las actividades económicas, de acuerdo al Registro Mercantil, el objeto social de DMG Holding S.A., era el de "*EXPLOTAR, PRODUCIR, COMERCIALIZAR, COMPRAR Y VENDER, INTERMEDIAR EN LA ADQUISICÓN, EN COLOMBIA O EN EL EXTERIOR TODA CLASE DE ELECTRODOMESTICOS, VEHICULOS, MUEBLES Y EQUIPOS PARA HOGAR Y OFICINA, MEDICINAS NATURISTAS Y PRODUCTOS NATURISTAS; Y ADEMÁS MATERIAS PRIMAS, REPUESTOS, INSUMOS, ACCESORIOS, ARTÍCULOS, HERRAMIENTA, MAQUINARIA, Y EQUIPO PARA FACILITAR Y GARANTIZAR LA COMODIDAD Y LA SALUD EN LOS HOGARES COLOMBIANOS Y EN GENERAL TODA CLASE DE BIENES Y/O SERVICIOS...*"[23], aunado a que una de sus actividades económicas era la de tomar o dar dinero en préstamo con o sin intereses, por lo que en ningún momento dicha sociedad estaba habilitada para captar masivamente dinero del público.

Dentro del expediente se allegó lo siguiente:

- Contestación de oficio OFI09-00003207/AUV 13200 del 18 de enero de 2009, dirigido al Secretario jurídico de la Presidencia de la República, en donde aparece un ítem de *Avisos y Advertencias al Público* en donde manifiesta:

"Como complemento de la respuesta dada a la Corte Constitucional mediante oficio 2008081407-001 del pasado 1 de diciembre en relación con las actuaciones llevadas a cabo por la Superintendencia Financiera de Colombia, conviene resaltar que se publicaron en distintos diarios del país avisos previniendo e informando a la ciudadanía en general, que debían de abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público, tal y como se indica a continuación:

Fecha	*Medio*
23 de diciembre de 2006	*El tiempo*
24 de diciembre de 2006	*El tiempo*
30 de diciembre de 2006	*El tiempo*
31 de diciembre de 2006	*El tiempo*
17 de septiembre de 2007	*El tiempo*
20 de septiembre de 2007	*Llano 7 Días*
29 de septiembre de 2007	*Nuevo Putumayo*
9 de octubre de 2007	*El tiempo*
11 de octubre de 2007	*Llano 7 Días*
15 de octubre de 2007	*Nuevo Putumayo*
27 de enero de 2008	*El tiempo*
28 de enero de 2008	*Portafolio*
29 de abril de 2008	*El tiempo*
14 de noviembre de 2008	*El tiempo*

(...)
1.1.3. Investigaciones Administrativas.

[23] Ver folios 12-17 del Cuaderno Principal 1.

Ahora bien, con las actuaciones puntuales sobre los eventuales captadores a los que se hizo alusión en nuestra respuesta anterior (oficio 2008081407-001), nos permitimos a continuación complementar dicha información detallado el estado de la actuación a la fecha de la declaratoria de las medidas de emergencia, utilizando los cuadros remitidos en esa oportunidad, a los cuales se les incluyó una columna para el efecto, a saber:

	Nombre eventual captador	*Estado de la actuación a la fecha de la declaratoria*
Año 2007		
1	*Sociedad Grupo DMG S.A*	*Mediante Resolución 1634 de septiembre de 2007, la SFC ordena la suspensión Inmediata de las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG, así como la devolución de la totalidad de los dineros recibidos por la venta de las referidas tarjetas, cualquiera sea la modalidad. Dicha medida fue confirmada en su totalidad mediante resolución 1806 de octubre 8 de 2007...*

"...Igualmente en algunos casos que se consideraron de relevancia, como por ejemplo frente a las sociedades Grupo DMG S.A. Promotora Costa Caribe S.A. y la Corporación Caribe Sol, se le informaron a la Fiscalía los adelantos de las investigaciones que surtía la Superintendencia Financiera, antes de la determinación de la actividad ilegal de captación y de la consiguiente adopción de las medidas cautelares de carácter administrativo, mediante distintas comunidades y en diferentes reuniones que se efectuaron con dicho organismo..."

(...) (Folio 425-445 C. Principal 1.).

- Bitácora de Registro de Medios Pronunciamientos de Superintendentes y demás funcionarios sobre Captación Ilegal años 2006-2007 y 2008, en los que se enlista a la Sociedad Grupo DMG S.A. (fl. 482-484 C. Principal).

- **Informe interno de inspección 25 a 31 de mayo de 2006** (F.24-37 CD Archivo SBB0601#38432881 v2 Folio 370 C. Principal): es presentado por la Superintendencia Financiera, realizando visita de inspección al Grupo DMG S.A por la información suministrada por el Presidente del Banco Agrario de Colombia sobre una posible captación masiva y habitual mediante una cuenta corriente Nº 3-0360-000070-5.

  Se pudo evidencia que el objeto social del Grupo DMG SA es la explotar, producir, comercializar a nivel nacional e internacional toda clase de productos, electrodomésticos, vehículos, medicinas naturistas, películas, entre otros. Adquirir patentes, marcas, procedimientos de fabricación y toda clase de derechos de propiedad industrial. Tomar interés como partícipe asociado o accionista en otras empresas con objeto análogo. Crear sistemas de comercialización a nivel masivo y construir vivienda individual o multifamiliar, entre otros.

  El Grupo DMG creó empresas con diversos fines, para comercializar productos naturales, canales de televisión para cuidado del cuerpo y salud, sistemas de construcción, comercialización de stevia, caracol y carbón.

  Luego de verificar extractos bancarios, patrimonio y pasivos, concluyó el informe que:

  "El principal pasivo de la sociedad está compuesto por préstamos otorgados por tres accionistas... los cuales se

realizaron mediante consignaciones frecuentes en municipio tales como: Puerto Asís, Orito, La Hormiga, Valle de Sibundoy, Montería, Mocoa y Villavicencio.

Sin embargo no fue posible establecer la procedencia de los recursos con los cuales se realizaron estos préstamos. *Motivo por el cual se sugiere llamar a rendir declaración libre y espontánea en esta Superintendencia a los accionistas del Grupo DMG SA...*

De acuerdo a la información allegada a la comisión de visita y teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1981 de septiembre 26 de 1998, la sociedad no estaría captando dinero del público en forma masiva y habitual toda vez que no cumple los preceptos establecidos en ella, tales como obligaciones contraídas con más de 20 personas o más de 50 obligaciones *directamente o a través de interpuesta persona"*

- Segunda visita Informe Interno de Inspección Grupo DMG S.A., 15 de noviembre de 2006 (F.89-102 CD Archivo SBB0601#38432881 v2 Folio 370 C. Principal)

Conclusión:

"***Teniendo en cuenta que la entidad no suministró la información requerida, a la Comisión de Visita no le fue posible establecer los elementos que configura la captación de dineros del público*** *en forma ilegal contenidos en el Decreto 1981 de 1988 ... Así mismo, pese que el doctor Soto afirma que el Grupo DMG SA, de acuerdo con su objeto social, recibe recursos de terceros como consecuencia de la venta de bienes, para cuyo efecto se expiden tarjetas prepago para su uso en los establecimientos afiliados a la red de puntos de DMG en todo el país o en sus bodegas, tampoco fue posible establecer la venta de dichos bienes, la existencia de proveedores ni de mercancías en las bodegas de la sociedad como tampoco de almacenes filiados para tal fin.*

Lo cierto es que con base en la poca información suministrada hasta la fecha por la sociedad visitada no se ha podido establecer que la misma se encuentre realizando actividad de captación masiva y habitual de dineros del público *en forma ilegal, pero tampoco se ha demostrado por parte de la mencionada sociedad que los dineros que recibe de terceros corresponde efectivamente a operaciones de venta de mercancía y electrodomésticos mediante el prepago de las mismas, como lo ha afirmado el Subgerente Financiero"*

- **Requerimiento** al presidente DMG SA de fecha 28 de febrero de 2007, para que brinde la información necesaria a efectos de verificar presuntas conductas irregulares de la entidad sin la autorización, suscrito por el Director de Supervisión Institucional para Intermediarios Financieros Dos de la Superfinanciera (F. 111, 112 CD Archivo SBB0601#38432881 v2 Folio 370 C. Principal)

- Respuesta dada por el Presidente del Grupo DMG S.A., al requerimiento efectuado por la Superfinanciera del adjuntado estados financieros con corte 12/06 de abril de 2007 (F. 113-135 CD Archivo SBB0601#38432881 v2 Folio 370 C. Principal).

- **Tercera visita al Grupo DMG S.A., efectuado por la Superfinanciera 14 de mayo a 8 de junio de 2007** (F. 164- 189 CD Archivo SBB0601#38432881 v2 Folio 370 C. Principal)

"CONCLUSIONES: La sociedad GRUPO DMG manifiesta tener como actividad principal la comercialización de bienes y servicios a través de la venta de tarjetas prepago. Sin embargo, cabe anotar que del análisis contable de las cifras que demuestra que la comercialización de bienes es mínima, frente al ingreso acumulado por las ventas de tarjetas prepago.

Como se evidenció en el movimiento mensual del rubro "ingresos recibidos por anticipado", en el primero de los cuatro meses del año 2006 no se registró la comercialización de bienes o servicios, pero sí ingresaron $2.224.1 millones por

venta de tarjetas prepago, y en los ocho meses siguientes se comercializaron bienes solo "2.121.6 millones frente a un recaudo por venta de tarjetas de $15.603.9 millones, es decir, sólo se comercializó el 13,6% de los recaudos, lo que muestra que la comercialización no es la principal actividad comercial de esta sociedad.

De la evaluación de la muestra de tarjetas prepago con mayores saldos acumulados se concluyó que el 47% de los clientes no utilizaron dicha tarjeta para la adquisición de bienes o servicios, y del 53% restante solo se comercializó el 13% de lo recaudado.

De otra parte se evidenció, de acuerdo con lo expresado en el video institucional de "atención al cliente" entregado a la Comisión de Visita y de las inspecciones realizadas a los puntos de venta, que la sociedad devuelve el dinero en efectivo, situación que va en contravía de la naturaleza de la tarjeta prepago, la cual es la adquisición de bienes o servicios por parte de quien la compra. De esta manera la sociedad está atrayendo clientes que siguen entregando los dineros sin adquirir en su mayoría bienes o servicios.

Por las razones anteriormente expuestas se concluye, en principio, que los ingresos que recibe la sociedad por concepto de ventas de tarjetas prepago no corresponden a la naturaleza de dicho producto, del que es requisito indispensable la adquisición de bienes o servicios. Es decir, que a través de este mecanismo probablemente la entidad estaría recaudando dineros del público de manera masiva y habitual sin la respectiva autorización legal.

Situación que concuerda con lo hallado en algunos documentos en los que se observan expresiones tales como: inversiones inteligentes con rendimientos del 5% y un documento de un cliente solicitando la devolución de una inversión e intereses, así como copias de las tarjetas que dicen capital e intereses.

En consecuencia se concluye que la sociedad GRUPO DMG SA, podría estar realizando captación masiva y habitual de dineros del público en los términos señalados en el Decreto 1981 de 1988, teniendo en cuenta que registra obligaciones con 8.814 clientes al cierre de diciembre de 2006 y 12641 a marzo 31 de 2007, es decir, supera los 20 clientes o 50 contratos señalados en el Decreto en mención.

Así mismo el patrimonio de la sociedad DMG SA al cierre de diciembre de 2006 asciende a $89.3 millones frente al pasivo "ingresos recibidos por anticipado" por concepto de tarjetas prepago registra $13.482.3 millones, sobrepasando ampliamente el 50% del patrimonio líquido de la sociedad que es de $44.6 millones. Es decir que el pasivo supera el 15.097.8% del patrimonio líquido de la sociedad en mención. "

- **Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007**, por medio de la cual el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera adopta medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG SA (F. 620-641 CD Archivo SBB0601#38432881 v2 Folio 370 C. Principal) acopiando toda la información recolectada en los requerimientos, en las tres visitas, las inspecciones oculares y las declaraciones de los representantes legales y trabajadores de DMG y demás empresas creadas por ésta, en cuya parte resolutiva ordenó la suspensión inmediata de las operaciones de recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG, la orden de devolver los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de tarjetas prepago DMG, presentar un plan de devolución de dineros, el desmonte de la operación, la publicación en diarios nacionales y regionales de amplia circulación, la inscripción de la Resolución en la Cámara de Comercio de Bogotá y demás cámaras y la notificación al representante legal de GRUPO DMG SA, notificada al día siguiente del Representante Legal (folio 642 CD Archivo SBB0601#38432881 v2 Folio 370 C. Principal)

- **Resolución 1806 del 8 de octubre de 2007**(F. 4402-4435 CD Archivo SBB0601#38432881 v2 Folio 370 C. Principal), por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Grupo DMG contra la Resolución 1634 de 2007, confirmándola en todas sus partes, ordenando notificar y publicarla en un aviso en un diario de amplia circulación nacional

y regional, en el Boletín del Ministerio de Hacienda, en la Ofician de Instrumentos Públicos, Cámara de Comercio de Bogotá y demás donde adelante operaciones y compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, el Gobierno Nacional, adoptó medidas de excepción mediante la declaratoria del estado de emergencia social a través del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, decreto que fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-135 de 2009, la cual dentro de sus consideraciones señaló:

"...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.

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

Así mismo, dentro del Informe enviado por el Presidente de la República al Congreso de la República, sobre la declaratoria del Estado de Emergencia Social, declarado en todo el territorio nacional, señaló:

"1.2. Creación de figuras jurídicas para esconder la naturaleza del recaudo o captación no autorizada.

Con el fin de evadir la prohibición de captación o recaudo masivo de recursos del público, captadores y recaudadores no autorizados diseñaron diversas figuras jurídicas que dieron la apariencia de cumplir con la Ley. Así la captación o recaudo ha sido disfrazada como prestación de servicios, o como venta de tarjetas que permiten compra de productos más la redención de puntos, entre otras; estos mecanismos permitieron el crecimiento de tales negocios, a la par que han dificultado la actuación de las autoridades.

1.3 Ofrecimiento de rendimientos desorbitantes.

El público colombiano ha entregado de forma masiva su dinero a esos captadores o recaudadores bajo la promesa de recibir ganancias exageradas, ente el 50% y el 300% del dinero entregado.

Este ofrecimiento es muy superior a los rendimientos ofrecidos por el sector financiero formal, lo cual se ha constituido en el factor de atracción que ha llevado un importante número de ciudadanos a entregar su dinero a tales porcentajes.

De las anteriores pruebas, se desprende dos cosas a saber:

En principio, para el tiempo en que se desarrolló el tema de las captadoras ilegales en Colombia, se debió entre muchas cosas, a los vacíos legales que se presentaban en el sistema financiero colombiano, lo cual no se puede traducir en una omisión por parte de la Superintendencia encargada, pues como quedó demostrado de las pruebas trascritas, se adelantaron actuaciones en pro de defender a los ciudadanos para que no invirtieran en dichas captadoras, las cuales a través de artimañas supieron evadir todos los controles adelantados que se implementaron para contrarrestar y mitigar lo que estaba sucediendo, actuaciones que no fueron las más contundentes en razón a lo ya mencionado.

El creador de DMG inició una actividad totalmente diferente a la captación masiva de dinero, lo que alejaba la mirada de la Superintendencia Financiera, posteriormente y ante el auge que se venía presentando de estas captadoras, se emprende una inspección al GRUPO DMG SA, por parte de la Superintendencia Financiera, con el objetivo de verificar las actividades y la adopción de las medidas cautelares, tal como lo imponía nuestro sistema jurídico, funciones que fueron descritas en acápites anteriores, aunado a un sin número de avisos y noticias circuladas en medios de prensa, televisivos e inclusos radiales, en donde pusieron de presente a todo los colombianos desde el año 2006 que el Grupo DMG no contaba con la autorización legal para captar dinero de manera masiva, sin que ello fuese suficiente, pues como bien lo señaló en su oportunidad el Presidente de la República "*...captadores y recaudadores no autorizados diseñaron diversas figuras jurídicas que dieron la apariencia de cumplir con la Ley. Así la captación o recaudo ha sido disfrazada como prestación de servicios, o como venta de tarjetas que permiten compra de productos más la redención de puntos, entre otras; estos mecanismos permitieron el crecimiento de tales negocios, a la par que han dificultado la actuación de las autoridades...*"

Ahora bien, no se podía pretender que el Estado actuara de manera inmediata, sin la observancia de los principios básicos que orientan una investigación dentro de los procesos de inspección y vigilancia adelantados por el competente, tales como, el derecho al debido proceso, a la defensa, al de la libertad probatoria entre muchos otros, sumado a las tretas impuestas por la misma captadora, que impidieron que los procedimientos administrativos fueran un poco dispendiosos; pues de las visitas que se realizaron, en la ya mencionada inspección, se denota como para los meses de mayo y noviembre de 2006 no se puedo evidenciar la captación ilegal que se venía desplegando, por cuanto el GRUPO DMG no aportó la información correspondiente y que le fue solicitada por la Superintendencia Financiera.

Lo anterior, da cuenta que por parte de este ente demandado – Superintendencia Financiera – actuó conforme a la ley, la cual también fue oportuna y diligente, por lo que no se puede endilgar responsabilidad administrativa, por acatar la normatividad, aun cuando la misma investigada se servía de artimañas para impedir el adecuado actuar de la precitada Entidad, como lo fue el cambiar el nombre y razón social, pues paso de GRUPO DMG S.A., a DMG GRUPO HOLDING S.A., esto con el firme objetivo de suplantar las actividades del primero y de esta manera aparentar el cumplimiento a las medias cautelares impuestas, no obstante, ello no evitó que la Superfinanciera al término de la Investigación impusiera las sanciones correspondientes.

Sobre el particular, se recalca lo manifestado por el Alto Tribunal Constitucional, en lo que nos concierne:

> *En efecto, a pesar de la campaña emprendida por la Superintendencia Financiera para alertar a la población, mediante la publicación de avisos en distintos periódicos de circulación nacional y local, un número cada vez mayor de ciudadanos, atraídos por los beneficios ofrecidos decidieron participar de las operaciones de captación no autorizada. Tales hechos pueden ser calificados de anormales y excepcionales por dos razones, porque los inversores a pesar que sabían el riesgo que corría su patrimonio aún así seguían invirtiendo, es decir, **que según términos económicos demostraron una peligrosa propensión al riesgo, anormal desde la perspectiva de la racionalidad económica** y, por otra parte, porque su número crecía de manera casi exponencial, precisamente un requisito para obtener los beneficios ofrecidos era referir a nuevos inversionistas a los captadores no autoriza.* (En negrilla del Despacho).

A pesar de las actuaciones descritas y sin que se tuvieran éxito, el gobierno en cabeza del Presidente de la Republica y sus Ministros, declaró el estado de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2009, para tratar de salvar la crisis ocasionada por las pirámides en el territorio nacional, es decir, se acudió a los mecanismos excepcionales que consagra la Carta Política, actuando en derecho y en forma oportuna frente a la actividad ejercida por DMG, por lo que no les asiste responsabilidad por omisión en las funciones que les competían dado que la Superintendencia en las labores iniciales de supervisión e inspección, dio trámite de acuerdo a las quejas de los ciudadanos y autoridades públicas, adoptando medidas cautelares e impidiendo que la actividad continuara ejerciéndose.

De igual manera, esta situación también dejo entrever un desinterés por parte de los Actores, pues no eran normales las utilidades que brindaba el GRUPO DMG, revelándose así probatoriamente que obraron con anuencia y aceptación del peligro que implicaba este tipo de transacción ante los voluminosos y prontos rendimientos que se le prometieron y que no era habitual desde un punto de vista económico.

Pues bien, de conformidad con lo anterior, el Estado no está obligado a lo imposible, es decir, de lo expuesto, se denota que la actitud diligente con que actuaron las demandadas, si bien existía una deficiencia en la normatividad, la misma no pude endilgarse a las Entidades, sobre el particular el Consejo de Estado, ha señalado:

> *"...a pesar de que es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, **no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros**, porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible". Aunque, se destaca que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían..."*[24] (lo subrayado del Despacho).

Quedo también demostrado que se imposibilitó el actuar normal por parte del Estado, debido al actuar engañoso del GRUPO DMG, lo que constituye que se declare probada el eximente de responsabilidad de *hecho de un tercero*, como causal eximente de responsabilidad, que son suficientes en forma conjunta o incluso bajo un análisis individual en el juicio que se sigue, para despachar en forma desfavorable las pretensiones de la demanda.

Finalmente, vale la pena resaltar que conforme a lo impuesto en el artículo 84 de la Constitución Política, el Estado únicamente cuenta con la capacidad regulatoria y sancionatoria respecto de las

[24] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011), Radicado Interno (20368).

actividades económicas y comerciales que los particulares practiquen, pero ello no es extrapolable al punto de que pueda intervenir impidiendo o delimitando la voluntad particular en las actuaciones y negocios jurídicos de orden privado que celebren los ciudadanos, tal como deviene de la libre voluntad negocial de los particulares, consagrada en el Código Civil y en el Código de Comercio.

VI. CONDENA EN COSTAS.

Finalmente, considerando que la condena en costa, solo es viable en la medida que se observe una conducta inadecuada en el ejercicio de su derecho de acceder a la administración de justicia o abuso del mismo, como cuando se establece que dentro de la actuación procesal se ha obrado en forma dilatoria o de mala fe, y observando que dentro de esta acción no hubo comportamiento en tal sentido, no será condenada la parte vencida a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho. Esta evaluación se realiza con fundamento a lo ordenado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IX. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia - Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las excepciones planteadas por las Entidades demandadas, por las razones acá expuestas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia

TERCERO: ORDENAR la devolución del remanente del depósito efectuado para gastos del proceso, si lo hubiere.

CUARTO: En firme esta decisión, ARCHÍVESE el proceso, previa desanotación de los libros radicadores. Sin condena en costas en esta instancia, ni agencias en Derecho.

Consejo Superior de la Judicatura

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ
ESCRITURAL

Florencia, treinta (30) de junio de 2017.

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	18001-33-31-002-2011-00085-00
DEMANDANTE:	YVINCER HURTADO CUÉLLAR Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN – SUPERFINANCIERA Y OTROS
SENTENCIA Nº:	75-06-456-17.

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. DE LA DEMANDA.[1]

- LAS PRETENSIONES.

Los señores YVINCER HURTADO CUELLAR, PILAR MORA SÁNCHEZ, EDISON GUTIÉRREZ TELLES, OCTAVIO ORNEL TOBON ENDO, CLÍMACO MUÑOZ PARRA, RÓMULO SALAZAR MEDINA, MARÍA NARCID MARIN DE LARA, CARMEN VARGAS SOLANO, HAROLD GONZÁLES LEGARDA, JAIME BERRIO CÁRDENAS, FERLEY PADILLA IMBUS, BREEMI QUINTERO REY, ADOLFO VIUCHE TAPIERO, ALDINIEVES NIEVES CAICEDO, RAFAEL TRUJILLO CABRERA, JAIRO ERNESTO CUBIDES ORJUELA, RUBÉN MORALES MINDA, MIRYAN OLIVIA LOZANO BUSTOS, TERESA CAMACHO DUARTE, LUZ ALBENIS CAPERA ZAPATA, FABIO ESCOBAR RUBIO, MARÍA RUTH IMBUS ZUÑIGA, OMAR PADILLA DÍAZ, HERNANDO ZARTHA MONRROY, ESTELLA HURTADO CUELLAR, WILLIAN RIVERA HERNÁNDEZ, LUZ MARY BARRETO MORA, DIANA MARCELA OVIEDO HURTADO, FÉLIX MARÍA TRILLERAS ROJAS, EXINOVER ARDILA GORDILLO, JAIRO SALINAS PASCUAS, JOSÉ HEBERTO ZARTA MONROY, ISIDRO SALINAS PASCUAS, MARICEL GÓMEZ RUIZ, MARÍA LYNETH HERRERA VALDERRAMA, MARCOS ANTONIO MORALES LÓPEZ, MIRYAN GORDILLO GUZMÁN, JUDITH CASTILLO FLORIANO, JOSÉ ROBINSON LOSADA CALDERÓN, MARÍA FERNANDA ZAMBRANO, HENRY GUSTAVO LOSADA CALDERÓN, LUZ NELLY ÁLVAREZ SUÁREZ, SANDRA MILENA SÁNCHEZ CHACON, ELIZABETH BASTOS CABALLERO, SAMIR ANDRÉS MUÑOZ CAVIEDES, VÍCTOR MANUEL DELGADO IMBACUAN, MARÍA TERESA IMBACUAN PALACIOS, JOAQUÍN ANTURI GÓMEZ, YOHAN FERNANDO SALAZAR BAENA, JOSÉ MALAQUIAS VIEDA SALAZAR, LUISA FERNANDA GONZÁLES ACUÑA, RUTH FABIELLA ACUÑA VENCELIDAD , CRISTINA GONZÁLEZ ACUÑA, ROSALBA CHACON DE SÁNCHEZ, GERARDO SCHNEIDER CÓRDOBA GÓMEZ, LILIAN ROCÍO GALLEGO HEREDIA, HERNY MENDOZA TRUJILLO, DORA INÉS CAMPOS ORTIZ, YOICESMID SÁNCHEZ CHACON, CARLOS EDUARDO CAMPOS ORTIZ, FERNANDO ANTURI MUÑOZ, GENTIL CERQUERA MONJE, JOSÉ ANTONIO CÉSPEDES MILLÁN, JUDITH ORTIZ ESCOBAR, GERNEY MURCIA HURTADO, SEBASTIAN GONZALO MONTENEGRO AVEDAÑO, DIANA MERCEDES ALDANA CASTRO, STIVENS PADILLA IMBUS, LUZ CARIME GONZALEZ LEGARDA JOSÉ

[1] Folios 281-299.

IGNACIO GUEVARA ROJAS, BOLÍVAR LÓPEZ CARVAJAL, JOSÉ EDGAR BEJARANO PÉREZ, LUIS EDUARDO HERNANDO ORTIZ PALADINES, DINA MERCEDES ALDANA CASTRO, SEBASTIAN GONZÁLES MONTENEGRO AVEDAÑO solicitan que se declare responsable administrativa y extracontractual responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, SUPERINTEDENCIA DE SOCIEDADES, POLICÍA NACIONAL, DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ, MUNICIPIO DE FLORENCIA CAQUETA, y COMERCIALIZADORA D.M.G., por la omisión en que incurrieron de permitir que la empresa DMG GRUPO HOLDING SA captara dineros del público sin las exigencias y permisos requeridos para este tipo de operaciones, y a la captadora DMG por haber captado dineros del público sin las autorizaciones correspondientes.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a pagar a favor de los demandantes los perjuicios, morales, materiales y a la vida de relación solicitados.

- HECHOS.

Manifiesta que para el año 2005 DAVID MURCIA GUZMÁN creó la empresa COMERCIALIZADORA DMG. S.A., la cual contaba con varias sucursales en el país que fueron dando el crecimiento a la misma, sin que el Estado hubiese intervenido oportunamente las actividades que desarrollaba, fue así como en el municipio de Florencia, Caquetá se abrió una sede, en donde empezó a captar ilegalmente el dinero de los caqueteños, contando con el respectivo permiso de la Alcaldía municipal, toda vez, que para funcionar se debe contar con autorización administrativa local.

Señala que atendiendo la oferta de rentabilidad presentada por la Comercializadora, la comunidad caqueteña empezó hacer sus transacciones en la misma, logrando de esta manera un auge financiero aumentado los aportes aún más, reitera que ninguna de las autoridades demandadas ejerció el control que le imponía la normatividad nacional e internacional, frente a actividades de captación de dinero o ahorro.

Esgrime que una vez se tuvo conocimiento de la irregularidad presentada en otra captadora de la misma naturaleza conocida con D.R.F.E., y ante el caos económico que ello causó, el gobierno nacional decidió intervenir a la COMERCIALIZADORA DMG, decisión tomada demasiado tarde, quedando los actores sin poder recuperar lo invertido. En ese momento el Gobierno por intermedio de la Superintendencia Financiera, considero que las transacciones realizadas por ésta comercializadora iban en contravía de la ley, por lo que profiere una serie de normas tendientes a realizar la confiscación de bienes y de dineros que hieren en cada una de las sedes sin que hubiese claridad sobre los montos del dinero que se alcanzó a incautar como de los muebles.

Determina que fue tanta la desorganización, la falta de inspección, vigilancia y control de la autoridades demandadas en especial de la Superintendencia Financiera, que ni siquiera aparece relacionada la sede de Florencia, ni otras que acá operaban, demostrando la total ineficiencia y la permisibilidad del gobierno.

- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DE DERECHO.

De manera genérica, señala que las autoridades demandadas no dieron cumplimiento ni al preámbulo de la Constitución Política, por cuanto se exige de las Entidades Públicas garanticen

un orden político, económico y social justo y estas autoridades con el actuar omisivo, tardío y errado no dieron cumplimiento a dicho orden justo.

Manifiesta que la responsabilidad estatal, se presenta cuando existe acción y omisión, por lo que en el presente caso, se debe analizarse la omisión por parte de las entidades demandadas, lo que está plenamente demostrado dentro del plenario, por lo que era enteramente conocido por las Entidades que la COMERCIALIZADORA DMG, era una pirámide que le prometía los ciudadanos jugosos rendimientos económicos difíciles de cumplir.

Señala que se intentara por parte de las demandadas alegar una culpa exclusiva de la víctima, con el argumento de que el Estado no obligó a los actores a que depositaran su dinero en la empresa DMG, pero el Consejo de Estado ha sido claro, que cuando se presenta de parte del Estado también una omisión, en dichos caso se presenta una concurrencia de culpas que no permite la exculpación, el cual debe ser indemnizado puesto que dicha falla u omisión el administrado no está en el deber jurídico de soportarlo.

Determina que en concreto se quebrantaron las siguientes nomas:

- Constitución Política de Colombia: Preámbulo, Artículos 1, 2, 6, 13, 89, 90, 150, 335.
- Código Nacional de Policía: Artículos 14, 15, 16, 17 y 18.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- MUNICIPIO DE FLORENCIA (Folio 438-443 C. Ppal. 1).

Luego de referirse a los hechos de la demanda y oponerse a las pretensiones, planteó las excepciones de *indebida legitimación en la causa por pasiva y la innominada.*

Señala que en el caso en que se impute responsabilidad al municipio de Florencia, se infirme tal imputación teniendo en consideración la causal exonerativa de responsabilidad de culpa de un tercero, esto es a la Comercializadora DMG, quien fue la empresa directamente responsable del delito de captación ilegal de dineros y la primera llamada a resarcir los daños a los ciudadanos que resultaron estafado o deteriorados en su patrimonio.

Que si bien, la responsabilidad que se quiere atribuir a la Entidad que se representa es por la no protección a los ciudadanos ante la eventual estafa y la protección del comercio, lo cual no se puede imputar, como quiera que se actuó de manera inmediata, se impartieron las órdenes presidenciales y de las correspondientes superintendencias.

Determina que en caso de que se llegue a presentar algún tipo de obligación a las entidades demandadas, ésta debe recaer en los Organismos Nacionales y en la Superintendencia Financiera de Sociedades y la Fiscalía General de la Nación, por cuanto son las encargadas de la protección ciudadana y del control de las empresas y sociedades que funcionan dentro del país, aunado a que el daño que se solicita no ocurrió únicamente en el municipio de Florencia, sino que fue un perjuicio Nacional.

- GRUPO DMG HOLDING EN LIQUIDACIÓN (f. 466-477 C. Ppal. 2)

Sobre las pretensiones manifiesta que no están llamadas a prosperar, toda vez que no resulta

posible aprobar la existencia de un daño antijurídico y efectivo causado a los particulares por parte de la sociedad accionada. Manifiesta que el GRUPO DMG HOLDING fue intervenido por el Gobierno Nacional, y que nunca tuvo autorización del Estado para captar dineros del público, no autorizados generando abuso del derecho y fraude de la ley, agregando que como liquidadora de esa empresa únicamente actúa en cumplimiento de un deber legal, por lo tanto no tiene ninguna injerencia en el presente proceso y debe ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sostiene que no hay un daño resarcible porque la naturaleza de los negocios celebrados entre quienes entregaron el dinero y DMG HOLDING SA fue de carácter privado, asumiendo el altísimo riesgo financiero con la ganancia o pérdida de su dinero entregado, el cual es aleatoria y es responsabilidad exclusiva del particular que entrega el dinero, en ejercicio de su libertad, consintiendo la operación y asumiendo las contingencias del contrato aleatorio, configurándose la culpa exclusiva de la víctima.

Así mismo asegura que los demandantes presentaron sus peticiones judiciales antes de tiempo, debiendo haber esperado a que se finalizara el proceso de liquidación para conocer realmente cuáles dineros les fueron devueltos, y cuáles definitivamente aminoraron su patrimonio, sustentando sus pretensiones en un perjuicio hipotético e incierto, el cual no es indemnizable, por lo que en el caso bajo estudio se trata de un daño no consolidado.

Asegura que las medidas de intervención fueron acertadas mediante la declaratoria del estado de emergencia social, la toma de posesión de bienes y haberes y la distribución de lo recaudado entre las personas que se hicieron parte del proceso de liquidación.

Formula las excepciones de fondo de cumplimiento de un deber legal por parte de la liquidadora, falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la acción, inexistencia de responsabilidad del Estado, culpa exclusiva de la víctima y petición antes de tiempo.

- NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL (Folio 495-505 C. Ppal. 2).

Fundamenta la defensa de la entidad en la culpa exclusiva de la víctima, aduciendo que los demandantes tenía conocimiento por medios de comunicación de los anuncios a la ciudadanía de abstenerse de invertir en las captadoras, aún así al Policía Nacional realizó cierres de varios establecimientos y los actores, pese a las advertencias decidieron entregar sus dineros a la captadora ilegal DMG.

Señala la actitud caprichosa de quienes realizaron préstamos bancarios, vendieron sus bienes e inmuebles, entregaron sus ahorros y capital por la ambición de un dinero fácil, pese a las insistentes advertencias de abstenerse de invertir.

Considera que las competencias de la Policía Nacional, no guardan relación con la Litis, al no ser su deber ejercer vigilancia y control al sistema financiero colombiano, y existir otras entidades que fueron creadas para ese fin, por ende solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad que representa y la ocurrencia del hecho de un tercero.

- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (f. 525-578 C. Ppal 2)

Indica que si al interior del establecimiento de comercio denominado DMG se realizó la actividad

masiva y habitual de recursos del público, dicha situación se realizó en forma oculta y al margen de cualquier control legal, con el concurso de los mismos actores quienes a pesar de conocer el riesgo que asumían al entregar sus dineros a un particular no habilitado ni autorizado para este tipo de operación financiera, obviaron cualquier medida de precaución y cuidado, incentivados por el lucro exorbitante que como contraprestación se les ofreció a por quien a la postre les timó.

Señala que DMG HOLDING o su propietario no estaban autorizados para captar masivamente recursos del público, porque nunca estuvieron sujetos a supervisión y control de la Superintendencia Financiera, de allí la razón para que una vez detectada la irregular actividad, se iniciaran las medidas administrativas correctivas, reflejando que la superintendencia cumplió con las funciones que le competen con relación a la captación irregular de dineros.

Agrega que según el certificado de cámara de comercio, se registró como una de sus actividades económicas la de tomar o dar dinero en préstamo con o sin intereses, de tal suerte que su actividad escapaba de la competencia de la Superintendencia, circunscrita a supervisar, vigilar y controlar las instituciones financieras que captan en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término.

Considera que no se puede predicar que los demandantes depositaron su confianza en DMG como consecuencia de la omisión de los deberes propios de la Superfinanciera, dado que no se encuentra demostrado semejante afirmación, y esa mal llamada confianza fue propiciada por ellos mismos cuando sin precaución alguna y cegados por la codicia de prontos y jugosos rendimientos no repararon en la irregular operación de dicho establecimiento.

Hace énfasis en que los actores optaron en forma libre y consciente por entregar sus dineros a particulares no autorizados a pesar de la existencia en el sector financiero de entidades de amplia trayectoria y reconocimiento nacional que ofrecen confianza y tranquilidad, ni se puede predicar que las autoridades no asumieron las medidas procedentes, ante un fenómeno que se expandió por los propios ciudadanos, quienes no prestaron colaboración ni denunciaron los hechos, menos aún aportaron las pruebas suficientes para que la entidad actuara, acudiendo cuando ya se había consumado el daño.

Resalta que el Estado efectuó innumerables medidas en torno a la captación ilegal de dineros, interviniendo a las personas y entidades dedicadas a dicha actividad, castigando con mayor severidad los delitos cometidos y facilitando el crédito a la población menos favorecida.

Recalca que de conformidad con los artículos 8 y 11 del Decreto 4327 de 2005, las personas particulares propietarias de establecimiento de comercio no son vigiladas por la Superintendencia Financiera porque no hacen parte de la estructura del sistema financiero colombiano.

Ilustra acerca de la existencia de dos sociedades totalmente diferentes, de una parte el GRUPO DMG SA y de otra DMG GRUPO HOLDING S.A, que son dos captadoras distintas, la primera constituida como sociedad el 8 de abril de 2005 ante la Notaría 35 de Bogotá y la segunda en la Notaría 63 de Bogotá, y que las medidas adoptadas por la Superintendencia Financiera mediante Resolución No. 1643 del 12 de septiembre de 2007 (confirmada por Resolución No. 1806 del 8 de octubre de 2007) fueron respecto del GRUPO DMG SA, es decir la primera sociedad constituida.

Informa que frente DMG GRUPO HOLDING SA, las medidas de intervención fueron ordenadas en el Decreto 4334 de 2008, y ejecutadas por la Superintendencia de Sociedades mediante un

proceso de liquidación.

Considera que la Superintendencia Financiera cumplió con la emisión de la Resolución No. 1643 del 12 de septiembre de 2007, mediante una oportuna y diligente intervención en la actividad no autorizada e irregular que realizaba el GRUPO DMG SA, que luego fue copiada por DMG GRUPO HOLDING S.A

Advierte que las dos entidades, mimetizaron su operación de captación de recursos del público sin autorización legal a través de un sistema sofisticado de tarjetas prepago, y que además se buscó burlar la suspensión de las actividades del GRUPO DMG SA, creando en idénticas condiciones DMG GRUPO HOLDING SA para continuar ejerciendo la actividad ilegal hasta cuando fueron impuestas órdenes en su contra en el Decreto 4334 de 2008.

Sostiene que el fenómeno de las pirámides fue propiciado por los novedosos, sistematizados y sofisticados métodos que acudieron los avivatos, y que condujo a la declaratoria de emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008.

Se permite realizar el marco normativo de las funciones que cumple el Presidente de la República a través de la Superintendencia Financiera de Colombia frente a la inspección, control y vigilancia de la captación de dinero, la cual nace con una autorización previa estatal como lo ordena el artículo 335 Constitucional, y lo desarrolla el Decreto 4327 de 2005, dirigido a todas las personas que realizan actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados del público.

Añade que las instituciones financieras vigiladas por la Superfinanciera se obligan a someterse a un riguroso proceso de autorización previo y al cumplimiento permanente de exigencias contables y financieras, requerimientos de orden patrimonial, liquidez, encajes, entre otros, para proteger los ahorros del público y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas.

Necesita igualmente que la entidad se inscriba ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuente con la protección del seguro de depósito, de manera que toda actividad realizada al margen de esta normatividad y exigencias no cuenta con una protección estatal para reducir el riesgo de los usuarios del sistema financiero.

Alude que el Estado no fue negligente en el control de la proliferación de captadoras ilegales, declarando el estado de emergencia social para tomar medidas que contrarrestaran los efectos negativos en un número considerable de ciudadanos que depositaron sus dineros en aquéllos particulares que no tenían la intención real de devolverlo y/o lo hurtaron luego de recibirlo.

Observa que la normatividad existente con anterioridad a la declaratoria de emergencia social, relacionada con la captación ilegal de dineros, conllevaba al inicio de actuaciones de inspección, visitas y recaudación de información, en la mayoría de los casos en forma dispendiosa por no contarse con estados contables organizados debido a la ilegalidad de la actividad, así mismo en garantía al debido proceso se debía permitir el derecho de defensa de la persona natural o jurídica bajo el marco del Decreto 3227 de 1982 modificado por el Decreto 1981 de 1988.

Asevera que las personas encargadas de la captación ilegal realizaron maniobras sofisticadas para dificultar la intervención de las autoridades, utilizando mecanismos para esconder organizaciones criminales y simular sus operaciones tras figuras y contratos aparentemente legales, como la venta de programas o proyectos turísticos, ventas de tarjetas prepagos,

promoción o publicidad de voz a voz individual o personal, contratos de cuentas en participación venta de proyectos inmobiliarios, recepción de dineros en forma de aportes e inversiones, entre otros.

Lo anterior sumado a la sofisticación de tipo legal y tecnológica, esconder la información a las autoridades por parte de las empresas captadoras, inexistencia de libros y material contable, y la apariencia de legalidad mediante la inscripción en el RUT y el pago de impuestos, todo lo cual generó problemas para investigar y llevar adelante las investigaciones, ocasionando que se generara una crisis social que no podían conjurarse con las medidas ordinarias vigentes, conllevando a que el Gobierno Nacional decretara el estado de emergencia social.

Realiza un recuento de las actuaciones que adelantó al SuperFinanciera respecto de la captación no autorizada de dineros del público, en primer lugar las advertencias al público de abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas en publicaciones por medios masivos de comunicación, igualmente la respuesta a consultas y peticiones elevadas por autoridades locales, seccionales o de cualquier orden sobre la captación no autorizada de dineros del público, dando a conocer la normatividad, los procedimientos para la autorización, entre otros.

Alega que no existe nexo de causalidad entre el daño causado a los demandantes y la presunta omisión endilgada a la entidad por cuanto (i) la Superfinanciera no autorizó el funcionamiento de DMG GRUPO HOLDING SA, (ii) aun cuando el marco legal resultaba insuficiente se adelantaron las actuaciones a verificar la existencia de la captación ilegal o no autorizada de recursos del público, a tomar medidas en cada caso y alertar a la comunidad sobre el riesgo de invertir en esas organizaciones, (iii) los inversionistas no tomaron las medidas previas a la entrega de dineros a terceros y (iv) el daño causado fue producto de la actividad de las captadoras no autorizadas.

Como medios exceptivos propuso:

- **falta de competencia de este despacho para conocer de este trámite:** en aplicación a los artículos 3, 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 que regula las acciones de grupo, y que obliga a la inclusión a dichas acciones a todas las personas que se encuentren en idénticas condiciones, existiendo 3 acciones de grupo seguidas por la captación ilegal de dineros de DMG GRUPO HOLDING SA.

- **cosa juzgada constitucional:** frente a los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional sobre el estado de emergencia social, decididos en sentencia C-135 de 2009, por lo que no puede volverse a estudiar su legalidad o constitucionalidad.

- **inexistencia de daño cierto:** al desconocerse con certeza la magnitud y cuantificación del daño, asumiendo un riesgo mediante un contrato conmutativo con efectos aleatorios, además de existir otros mecanismos judiciales como la intervención en concurso de acreedores dentro del proceso penal.

- **culpa exclusiva de la víctima**: por los riesgos asumidos por los inversionistas en una actividad no autorizada, mediante la entrega voluntaria de dineros a un particular sin constatar previamente si se trataba de una entidad autorizada por la Superfinanciera y evitar el riesgo de perder sus dineros, siendo responsabilidad de cada persona verificar la legalidad, idoneidad y solvencia moral de las personas receptoras que no pertenecen al sector financiero.

- **imputación errónea del daño – responsabilidad de un tercero,** argumentando que el daño existió pero que no es imputable a la entidad que representa, teniendo en cuenta que el nexo de causalidad se rompe con la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, en este caso la actuación de la captadora ilegal que propició la pérdida de los dineros de los demandantes.

- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (Folio 579-624 C. Ppal. 2).

Se refiere a cada uno de los hechos de la demanda, resaltando que la entidad no tenía competencia para actuar frente al problema de las captadoras ilegales de dinero, dado que solo ejercía un control subjetivo dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, pero no la de inspección, control y vigilancia de la actividad misma de las empresas, las cuales fueron otorgadas en forma extraordinaria por el Gobierno Nacional a través del Decreto legislativo 4333 y 4334 de 2008, es decir que antes de la expedición de los decretos en mención carecía de facultades para actuar en asuntos como el que nos convoca.

Agrega que los mecanismos ordinarios que tenía el Estado eran insuficientes para hacer frente al fenómeno de la captación no autorizada de dineros del público, además de los medios utilizados por DMG para disfrazar la actividad ilícita y burlar los mecanismos de control, sumado a la falta de diligencia y cuidado de los demandantes en el manejo de sus dineros poniendo en riesgo su patrimonio en forma voluntaria e imprudente.

Sostiene que se realizaron visitas por la Superfinanciera y por la Supersociedades, y a través del Gobierno Nacional se instó a la ciudadanía en general de abstenerse de colocar recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público mediante diferentes medios de comunicación para los años 2006 a 2008, informando con suficiencia los riesgos de la inversión.

Realiza un recuento de las normas que regulan el sector financiero, en especial el Decreto 2920 de 1982, el artículo 335 constitucional y sentencias de la Corte Constitucional, así mismo de las funciones administrativas a cargo de la Superintendencia de Sociedades, referente a la inspección, control y vigilancia de las sociedades comerciales y mercantiles, escapando su competencia a los establecimientos de comercio.

Como no contaba con facultades para investigar, controlar y vigilar a las empresas captadoras de dinero, la Supersociedades recibió facultades extraordinarias del Gobierno Nacional mediante Decreto Legislativo 4334 del 17 de noviembre de 2008 para poder intervenir en la actividad financiera sin autorización legal, poder tomar posesión de bienes, haberes y negocios para restablecer y preservar el orden público.

Acota que las actividades registradas como objeto social de DMG hacían dar una apariencia de legalidad, y que el registro ante Cámara de Comercio es un formalismo pero no implica una autorización para captar dineros del público, para lo cual debieron haberse sometido a un procedimiento a autorización ante la Superintendencia Financiera y la inscripción ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuestión que nunca realizó DMG convirtiéndolo en una actividad ilegal.

A lo largo de su escrito recalca y reitera que el estado de emergencia se debió a que no se contaban con los presupuestos legales y administrativos para conjurar la crisis ocasionada por las

captadoras ilegales del país, toda vez que los recursos y las medidas eran insuficientes.

Luego de hacer extensas y farragosas citas de jurisprudencia y doctrina, considera que las entidades demandadas no son las llamadas a responder por la pérdida del dinero de los demandantes por el riesgo aceptado de entregarlo a una captadora ilegal de dinero, y porque quedó demostrado que se realizaron las actividades administrativas a su alcance para conjurar la crisis social generada por el fenómeno masivo de las pirámides.

Sostiene que existe culpa exclusiva de la víctima ante el conocimiento de la ilegalidad de la actividad desplegada por el DMG sin importarle el riesgo que implicaba la actividad, así mismo el hecho de un tercero fundamentado en que un particular inició una actividad sin haber obtenido autorización estatal.

Asegura que no se violó la confianza legítima de los demandantes, porque no se acompasa a los postulados establecidos por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos.

Planteó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que las funciones ordinarias que le otorgaba la ley, no le permitía realizar inspección, control y vigilancia a las actividades del DMG por no ser una sociedad sino un establecimiento comercial.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Según obra en constancia secretarial del 12 de diciembre de 2016 (folio 1250 C. Principal 3), dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, así lo hizo la Superintendencia Financiera de Colombia, Policía Nacional, El ministerio de Hacienda y Crédito público y la Parte Actora.

- **Superintendencia Financiera de Colombia** (Folio 1166-1190, 1201-1213 C. Ppal. 3).

Reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda y agrega que clausurado el debate probatorio, le es dable concluir que la entidad que representa actuó de manera diligente y oportuna siempre dentro del marco legal vigente para la época de los hechos con mirar a encarar el fenómeno de captación masiva de dineros al público, de allí que resulte inadmisible atribuirle responsabilidad alguna en el ejercicio propio de sus funciones, pues tal como aparece acreditado se desplegó una intensa actividad no sólo para verificar la conducta de las captadoras, sino también para advertir sobre los riesgos que pudieran devenir de entregar dineros a quienes no estuviesen autorizados para captarlos.

Resalta que la parte actora no cumplió con las cargas impuestas en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 del Código Civil, toda vez, que verificado el acervo probatorio obrante en el expediente, deduce que no existe prueba del DAÑO alegado, pues de las documentales aportadas por los accionantes, no es viable concluir ni su existencia, ni la época en que se habría producido, ni su cuantificación, o nexo con los demás hechos narrados por aquella.

Expone que la Superintendencia Financiera de Colombia, no conoció solicitud de autorización por parte del propietario y representante legal de DMG GRUPO HOLDING S.A, y por ende no aprobó su funcionamiento, razón por la que no se encontraba sujeto constitucional y legalmente a la vigilancia e inspección de la entidad, que sin embargo, se intervino la mencionada captadora y se advirtió oportunamente al público en general sobre los riesgos de invertir en las organizaciones dedicadas a ejercer tales actividades; que fue la parte demandante quien omitió las medidas mínimas de precaución previas a la entrega de su dinero en DMG GRUPO

HOLDING S.A, haciendo caso omiso a las advertencias de las autoridades del estado a través de medios masivos de comunicación y, un eventual daño que no fue probado en la Litis.

En consideración a los argumentos expuesto, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

- **Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional** (folio 1191-1200 C. Ppal. 3).

En iguales términos a la contestación de demanda, recalca la inexistencia de responsabilidad, la falta de legitimación en la causa por pasiva, y la culpa exclusiva de la víctima, haciendo hincapié al mandato constitucional otorgado a la Institución, el cual es asegurar la convivencia y seguridad ciudadana.

- **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** (1214-1227, 1234-1240 C. Ppal. 3)

Concluye que el daño presuntamente causado a los demandantes es atribuible al hecho de un tercero, sumadas a la inexistencia de las competencias y responsabilidades atribuibles por ley a la entidad. Manifiesta que a partir del estudio de las pruebas obrantes dentro del plenario, se demuestra la diligencia por parte del Estado en el actuar, todo ello en el marco de las funciones constitucionales y legalmente otorgadas antes y después de la declaratoria del estado de emergencia social.

Señala que no es posible imputarle a la Entidad ningún tipo de daño, como quiera que si se afectó el patrimonio de los demandantes, esto se debió a la celebración de un negocio con la captadora ilegal –sociedad DMG Grupo Holding S.A.-; ahora bien, esgrime que de existir algún tipo de daño antijurídico, este no se puede atribuir al Ministerio de Hacienda máxime cuando los mismos demandantes no señalan cual fue la acción u omisión realizada por ésta entidad, no cumpliéndose de esta manera el elemento del nexo causal, necesario para que exista responsabilidad administrativa.

- **Parte Actora** (folio 1245-1249 C. Ppal. 3).

Reitera lo manifestado en el líbelo de la demanda, esto es, en que la Empresa Comercializadora DMG, captó dinero del público en forma irregular, en locales sin permiso, ni autorización de las autoridades encargadas del control, debido a la omisión de las misma y de la Policía Nacional, que pese a ello, se permitió que actuaran, omisión que está probada dentro del plenario.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a) Competencia.

Agotadas como están las diferentes etapas procesales sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado, se procede a tomar la decisión que ponga fin al presente litigio por ser competente el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia para conocer y fallar el presente proceso, por la naturaleza de la acción, la cuantía y el lugar donde ocurrieron los hechos, según los artículos 134, 134 B y 134 D, literal f del CCA.

b) Problema Jurídico.

¿Son responsables administrativa y extracontractualmente la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, la SUPERINTEDENCIA DE SOCIEDADES, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, el DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ, MUNICIPIO DE FLORENCIA CAQUETA, y la COMERCIALIZADORA D.M.G por la omisión o irregularidad en la ejecución de las funciones de vigilancia, control e inspección por permitir el funcionamiento de la Comercializadora DMG o si por el contrario se configura un eximente de responsabilidad?

Previó a desatar el problema jurídico planteado, es menester resolver las excepciones previas planteadas por las Entidades demandas.

c) Excepciones previas.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva.

El Municipio de Florencia (folio 439), la Superintendencia de Sociedades (folio 610) plantearon la **falta de legitimación en la causa por pasiva**, argumentando que en el ámbito de sus competencias no es quien tiene la función de inspección, control y vigilancia del sector financiero, menos podría responder por la presunta omisión que atañen las pretensiones frente al incumplimiento de deberes de control sobre la actividad de captación no autorizada de dineros del público.

Esta excepción, cuya doble connotación la cataloga como mixta, depende del contexto y las razones esbozadas por el libelista para que sea decidida como previa o de fondo, en consecuencia de acuerdo a lo indicado por el Municipio de Florencia y la Supersociedades, para analizar la legitimación por pasiva deberá abordarse no solo el régimen competencial de las entidad, sino además su responsabilidad o no en las presuntas omisiones que quiere endilgarse a éstas, de manera que su estudio comprende una obligada revisión del cardumen probatorio, y decidir cuestiones que connotan el fondo del asunto, debiendo esperarse al juicio de responsabilidad que prosigue, para poder determinar su prosperidad, de tal suerte que se trata de una excepción de fondo, y se decidirá más adelante en su momento procesal.

- Falta de competencia.

Por su parte la Superintendencia Financiera (folio 560), manifiesta que en aplicación a los artículos 3, 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 que regula las acciones de grupo, y que obliga a la inclusión a dichas acciones a todas las personas que se encuentren en idénticas condiciones, existiendo 3 acciones de grupo seguidas por la captación ilegal de dineros de DMG GRUPO HOLDING S.A., el Despacho carece de competencia.

En lo que a tañe a que por existir unas acciones constitucionales de grupo, no es posible iniciar de forma separada acciones individuales como lo son las acciones de reparación directa para reclamar de forma independiente a los grupos, sobre el particular los artículos 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998, señalan que dicha posibilidad y una vez analizada las disposiciones en mención, encuentran que las mismas no es imperativa sino potestativa, en donde el verbo utilizado es podrá mas no deberá, ahora bien sobre un caso similar, el Consejo de Estado, señaló:

Se precisa que, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y en la Ley 472 de 1998, no existe obstáculo para la presentación de una acción de reparación directa en coexistencia de una acción de grupo, por cuanto, específicamente, según el artículo 88 de la Constitución Política[2] y 55 de la Ley 472 de 1998[3], el grupo de personas que sufren un perjuicio por las acciones u omisiones de los agentes estatales tienen la opción de presentar una acción de grupo, o de formular demanda de reparación directa y buscar su indemnización de manera individual[4].

En consideración a lo expuesto no se comparten los argumentos de las excepciones planteadas, lo que conlleva a que esta judicatura sea competente para conocer y fallar este asunto, procediendo a negarla.

d) **Del Régimen de Responsabilidad.**

En la presente demanda se depreca como indemnización de un presunto daño antijurídico por la omisión de inspección, control y vigilancia de las actividades de captación no autorizada de dineros del público, permitiendo que establecimientos comerciales como DMG defraudaran el patrimonio de muchos ciudadanos que acudieron a invertir bajo la confianza de ser una actividad lícita, regulada y autorizada por las entidades públicas.

En ese orden de ideas, y de conformidad con el problema jurídico, el título de imputación a aplicar es el de la falla del servicio. Así, de la cláusula constitucional de responsabilidad civil extracontractual del Estado decantada en el artículo 90 Superior, se ha extraído que para el reconocimiento de responsabilidad por la aplicación de la falla del servicio, se requiere la concurrencia probada de tres elementos, a saber: 1) el daño antijurídico, 2) la falla o falta del servicio y 3) el nexo o relación de causalidad entre el daño y la falla.

Sobre el particular, el consejo de estado, ha señalado:

En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración[5].

---

[2] "*La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.* ***También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares****. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*" (Negrillas por fuera del texto original).

[3] "*Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas // La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella // Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo*".

[4] Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección b, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), Radicación numero: 11001-33-31-035-2010-00258-01(50326).

[5] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA BOGOTÁ, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015) radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912).

Por lo anterior, y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado la falla en el servicio es la principal fuente de imputación de responsabilidad del Estado y se estructura cuando la Parte Actora prueba los siguientes elementos:

a) una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración."

b) "Que se causó daño" que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, o administrativo, con las características predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable.

c) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.

En virtud de lo anterior, se procederá a analizar si reúne estos elementos de responsabilidad, esto es, el daño, la imputación o falla en el servicio y el nexo de causalidad y de esta manera determinar si se endilga responsabilidad a las entidades demandadas.

- **Daño antijurídico.**

En el presente asunto tenemos que la afectación cierta, real y determinable (características del daño antijurídico) recae sobre un bien jurídico tutelado, esto es la pérdida de un dinero[6] invertido por los demandantes a una empresa que se dedicaba a la captación masiva de dinero, como lo era el establecimiento comercial DMG; ahora bien, la categoría de antijurídico, se traduce en el deber constitucional de las autoridades de la República, para con los intereses privados de las personas residentes en Colombia, el cual se circunscribe a proteger su vida, honra, *bienes*, creencias y demás derechos y libertades[7]. En este orden de ideas, el Estado Social de Derecho garantiza y protege la propiedad privada (bienes).

De las pruebas allegadas en debida forma al proceso tales como certificación DMG Grupo Holding SA en intervención solicitadas dentro del proceso, allegándose por parte del Agente Interventora una certificación del saldo adeudado a las partes, las cuales fueron sometidas a la contradicción de las partes, en relación con éste elemento de la responsabilidad quedó demostrado lo siguiente:

NOMBRE	Capital entregado.	Saldo con descuento de tarjetas.
YVINCER HURTADO CUELLAR	$275.000	$1.225.000[8]
PILAR MORA SÁNCHEZ	$275.000	$4.725.00[9]
RÓMULO SALAZAR MEDINA	No reclamo	$10.000.000[10]

[6] Bien mueble fungible.
[7] **ARTICULO 2 CN.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.
[8] Folio 3 C.1.
[9] Folio 136 C.1.
[10] Folio 146 C.1.

MARÍA NARCID MARIN DE LARA	No reclamo	$7.000.000[11]
HAROLD GONZÁLES LEGARDA	No reclamo	$7.000.000[12]
JAIME BERRIO CÁRDENAS	No reclamo	$13.000.000[13]
FERLEY PADILLA IMBUS	$900.000	$8.100.000[14]
BREEMI QUINTERO REY	No reclamo	$12.000.000[15]
ALDINIEVES NIEVES CAICEDO	$275.000	$1.125.000[16]
RAFAEL TRUJILLO CABRERA	No reclamo	$10.000.000[17]
JAIRO ERNESTO CUBIDES ORJUELA	No reclamo	$18.000.000[18]
ADOLFO VIUCHE TAPIERO	No reclamo	6.000.000[19]
RUBÉN MORALES MINDA	No reclamo	$4.500.000[20]
MIRYAN OLIVIA LOZANO BUSTOS	$80.000	$4.920.000[21]
TERESA CAMACHO DUARTE	No reclamo	$2.000.000[22]
FABIO ESCOBAR RUBIO	$275.000	$8.902.778[23]
MARÍA RUTH IMBUS ZUÑIGA	No reclamo	$16.000.000[24]
OMAR PADILLA DÍAZ	No reclamo	$18.000.000[25]
HERNANDO ZARTHA MONRROY	$275.000	$ 1.725.000[26]
ESTELLA HURTADO CUELLAR	$275.000	$2.725.000[27]
WILLIAN RIVERA HERNÁNDEZ	$275.000	$2.215.000[28]
LUZ MARY BARRETO MORA	$275.000	$5.225.000[29]
DIANA MARCELA OVIEDO HURTADO	$275.000	$6.725.000[30]
MARICEL GÓMEZ RUIZ	No reclamo	$1.500.000
ELIZABETH BASTOS CABALLERO	No reclamo	$40.000.000[31]
SAMIR ANDRÉS MUÑOZ CAVIEDES	$275.000	$14.725.000[32]
JOAQUÍN ANTURI GÓMEZ	No reclamo	$7.000.000[33]
YOHAN FERNANDO SALAZAR BAENA	$275.000	$5.725.000[34]
JOSÉ MALAQUIAS VIEDA SALAZAR	$275.000	$6.725.000
LUISA FERNANDA GONZÁLES ACUÑA	$275.000	$725.000[35]
RUTH FABIELLA ACUÑA VENCELIDAD	$275.000	$1.725.000[36]
CRISTINA GONZÁLEZ ACUÑA	$275.000	$725.000[37]
GERARDO SCHNEIDER CÓRDOBA GÓMEZ	No reclamo	$5.000.000[38]
LILIAN ROCÍO GALLEGO HEREDIA	No reclamo	$16.000.000[39]
HERNY MENDOZA TRUJILLO	$51.750.000	$-11.750.000[40]

[11] Folio 108 C.1.
[12] Folio 89 C.1.
[13] Folio 72 C.1.
[14] Folio 65 C.1.
[15] Folio 32 C.1.
[16] Folio 22 C.1.
[17] Folio 143 C.1.
[18] Folio 76 C.1.
[19] Folio 24 C.1.
[20] Folio 150 C.1.
[21] Folio 125 C.1.
[22] Folio 154 C.1.
[23] Folio 58 C.1.
[24] Folio 112 C.1.
[25] Folio 129 C.1.
[26] Folio 92 C.1.
[27] Folio 46 C.1.
[28] Folio 158 C.1.
[29] Folio 100 C.1.
[30] Folio 42 C.1.
[31] Folio 172 C.1.
[32] Folio 225 C.1.
[33] Folio 209 C.1.
[34] Folio 248 C.1.
[35] Folio 218 C.1.
[36] Folio 232 C.1.
[37] Folio 165 C.1.
[38] Folio 186 C.1.
[39] Folio 214 C.1.
[40] Folio 193 C.1.

Consejo Superior de la Judicatura

FERNANDO ANTURI MUÑOZ	$275.000	$8.725.000[41]
GENTIL CERQUERA MONJE	No reclamo	$15.000.000[42]
JUDITH ORTIZ ESCOBAR	$275.000	$4.675.000[43]
STIVENS PADILLA IMBUS	$598.000	$11.402.000
JOSÉ EDGAR BEJARANO PÉREZ	$275.000	$4.641.667[44]
LUIS HERNANDO ORTIZ PALADINES	No reclamo	$2.200.000[45]

De lo anterior resulta claro que a los actores se les afecto su derecho al patrimonio, que como se manifestó es de protección constitucional, quedando de esta manera acreditado el primer elemento de la responsabilidad extracontractual, ahora bien, para el despacho el presente daño es cierto, no como lo establece la Superintendencia Financiera, la cual propuso como excepción de fondo la inexistencia de daño cierto, puesto que se desconoce la magnitud y cuantificación el daño, pues bien, una cosa es que el daño sea cierto y futuro o genérico, en donde este último no es indemnizable.

No obstante, para los señores EDISON GUTIÉRREZ TELLES, JAIRO SALINAS PASCUAS, OCTAVIO ORNEL TOBON ENDO, CLÍMACO MUÑOZ PARRA, EXINOVER ARDILA GORDILLO, LUZ ALBENIS CAPERA ZAPATA, CARMEN VARGAS SOLANO, FÉLIX MARÍA TRILLERAS ROJAS, MARÍA LYNETH HERRERA VALDERRAMA, ISIDRO SALINAS PASCUAS, JOSÉ HEBERTO ZARTA MONROY, MIRYAN GORDILLO GUZMÁN, MARCOS ANTONIO MORALES LÓPEZ, JUDITH CASTILLO FLORIANO, HENRY GUSTAVO LOSADA CALDERÓN, MARÍA FERNANDA ZAMBRANO, JOSÉ ROBINSON LOSADA CALDERÓN, LUZ NELLY ÁLVAREZ SUÁREZ, SANDRA MILENA SÁNCHEZ CHACON, MARÍA TERESA IMBACUAN PALACIOS, VÍCTOR MANUEL DELGADO IMBACUAN, ROSALBA CHACON DE SÁNCHEZ, YOICESMID SÁNCHEZ CHACON, DORA INÉS CAMPOS ORTIZ, CARLOS EDUARDO CAMPOS ORTIZ, JOSÉ ANTONIO CÉSPEDES MILLÁN, GERNEY MURCIA HURTADO, SEBASTIAN GONZALO MONTENEGRO AVEDAÑO, DIANA MERCEDES ALDANA CASTRO, LUZ CARIME GONZALEZ LEGARDA, JOSÉ IGNACIO GUEVARA ROJAS y BOLÍVAR LÓPEZ CARVAJAL, no obra prueba que permita inferir el daño alegado por lo que para ellos al no estar demostrado el primer elemento de la responsabilidad, resulta inocuo el análisis de los demás elementos de Responsabilidad Estatal, pues de ellos sólo se allega copia simple de unas tarjetas si numero ni nombre, y sin que se señale el monto de dinero que entrego a la comercializadora, y como se advierte, a quien pertenece.

Pues bien, en la actualidad no se conoce con precisión y en caso de que prosperen las pretensiones el monto de lo adeudado a los actores, pero ello no quiere decir que el daño no sea cierto, pues se recuerda a las partes que en la actualidad, la Comercializadora DMG Holding se encuentra en proceso de liquidación, quedando a la espera de la liquidación final, al respecto, es indispensable traer a colación lo manifestado por el Tratadista Juan Carlos Henao, que sobre el particular, ha señalado; "*...debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél "es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará"...*"[46], se itera nos encontramos ante un daño cierto y futuro, por lo que se desestima la excepción propuesta por la demandada.

---

41 Folio 176 C.1.
42 Folio 181 C.1.
43 Folio 205 C.1.
44 Folio 252 C.1.
45 Folio 262 C.1.
46 HENAO. Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Pág. 131. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. Bogotá D.C. 2007.

Ahora, como el daño es un elemento indispensable para la existencia de responsabilidad, pero no suficiente para que se declare, se pasara a estudiar los otros elementos con el objetivo de determinar si se puede o no endilgar a las Demandadas.

- **De la imputación y el nexo de causalidad.**

La Parte actora endilga el daño antijurídico analizado, por la omisión en los deberes de supervisión en las actividades de captación masiva de dineros del público sin autorización, resulta preciso inicialmente indicar cuál era la normatividad que regía esta obligación a cargo del Estado.

La Carta Política de 1991, en su artículo 335, estableció que las actividades financiera, bursátil y cualesquiera otra relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público, que únicamente podrán ser ejercidas previa autorización del Estado, de conformidad con lo que disponga la ley que, a su vez, se ocupe de regular la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promover la democratización del crédito[47].

A su turno, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto 663 de 1993- dispuso que el sistema financiero y asegurador estaba conformado de la siguiente manera: i) **establecimientos de crédito; ii)** sociedades de servicios financieros; **iii)** sociedades de capitalización; **iv)** entidades aseguradoras; **v)** intermediarios de seguros y reaseguros.

Los establecimientos de crédito, a su vez, están conformados por varias clases de instituciones financieras como son los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda, las compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras.

Por su parte, el artículo 53 del citado Estatuto Orgánico dispuso que las normas de intervención y regulación que adopte el Gobierno Nacional, deberán tener en cuenta la naturaleza especial de las entidades citadas anteriormente.

Así pues, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero estableció, a cargo de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– importantes funciones y/o facultades[48], entre las cuales se destacan las siguientes:

a. *Funciones de control y vigilancia:*

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

[47] En términos similares a los expuestos en la presente providencia, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de junio de 2012, Expediente: 21.249, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[48] Artículo 326 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF–.

- Dictar las normas generales que deben observar las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

b. *Facultades de supervisión:*

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

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

c. *Facultades de prevención y sanción:*

- Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan, de inmediato, las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura;

- Imponer una o varias de las medidas cautelares o sanciones previstas en el aludido Estatuto a las personas naturales y jurídicas que efectúen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización.

- **Adoptar, cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualesquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:**

"- Establecer una vigilancia especial, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.

- Coordinar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras las acciones pertinentes, de acuerdo con las disposiciones que regulen su funcionamiento.

- Promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada.

- Ordenar la recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales.

- Promover la cesión total o parcial de sus activos, pasivos o contratos o la enajenación de sus establecimientos de comercio a otra institución.

- Ordenar la adopción de un plan de recuperación".

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

d. *Funciones de certificación y publicidad*:

- De acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su inspección y control permanentes, expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal.

- Certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general.

- Ordenar la publicación de los estados financieros de las entidades sometidas a su control y vigilancia, así como de los ajustes o rectificaciones a tales estados financieros que ordene la Superintendencia Bancaria. Igualmente ordenará la publicación de los indicadores de las instituciones vigiladas.

Ahora bien, el referido Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su artículo 113, estableció unas **medidas preventivas** para evitar la toma de posesión de bienes de aquellas entidades que se encuentren sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, entre las cuales dispuso las siguientes:

1. Vigilancia especial[49].
2. Recapitalización[50].
3. Administración fiduciaria.
4. Cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución.
5. Fusión.
6. Programa de recuperación.
7. Suspensión de la compensación de los saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales.
8. Exclusión de activos y pasivos.

En relación con la toma de posesión de bienes, el Decreto 663 de 1993[51] precisó unas causales para que la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– pudiera tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, previo concepto del Consejo Asesor, a saber:

a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;

---

[49] Artículo 113 del EOSF: *"La vigilancia especial es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria determinar los requisitos que tales entidades deben observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen".*
[50] La **recapitalización** es un término que hace referencia al proceso por el que una empresa aumenta su capital como consecuencia de una mayor necesidad de garantizar su estructura y responder de sus obligaciones a corto o medio plazo. Se realiza generalmente cambiando la propia estructura del capital de la empresa, canjeando bonos o deuda por acciones.
[51] Artículo 114 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 795 de 2003.

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

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

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

También se han atribuido funciones específicas a la Superintendencia Financiera de Colombia, a través del Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional en el artículo 43 del Decreto 4327 de 2005:

Artículo 43. Despacho del Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. El Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional tendrá las siguientes funciones:
1. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, cualquiera de las medidas preventivas previstas en el literal c) del artículo 6° de la Ley 964 de 20 05 o las normas que la modifiquen o adicionen.
2. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, las medidas cautelares previstas por las normas vigentes para los casos de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas.
3. Resolver en coordinación con el Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión de Riesgos y Conductas de Mercados las controversias suscitadas entre los Superintendentes Delegados para Supervisión por Riesgos y los Superintendentes Delegados para Supervisión Institucional por la adopción de decisiones que afecten la estabilidad de las instituciones, previo concepto del Comité de Coordinación del Núcleo de Supervisión.
4. Solicitar a la Dirección de Investigación y Desarrollo, el diseño y/o ajuste de las metodologías de supervisión o de la normatividad, así como el diseño de los instrumentos que permitan a las entidades administrar y controlar sus riesgos.
5. Proponer, al Superintendente Financiero la adopción de cualquiera de los institutos de salvamento o de la toma de posesión.
6. Informar sus decisiones a las demás áreas con interés en los asuntos objeto de pronunciamiento.

7. Decretar la disolución y ordenar la liquidación cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.
8. Ordenar a título de sanción, dentro del ámbito de su competencia, la suspensión o cancelación de la inscripción en cualquiera de los registros que conforman el Sistema Integral de Información del Mercado de Valores.

Descendiendo al caso *sub examine* se procederá a analizar el cumplimiento de dichas funciones por las entidades demandadas, en especial por la Superintendencia Financiera de Colombia, pues como se observa es sobre ella que recae el deber de vigilancia y control de todas las entidades destinadas a la captación de dinero, por ser una de las funciones que mantienen según la Constitución de 1991 en cabeza del Estado.

En primera medida, la Superintendencia Financiera de Colombia, señaló dentro de su contestación de demanda, que observadas las actividades económicas, de acuerdo al Registro Mercantil, el objeto social de DMG Holding S.A., era el de "*EXPLOTAR, PRODUCIR, COMERCIALIZAR, COMPRAR Y VENDER, INTERMEDIAR EN LA ADQUISICÓN, EN COLOMBIA O EN EL EXTERIOR TODA CLASE DE ELECTRODOMESTICOS, VEHICULOS, MUEBLES Y EQUIPOS PARA HOGAR Y OFICINA, MEDICINAS NATURISTAS Y PRODUCTOS NATURISTAS; Y ADEMÁS MATERIAS PRIMAS, REPUESTOS, INSUMOS, ACCESORIOS, ARTÍCULOS, HERRAMIENTA, MAQUINARIA, Y EQUIPO PARA FACILITAR Y GARANTIZAR LA COMODIDAD Y LA SALUD EN LOS HOGARES COLOMBIANOS Y EN GENERAL TODA CLASE DE BIENES Y/O SERVICIOS...*", aunado a que una de sus actividades económicas era la de tomar o dar dinero en préstamo con o sin intereses, por lo que en ningún momento dicha sociedad estaba habilitada para captar masivamente dinero del público.

Dentro del expediente se allegó lo siguiente:

- Contestación de oficio OFI09-00003207/AUV 13200 del 18 de enero de 2009, dirigido al Secretario jurídico de la Presidencia de la República, en donde aparece un ítem de *Avisos y Advertencias al Público* en donde manifiesta:

"Como complemento de la respuesta dada a la Corte Constitucional mediante oficio 2008081407-001 del pasado 1 de diciembre en relación con las actuaciones llevadas a cabo por la Superintendencia Financiera de Colombia, conviene resaltar que se publicaron en distintos diarios del país avisos previniendo e informando a la ciudadanía en general, que debían de abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público, tal y como se indica a continuación:

Fecha	*Medio*
23 de diciembre de 2006	*El tiempo*
24 de diciembre de 2006	*El tiempo*
30 de diciembre de 2006	*El tiempo*
31 de diciembre de 2006	*El tiempo*
17 de septiembre de 2007	*El tiempo*
20 de septiembre de 2007	*Llano 7 Días*
29 de septiembre de 2007	*Nuevo Putumayo*
9 de octubre de 2007	*El tiempo*
11 de octubre de 2007	*Llano 7 Días*
15 de octubre de 2007	*Nuevo Putumayo*

27 de enero de 2008	*El tiempo*
28 de enero de 2008	*Portafolio*
29 de abril de 2008	*El tiempo*
14 de noviembre de 2008	*El tiempo*

(...)

1.1.3. Investigaciones Administrativas.

Ahora bien, con las actuaciones puntuales sobre los eventuales captadores a los que se hizo alusión en nuestra respuesta anterior (oficio 2008081407-001), nos permitimos a continuación complementar dicha información detallado el estado de la actuación a la fecha de la declaratoria de las medidas de emergencia, utilizando los cuadros remitidos en esa oportunidad, a los cuales se les incluyó una columna para el efecto, a saber:

	Nombre eventual captador	*Estado de la actuación a la fecha de la declaratoria*
Año 2007		
1	*Sociedad Grupo DMG S.A*	*Mediante Resolución 1634 de septiembre de 2007, la SFC ordena la suspensión Inmediata de las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG, así como la devolución de la totalidad de los dineros recibidos por la venta de las referidas tarjetas, cualquiera sea la modalidad. Dicha medida fue confirmada en su totalidad mediante resolución 1806 de octubre 8 de 2007...*

"...Igualmente en algunos casos que se consideraron de relevancia, como por ejemplo frente a las sociedades Grupo DMG S.A. Promotora Costa Caribe S.A. y la Corporación Caribe Sol, se le informaron a la Fiscalía los adelantos de las investigaciones que surtía la Superintendencia Financiera, antes de la determinación de la actividad ilegal de captación y de la consiguiente adopción de las medidas cautelares de carácter administrativo, mediante distintas comunidades y en diferentes reuniones que se efectuaron con dicho organismo..."

(...) (Folio 733-753 C. Principal 2.).

- Bitácora de Registro de Medios Pronunciamientos de Superintendentes y demás funcionarios sobre Captación Ilegal años 2006-2007 y 2008, en los que se enlista a la Sociedad Grupo DMG S.A. (fl. 788-793 C. Principal 2).

- **Informe interno de inspección 25 a 31 de mayo de 2006** (F.24-37 CD Archivo SBB0G01#3843281 v2 Folio 871 C. Principal 2): es presentado por la Superintendencia Financiera, realizando visita de inspección al Grupo DMG S.A por la información suministrada por el Presidente del Banco Agrario de Colombia sobre una posible captación masiva y habitual mediante una cuenta corriente Nº 3-0360-000070-5.

  Se pudo evidencia que el objeto social del Grupo DMG SA es la explotar, producir, comercializar a nivel nacional e internacional toda clase de productos, electrodomésticos, vehículos, medicinas naturistas, películas, entre otros. Adquirir patentes, marcas, procedimientos de fabricación y toda clase de derechos de propiedad

industrial. Tomar interés como partícipe asociado o accionista en otras empresas con objeto análogo. Crear sistemas de comercialización a nivel masivo y construir vivienda individual o multifamiliar, entre otros.

El Grupo DMG creó empresas con diversos fines, para comercializar productos naturales, canales de televisión para cuidado del cuerpo y salud, sistemas de construcción, comercialización de stevia, caracol y carbón.

Luego de verificar extractos bancarios, patrimonio y pasivos, concluyó el informe que:

"El principal pasivo de la sociedad está compuesto por préstamos otorgados por tres accionistas... los cuales se realizaron mediante consignaciones frecuentes en municipio tales como: Puerto Asís, Orito, La Hormiga, Valle de Sibundoy, Montería, Mocoa y Villavicencio.

Sin embargo no fue posible establecer la procedencia de los recursos con los cuales se realizaron estos préstamos. *Motivo por el cual se sugiere llamar a rendir declaración libre y espontánea en esta Superintendencia a los accionistas del Grupo DMG SA...*

De acuerdo a la información allegada a la comisión de visita y teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1981 de septiembre 26 de 1998, la sociedad no estaría captando dinero del público en forma masiva y habitual toda vez que no cumple los preceptos establecidos en ella, tales como obligaciones contraídas con más de 20 personas o más de 50 obligaciones *directamente o a través de interpuesta persona"*

- **Segunda visita Informe Interno de Inspección Grupo DMG S.A., 15 de noviembre de 2006** (F.89-102 CD Archivo SBB0G01#3843281 v2 Folio 871 C. Principal 2)

Conclusión:

"***Teniendo en cuenta que la entidad no suministró la información requerida, a la Comisión de Visita no le fue posible establecer los elementos que configura la captación de dineros del público*** *en forma ilegal contenidos en el Decreto 1981 de 1988 ... Así mismo, pese que el doctor Soto afirma que el Grupo DMG SA, de acuerdo con su objeto social, recibe recursos de terceros como consecuencia de la venta de bienes, para cuyo efecto se expiden tarjetas prepago para su uso en los establecimientos afiliados a la red de puntos de DMG en todo el país o en sus bodegas, tampoco fue posible establecer la venta de dichos bienes, la existencia de proveedores ni de mercancías en las bodegas de la sociedad como tampoco de almacenes filiados para tal fin.*

Lo cierto es que con base en la poca información suministrada hasta la fecha por la sociedad visitada no se ha podido establecer que la misma se encuentre realizando actividad de captación masiva y habitual de dineros del público *en forma ilegal, pero tampoco se ha demostrado por parte de la mencionada sociedad que los dineros que recibe de terceros corresponde efectivamente a operaciones de venta de mercancía y electrodomésticos mediante el prepago de las mismas, como lo ha afirmado el Subgerente Financiero"*

- **Requerimiento** al presidente DMG SA de fecha 28 de febrero de 2007, para que brinde la información necesaria a efectos de verificar presuntas conductas irregulares de la entidad sin la autorización, suscrito por el Director de Supervisión Institucional para Intermediarios Financieros Dos de la Superfinanciera (F. 111, 112 CD Archivo SBB0G01#3843281 v2 Folio 871 C. Principal 2)

- Respuesta dada por el Presidente del Grupo DMG S.A., al requerimiento efectuado por la Superfinanciera del adjuntado estados financieros con corte 12/06 de abril de 2007 (F. 113-135 CD Archivo SBB0G01#3843281 v2 Folio 871 C. Principal 2).

- **Tercera visita al Grupo DMG S.A., efectuado por la Superfinanciera 14 de mayo a 8 de junio de 2007** (F. 164- 189 CD Archivo SBB0G01#3843281 v2 Folio 871 C. Principal 2)

"CONCLUSIONES: La sociedad GRUPO DMG manifiesta tener como actividad principal la comercialización de bienes y servicios a través de la venta de tarjetas prepago. Sin embargo, cabe anotar que del análisis contable de las cifras que demuestra que la comercialización de bienes es mínima, frente al ingreso acumulado por las ventas de tarjetas prepago.

Como se evidenció en el movimiento mensual del rubro "ingresos recibidos por anticipado", en el primero de los cuatro meses del año 2006 no se registró la comercialización de bienes o servicios, pero sí ingresaron $2.224.1 millones por venta de tarjetas prepago, y en los ocho meses siguientes se comercializaron bienes solo "2.121.6 millones frente a un recaudo por venta de tarjetas de $15.603.9 millones, es decir, sólo se comercializó el 13,6% de los recaudos, lo que muestra que la comercialización no es la principal actividad comercial de esta sociedad.

De la evaluación de la muestra de tarjetas prepago con mayores saldos acumulados se concluyó que el 47% de los clientes no utilizaron dicha tarjeta para la adquisición de bienes o servicios, y del 53% restante solo se comercializó el 13% de lo recaudado.

De otra parte se evidenció, de acuerdo con lo expresado en el video institucional de "atención al cliente" entregado a la Comisión de Visita y de las inspecciones realizadas a los puntos de venta, que la sociedad devuelve el dinero en efectivo, situación que va en contravía de la naturaleza de la tarjeta prepago, la cual es la adquisición de bienes o servicios por parte de quien la compra. De esta manera la sociedad está atrayendo clientes que siguen entregando los dineros sin adquirir en su mayoría bienes o servicios.

Por las razones anteriormente expuestas se concluye, en principio, que los ingresos que recibe la sociedad por concepto de ventas de tarjetas prepago no corresponden a la naturaleza de dicho producto, del que es requisito indispensable la adquisición de bienes o servicios. Es decir, que a través de este mecanismo probablemente la entidad estaría recaudando dineros del público de manera masiva y habitual sin la respectiva autorización legal.

Situación que concuerda con lo hallado en algunos documentos en los que se observan expresiones tales como: inversiones inteligentes con rendimientos del 5% y un documento de un cliente solicitando la devolución de una inversión e intereses, así como copias de las tarjetas que dicen capital e intereses.

En consecuencia se concluye que la sociedad GRUPO DMG SA, podría estar realizando captación masiva y habitual de dineros del público en los términos señalados en el Decreto 1981 de 1988, teniendo en cuenta que registra obligaciones con 8.814 clientes al cierre de diciembre de 2006 y 12641 a marzo 31 de 2007, es decir, supera los 20 clientes o 50 contratos señalados en el Decreto en mención.

Así mismo el patrimonio de la sociedad DMG SA al cierre de diciembre de 2006 asciende a $89.3 millones frente al pasivo "ingresos recibidos por anticipado" por concepto de tarjetas prepago registra $13.482.3 millones, sobrepasando ampliamente el 50% del patrimonio líquido de la sociedad que es de $44.6 millones. Es decir que el pasivo supera el 15.097.8% del patrimonio líquido de la sociedad en mención."

- **Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007**, por medio de la cual el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera

adopta medidas cautelares respecto de la sociedad GRUPO DMG SA (F. 620-641 CD Archivo SBB0G01#3843281 v2 Folio 871 C. Principal 2) acopiando toda la información recolectada en los requerimientos, en las tres visitas, las inspecciones oculares y las declaraciones de los representantes legales y trabajadores de DMG y demás empresas creadas por ésta, en cuya parte resolutiva ordenó la suspensión inmediata de las operaciones de recepción de dineros del público mediante el mecanismo de venta de tarjetas prepago DMG, la orden de devolver los dineros recibidos en desarrollo de la actividad de venta de tarjetas prepago DMG, presentar un plan de devolución de dineros, el desmonte de la operación, la publicación en diarios nacionales y regionales de amplia circulación, la inscripción de la Resolución en la Cámara de Comercio de Bogotá y demás cámaras y la notificación al representante legal de GRUPO DMG SA, notificada al día siguiente del Representante Legal (folio 642 CD Archivo SBB0G01#3843281 v2 Folio 871 C. Principal 2)

- **Resolución 1806 del 8 de octubre de 2007**(F. 4402- Archivo SBB0G01#3843281 v2 Folio 871 C. Principal 2), por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Grupo DMG contra la Resolución 1634 de 2007, confirmándola en todas sus partes, ordenando notificarla y publicarla en un aviso en un diario de amplia circulación nacional y regional, en el Boletín del Ministerio de Hacienda, en la Ofician de Instrumentos Públicos, Cámara de Comercio de Bogotá y demás donde adelante operaciones y compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, el Gobierno Nacional, adoptó medidas de excepción mediante la declaratoria del estado de emergencia social a través del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, decreto que fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-135 de 2009, la cual dentro de sus consideraciones señaló:

"...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.

También tiene el carácter de extraordinario y de sobreviniente la actuación de los ciudadanos que decidieron confiar sus ahorros a los captadores ilegales. En efecto, a pesar de la campaña emprendida por la Superintendencia Financiera para alertar a la población, mediante la publicación de avisos en distintos periódicos de circulación nacional y local, un número cada vez mayor de ciudadanos, atraídos por los beneficios ofrecidos decidieron participar de las operaciones de captación no autorizada. Tales hechos pueden ser calificados de anormales y excepcionales por dos razones, porque los inversores a pesar que sabían el riesgo que corría su patrimonio aún así seguían invirtiendo, es decir, que según términos económicos demostraron una peligrosa propensión al riesgo, anormal desde la perspectiva de la racionalidad económica y, por otra parte, porque su número crecía de

manera casi exponencial, precisamente un requisito para obtener los beneficios ofrecidos era referir a nuevos inversionistas a los captadores no autorizados. En otras palabras, el esquema piramidal de funcionamiento de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público, propició que un número cada vez mayor de personas y de ahorros se 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..." (Lo subrayado del Despacho).

Así mismo, dentro del Informe enviado por el Presidente de la República al Congreso de la República, sobre la declaratoria del Estado de Emergencia Social, declarado en todo el territorio nacional, señaló:

"*1.2. Creación de figuras jurídicas para esconder la naturaleza del recaudo o captación no autorizada.*

Con el fin de evadir la prohibición de captación o recaudo masivo de recursos del público, captadores y recaudadores no autorizados diseñaron diversas figuras jurídicas que dieron la apariencia de cumplir con la Ley. Así la captación o recaudo ha sido disfrazada como prestación de servicios, o como venta de tarjetas que permiten compra de productos más la redención de puntos, entre otras; estos mecanismos permitieron el crecimiento de tales negocios, a la par que han dificultado la actuación de las autoridades.

1.3 Ofrecimiento de rendimientos desorbitantes.

El público colombiano ha entregado de forma masiva su dinero a esos captadores o recaudadores bajo la promesa de recibir ganancias exageradas, ente el 50% y el 300% del dinero entregado.

Este ofrecimiento es muy superior a los rendimientos ofrecidos por el sector financiero formal, lo cual se ha constituido en el factor de atracción que ha llevado un importante número de ciudadanos a entregar su dinero a tales porcentajes.

De las anteriores pruebas, se desprende dos cosas a saber:

En principio, para el tiempo en que se desarrolló el tema de las captadoras ilegales en Colombia, se debió entre muchas cosas, a los vacíos legales que se presentaban en el sistema financiero colombiano, lo cual no se puede traducir en una omisión por parte de la Superintendencia encargada, pues como quedó demostrado de las pruebas trascritas, se adelantaron actuaciones en pro de defender a los ciudadanos para que no invirtieran en dichas captadoras, las cuales a través de artimañas supieron evadir todos los controles adelantados que se implementaron para contrarrestar y mitigar lo que estaba sucediendo, actuaciones que no fueron las más contundentes en razón a lo ya mencionado.

El creador de DMG inició una actividad totalmente diferente a la captación masiva de dinero, lo que alejaba la mirada de la Superintendencia Financiera, posteriormente y ante el auge que se venía presentando de estas captadoras, se emprende una inspección al GRUPO DMG SA, por parte de la Superintendencia Financiera, con el objetivo de verificar las actividades y la adopción de las medidas cautelares, tal como lo imponía nuestro sistema jurídico, funciones que fueron descritas en acápites anteriores, aunado a un sin número de avisos y noticias circuladas en medios de prensa, televisivos e inclusos radiales, en donde pusieron de presente a todo los colombianos desde el año 2006 que el Grupo DMG no contaba con la autorización legal para captar dinero de manera masiva, sin que ello fuese suficiente, pues como bien lo señaló en su

oportunidad el Presidente de la República "*...captadores y recaudadores no autorizados diseñaron diversas figuras jurídicas que dieron la apariencia de cumplir con la Ley. Así la captación o recaudo ha sido disfrazada como prestación de servicios, o como venta de tarjetas que permiten compra de productos más la redención de puntos, entre otras; estos mecanismos permitieron el crecimiento de tales negocios, a la par que han dificultado la actuación de las autoridades...*"

Ahora bien, no se podía pretender que el Estado actuara de manera inmediata, sin la observancia de los principios básicos que orientan una investigación dentro de los procesos de inspección y vigilancia adelantados por el competente, tales como, el derecho al debido proceso, a la defensa, al de la libertad probatoria entre muchos otros, sumado a las tretas impuestas por la misma captadora, que impidieron que los procedimientos administrativos fueran un poco dispendiosos; pues de las visitas que se realizaron, en la ya mencionada inspección, se denota como para los meses de mayo y noviembre de 2006 no se puedo evidenciar la captación ilegal que se venía desplegando, por cuanto el GRUPO DMG no aportó la información correspondiente y que le fue solicitada por la Superintendencia Financiera.

Lo anterior, da cuenta que por parte de este ente demandado – Superintendencia Financiera – actuó conforme a la ley, la cual también fue oportuna y diligente, por lo que no se puede endilgar responsabilidad administrativa, por acatar la normatividad, aun cuando la misma investigada se servía de artimañas para impedir el adecuado actuar de la precitada Entidad, como lo fue el cambiar el nombre y razón social, pues paso de GRUPO DMG S.A., a DMG GRUPO HOLDING S.A., esto con el firme objetivo de suplantar las actividades del primero y de esta manera aparentar el cumplimiento a las medias cautelares impuestas, no obstante, ello no evitó que la Superfinanciera al término de la Investigación impusiera las sanciones correspondientes.

Sobre el particular, se recalca lo manifestado por el Alto Tribunal Constitucional, en lo que nos concierne:

> *En efecto, a pesar de la campaña emprendida por la Superintendencia Financiera para alertar a la población, mediante la publicación de avisos en distintos periódicos de circulación nacional y local, un número cada vez mayor de ciudadanos, atraídos por los beneficios ofrecidos decidieron participar de las operaciones de captación no autorizada. Tales hechos pueden ser calificados de anormales y excepcionales por dos razones, porque los inversores a pesar que sabían el riesgo que corría su patrimonio aún así seguían invirtiendo, es decir, **que según términos económicos demostraron una peligrosa propensión al riesgo, anormal desde la perspectiva de la racionalidad económica** y, por otra parte, porque su número crecía de manera casi exponencial, precisamente un requisito para obtener los beneficios ofrecidos era referir a nuevos inversionistas a los captadores no autoriza.* (En negrilla del Despacho).

A pesar de las actuaciones descritas y sin que se tuvieran éxito, el gobierno en cabeza del Presidente de la Republica y sus Ministros, declaró el estado de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2009, para tratar de salvar la crisis ocasionada por las pirámides en el territorio nacional, es decir, se acudió a los mecanismos excepcionales que consagra la Carta Política, actuando en derecho y en forma oportuna frente a la actividad ejercida por DMG, por lo que no les asiste responsabilidad por omisión en las funciones que les competían dado que la Superintendencia en las labores iniciales de supervisión e inspección, dio trámite de acuerdo a las quejas de los ciudadanos y autoridades públicas, adoptando medidas cautelares e impidiendo que la actividad continuara ejerciéndose.

De igual manera, esta situación también dejo entrever un desinterés por parte de los Actores, pues no eran normales las utilidades que brindaba el GRUPO DMG, revelándose así

probatoriamente que obraron con anuencia y aceptación del peligro que implicaba este tipo de transacción ante los voluminosos y prontos rendimientos que se le prometieron y que no era habitual desde un punto de vista económico.

Pues bien, de conformidad con lo anterior, el Estado no está obligado a lo imposible, es decir, de lo expuesto, se denota que la actitud diligente con que actuaron las demandadas, si bien existía una deficiencia en la normatividad, la misma no pude endilgarse a las Entidades, sobre el particular el Consejo de Estado, ha señalado:

> *"...a pesar de que es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país,* ***no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros****, porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible". Aunque, se destaca que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían..."*[52] (lo subrayado del Despacho).

Quedo también demostrado que se imposibilitó el actuar normal por parte del Estado, debido al actuar engañoso del GRUPO DMG, lo que constituye que se declare probada el eximente de responsabilidad de *hecho de un tercero*, como causal eximente de responsabilidad, que son suficientes en forma conjunta o incluso bajo un análisis individual en el juicio que se sigue, para despachar en forma desfavorable las pretensiones de la demanda.

Finalmente, vale la pena resaltar que conforme a lo impuesto en el artículo 84 de la Constitución Política, el Estado únicamente cuenta con la capacidad regulatoria y sancionatoria respecto de las actividades económicas y comerciales que los particulares practiquen, pero ello no es extrapolable al punto de que pueda intervenir impidiendo o delimitando la voluntad particular en las actuaciones y negocios jurídicos de orden privado que celebren los ciudadanos, tal como deviene de la libre voluntad negocial de los particulares, consagrada en el Código Civil y en el Código de Comercio.

VI. CONDENA EN COSTAS.

Finalmente, considerando que la condena en costa, solo es viable en la medida que se observe una conducta inadecuada en el ejercicio de su derecho de acceder a la administración de justicia o abuso del mismo, como cuando se establece que dentro de la actuación procesal se ha obrado en forma dilatoria o de mala fe, y observando que dentro de esta acción no hubo comportamiento en tal sentido, no será condenada la parte vencida a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho. Esta evaluación se realiza con fundamento a lo ordenado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IX. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia - Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

---

[52] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011), Radicado Interno (20368).

PRIMERO: DECLARAR probado el eximente de responsabilidad hecho de un tercero, propuesta por la Superintendencia Financiara de Colombia, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia

TERCERO: ORDENAR la devolución del remanente del depósito efectuado para gastos del proceso, si lo hubiere.

CUARTO: En firme esta decisión, ARCHÍVESE el proceso, previa desanotación de los libros radicadores. Sin condena en costas en esta instancia, ni agencias en Derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez.

Consejo Superior de la Judicatura

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

ESCRITURAL

Florencia, treinta (30) de junio de 2016.

ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	18001-33-31-001-2010-00581-00
DEMANDANTE:	JORGE EDGAR DUSSAN VARGAS Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN – SUPERFINANCIERA Y OTROS
SENTENCIA Nº:	82-06-463-17.

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. DE LA DEMANDA.[1]

- LAS PRETENSIONES.

Los señores JORGE EDGAR DUSSAN VARGAS, AYDÉ PEREA, ORLANDO SUÁREZ ÁVILA, MARÍA YOLDY RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS ENRIQUE VALENZUELA SOTO, RUBI STELLA OSORIO CALDERÓN, ORFA ALVIS NAVIA, TANIA PAOLA ESTRELLA DELGADO, MERY RAMÍREZ DE ESPAÑA, YUDDY ASTRID CEDEÑO CASTRO, JOAN ALEXANDER ESTRELLA DELGADO, ESTHER JULIA ESPAÑA RAMÍREZ, MARÍA NANCY ESPAÑA DE MORALES, CECILIA GONZÁLEZ DE MORALES, RICARDO RODRÍGUEZ BEDOYA, LUIS ALBERTO CABRERA NEUTA, ANDREA MEDINA SUÁREZ, GERMÁN MORALES ALVARADO, YUDY PAOLA PALADINEZ, GLORIA LUZ TABARES CASTAÑEDA, INÉS GALINDO IRIARTE, ELSA MAGALI OSORIO CALDERÓN, JOSÉ JOEL VALENCIA LONDOÑO, NEIRA MARÍA TORRES LOSADA, BENJAMÍN RODÍGUEZ DÍAZ, DUBIER GARCÍA GÓMEZ, PAOLA ANDREA MORALES GONZÁLEZ, VÍCTOR MANUEL MONTALVO FERNÁNDEZ, EDWIN LASSO NÚÑEZ, OLMEDO DÍAZ DURAN, FLORESMIRO MENDOZA, EDGAR HERNÁN VARONA VARGAS, JORGE OCHOA VALDERRAMA, LAURA ANAYA ROMERO, BEATRIZ REYES ESCARPETA, ARACELLY MARÍN RAMÍREZ, WILSON MARTÍNEZ PARRA, CARMELO CHILA SÁNCHEZ, EDGARD MAURICIO MONJE PARRA, BEATRIZ MEDINA DE CHILA, ALEXANDER MONTOYA RIVAS, ABIGAIL CALDERÓN DE GARZÓN, MANUEL DELGADO SIERRA, FLAMINIO VALENCIA QUINTERO, FRANCISCO PEÑA BARATO, JORGE PATIÑO, JOSÉ KENNEDY PALOMA CRIOLLO, EDUARDO SÁNCHEZ ZAMBRANO, HÉCTOR CAMILO TRUJILLO BAHOS, GRISELDA PALADINEZ VARGAS y GUILLERMO PLAZA ANACONA solicitan que se declare responsable administrativa y extracontractual responsable a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y PROYECCIONES D.R.F.E. (Dinero, rápido, fácil y efectivo) EN LIQUIDACIÓN por la omisión en que incurrieron de permitir que la Entidad PROYECCIONES D.R.F.E., captara dineros del público sin las exigencias y permisos requeridos

[1] Folios 276-363 C. Ppal. 2.

para este tipo de operaciones, y a la captadora DMG por haber captado dineros del público sin las autorizaciones correspondientes.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a pagar a favor de los demandantes los perjuicios, morales, materiales y a la vida de relación solicitados.

- HECHOS.

La empresa DRFE (Dinero rápido, fácil y efectivo) de propiedad de CARLOS ALFREDO SUÁREZ, fue registrada en la Cámara de Comercio de Florencia el 1º de octubre de 2008 con el objeto social: "rentista de capital, inversión, préstamos, compra venta, asesoría administrativa y contable".

La empresa DRFE inició sus actividades de captación de dinero masivo del público, ofreciendo jugosos intereses y altos rendimientos a sus ahorradores dos años atrás en la ciudad de Pasto, expandiéndose hacia otras regiones del país, sin encontrar obstáculo por autoridad alguna y con el permiso de la Superintendencia Financiera.

Es obligación del Gobierno Nacional y de la Superintendencia Financiera supervisar a las personas y entidades que capten dineros del público y resguardar la estabilidad económica de los inversionistas que creyeron en el DRFE, en consecuencia por la omisión y negligencia de la Superintendencia se permitió que los demandantes confiaran en la entidad captadora de dinero.

A la Superintendencia Financiera le correspondía adoptar las medidas de control y vigilancia sobre las actividades de DRFE, igualmente emitir las autorizaciones de constitución y funcionamiento a las entidades que capten dineros del público.

Mediante Resolución 1778 del 11 de noviembre de 2008 la Superfinanciera determinó luego de una investigación que la empresa DRFE estaba infringiendo las normas de captación de dineros del público y cometiendo actos ilícitos, pero olvidaron ponerlo en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación.

Los demandantes al percatarse que la entidad DRFE funcionaba sin ninguna dificultad, depositaron sus dineros en la sede Florencia con las expectativas de los beneficios ofrecidos y la seguridad que la entidad estaba cumpliendo con los exorbitantes rendimientos financieros, con fundamento en las notas periodísticas y pautas publicitarias, los diferentes establecimientos en ciudades y municipios, abiertos al público con matrícula en las cámaras de comercio, declaración de impuestos ante la DIAN, entre otros.

Los demandantes fueron damnificados por las actividades de captación ilegal de dineros, encontrándose afectados moral y económicamente, truncando proyectos de vida e ilusiones.
La empresa DRFE funcionó sin contar con la autorización de la Superintendencia Financiera, sin que ninguna autoridad pública lo impidiera, como tampoco se realizaron controles por la Superintendencia.

Pese a que desde 1982 la captación masiva de dineros del público constituye un delito, no se actuó con prontitud y diligencia, permitiendo que la personas confiaran sus ahorros y patrimonio a DRFE, conociéndose en forma generalizada desde el año 2007 la existencia de esa entidad, del CTI de la Fiscalía General de la Nación por denuncias, y de la Superfinanciera por escritos de personas particulares y entidades.

Mediante Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social para intervenir a la empresa DRFE porque no contaba con los instrumentos necesarios para la intervención de la sociedad, cuando desde 1982 la captación ilegal de dineros del público constituye un delito.

El Presidente de la República en un acto de abandono e irresponsabilidad permitió la actividad de captación ilegal de dineros del público.

El Gobierno Nacional debió actuar desde que tuvo conocimiento que existían empresas captando dineros del público en forma irregular y decretar el Estado de Emergencia, en lugar de esperarse a que se defraudaran los intereses de miles de colombianos.

Considera que la Superintendencia Financiera es responsable de la estafa que fueron objeto los demandantes por omitir las responsabilidades de inspección, vigilancia y control al tener conocimiento de las actividades realizadas por PROYECCIONES DRFE, incumpliendo los deberes nacidos del artículo 8º del Decreto 4327 de 2005.

Endilga responsabilidad al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República por las funciones que le compete desarrollar según el Decreto 1680 del de julio de 1991, el numeral 24 dl artículo 189 constitucional, y la tardía intervención del ejecutivo en año 2008, cuando debió hacerlo desde el año 2006.

Advierte que la Fiscalía General de la Nación aceptó que las actividades de la empresa DRFE eran ilícitas pero no tuvieron pruebas para judicializarlo, omitiendo gravemente adelantar las investigaciones pertinentes, ni proporcionar la información suficiente al Presidente de la República para tomar las medidas correspondientes a tiempo.

Aduce que la Superintendencia de Sociedades es responsable por incumplimiento a los deberes y funciones establecidos en los artículos 82 a 87 de la ley 222 de 1995 y el Decreto 4350 de 2006 artículo 4º.

Finalmente expresa que PROYECCIONES DRFE tuvo responsabilidad por no hacer devolución de los dineros captados por los ingenuos ahorradores.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

- Artículo 2, 5, 6, 78, 90, 189, 208, 251, 333, 334, 335 de la Constitución Nacional.
- Del código de Procedimiento Civil articulo 82 literal 3, que trata sobre la demanda de pretensiones de varios demandantes.
- Código de Procedimiento Penal artículo 67.
- Código Penal Artículo 316.
- Artículo 8 del decreto 4327 de 2005.
- Ley 225 artículo 83, 84 y 85 del 20 de diciembre de 1995.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES[2].

Se refiere a cada uno de los hechos de la demanda, resaltando que la entidad no tenía competencia para actuar frente al problema de las captadoras ilegales de dinero, dado que solo ejercía un control subjetivo dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, pero no la de inspección, control y vigilancia de la actividad misma de las empresas, las cuales fueron otorgadas en forma extraordinaria por el Gobierno Nacional a través del Decreto legislativo 4333 y 4334 de 2008, es decir que antes de la expedición de los decretos en mención carecía de facultades para actuar en asuntos como el que nos convoca.

Agrega que los mecanismos ordinarios que tenía el Estado eran insuficientes para hacer frente al fenómeno de la captación no autorizada de dineros del público, además de los medios utilizados por PROYECCIONES D.R.F.E., para disfrazar la actividad ilícita y burlar los mecanismos de control, sumado a la falta de diligencia y cuidado de los demandantes en el manejo de sus dineros poniendo en riesgo su patrimonio en forma voluntaria e imprudente.

Sostiene que se realizaron visitas por la Superfinanciera y por la Supersociedades, y a través del Gobierno Nacional se instó a la ciudadanía en general de abstenerse de colocar recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público mediante diferentes medios de comunicación para los años 2006 a 2008, informando con suficiencia los riesgos de la inversión.

Realiza un recuento de las normas que regulan el sector financiero, en especial el Decreto 2920 de 1982, el artículo 335 constitucional y sentencias de la Corte Constitucional, así mismo de las funciones administrativas a cargo de la Superintendencia de Sociedades, referente a la inspección, control y vigilancia de las sociedades comerciales y mercantiles, escapando su competencia a los establecimientos de comercio.

Como no contaba con facultades para investigar, controlar y vigilar a las empresas captadoras de dinero, la Supersociedades recibió facultades extraordinarias del Gobierno Nacional mediante Decreto Legislativo 4334 del 17 de noviembre de 2008 para poder intervenir en la actividad financiera sin autorización legal, poder tomar posesión de bienes, haberes y negocios para restablecer y preservar el orden público.

Acota que las actividades registradas como objeto social de PROYECCIONES D.R.F.E. hacían dar una apariencia de legalidad, y que el registro ante Cámara de Comercio es un formalismo pero no implica una autorización para captar dineros del público, para lo cual debieron haberse sometido a un procedimiento a autorización ante la Superintendencia Financiera y la inscripción ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuestión que nunca realizó PROYECCIONES D.R.F.E. convirtiéndolo en una actividad ilegal.

A lo largo de su escrito recalca y reitera que el estado de emergencia se debió a que no se contaban con los presupuestos legales y administrativos para conjurar la crisis ocasionada por las captadoras ilegales del país, toda vez que los recursos y las medidas eran insuficientes.

Señala que las entidades demandadas no son las llamadas a responder por la pérdida del dinero

[2] Folio 491-593 C. Ppal. 2

de los demandantes por el riesgo aceptado de entregarlo a una captadora ilegal de dinero, y porque quedó demostrado que se realizaron las actividades administrativas a su alcance para conjurar la crisis social generada por el fenómeno masivo de las pirámides.

Sostiene que existe culpa exclusiva de la víctima ante el conocimiento de la ilegalidad de la actividad desplegada por la Empresa sin importarle el riesgo que implicaba la actividad, así mismo el hecho de un tercero fundamentado en que un particular inició una actividad sin haber obtenido autorización estatal.

Asegura que no se violó la confianza legítima de los demandantes, porque no se acompasa a los postulados establecidos por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos.

Planteó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que las funciones ordinarias que le otorgaba la ley, no le permitía realizar inspección, control y vigilancia a las actividades de Proyecciones DRFE por no ser una sociedad sino un establecimiento comercial tal como lo legítima el certificado de la cámara de comercio.

- NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA[3].

Previó a entrar a analizar el fondo del asunto, manifiesta que reitera que a quien se demando fue al Presidente de la República del momento en que ocurrieron los hechos y no al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Señala que para que se presente una responsabilidad civil y administrativa, se requiere que se presente tres elementos, los cuales no se cumplen; se presenta una *inexistencia de un daño antijurídico imputable al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República*, por cuanto de la sola lectura de los hechos, se puede evidenciar que lo que acá se reclama no le es imputable, toda vez que no le compete la inspección, vigilancia y control de personas que captan dineros públicos, aunado a ello a que no se dijo el deber legar que se omitió o incumplió tardíamente.

Considera que el daño cierto, real y cuantificable debe ser demostrado por quien se alega, reiterando que la función de controlas las actividades de captación de dinero, no le corresponde al Presidente de la República, por cuanto esta función fue delegada a la Superintendencia Financiera de Colombia, motivo por el cual no se puede endilgar a la Entidad dicho daño alegado, concluyendo que no se configuran los elementos de la responsabilidad

Como excepciones se permite proponer:

Caducidad de la Acción: señala que debido a que la audiencia de conciliación si se hizo, se debe considerar que una vez entregada la constancia de conciliación, se debe reactivar el termino de caducidad, lo que para el caso en concreto la demanda debió presentarse el 6 de diciembre de 2010, presentándose solo hasta el 15 de diciembre de 2010, habiendo operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

Falta de legitimación en la causa por pasiva, al no existir dentro del marco legal (Decreto 4657 de 2006 y 3443 de 2010) ninguna competencia o función de vigilar la actividad mercantil ni las sociedades comerciales no autorizadas para captar dineros del público.

---

[3] Folio 693-719 C. Ppal., 3.

Ausencia de capacidad jurídica e indebida representación de la Nación, porque el Presidente de la República y el DAPRE no tienen la facultad para representar judicialmente a la Nación, además de estar decantado que no tienen ninguna injerencia en el daño que se le pretende endilgar.

Falta de competencia por parte del Despacho para conocer del presente proceso debido al agotamiento de la jurisdicción, invocando los artículos 55 y 66 de la ley 472 de 1998.

EXCEPCIONES DE MÉRITO.

La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la medida de declaratoria de emergencia social dentro de su estudio en la actuación previa del Estado para dictar la medida y restablecer así su pertenencia, oportunidad y sobreviniencia.

Informe rendido a la Corte Constitucional y al Congreso de la República sobre las medidas, actuaciones, e investigaciones adelantadas por el Gobierno previas a la declaratoria de la emergencia y justificación de su oportunidad, necesidad, gravedad, sobreviniencia, legalidad y constitucionalidad de la declaratoria.

Hecho de un tercero, argumentando que el hecho generador del daño corresponde a un tercero PROYECCIONES DRFE, sociedad que en forma irregular y sin autorización legal captó recursos del público, prometiendo extraordinarios beneficios dándole apariencia de legalidad mediante simulaciones y modalidades contractuales sofisticadas.

Culpa exclusiva de la víctima, en este caso de los demandantes que prestaron su consentimiento y concurso en la captación ilegal de recursos ejecutada por PROYECCIONES DRFE bajo novedosos esquemas contractuales, incentivados por exorbitantes rendimientos prometidos a corto plazo.

- **Fiscalía General de la Nación[4].**

Luego de referirse a los hechos de la demanda y oponerse a las pretensiones, planteó las excepciones de ausencia de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, falta de legitimación en la causa por pasiva, culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero.

Frente a la primera, menciona nadie puede alegar su propia causa a su favor y en su beneficio, la cual se presenta por cuanto los "ahorradores" se pusieron en una situación de riesgo, facilitando la defraudación de que alegan ser víctimas.

Respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva, estima que las funciones de la Fiscalía General de la Nación se encuentran instituidas en la Constitución Política de Colombia artículos 249 a 253, dentro de las cuales no se encuentra la supervisión ni control de las empresas captadoras de dinero.

Con relación al Hecho de un Tercero, atendiendo a que la responsabilidad de la captación de dineros y el ofrecimiento de utilidades exorbitantes con la consecuente pérdida del capital, corresponde al particular propietario de la empresa captadora de dinero.

---

[4] Folio 731-743 C. Ppal. 3

Respecto de la culpa exclusiva de la víctima señaló que los demandantes entregaron sus dineros con la ilusión de obtener utilidades cuantiosas, sin analizar los riesgos de la inversión, luego proceden a poner en conocimiento de las autoridades judiciales los hechos irregulares, respecto de los cuales se produjeron resultados, pero en todo caso no existe nexo de causalidad entre la actividad investigativa de la Fiscalía y el daño producido a los demandantes.

- **Superintendencia Financiera de Colombia[5].**

Indica que si al interior del establecimiento de comercio denominado DRFE se realizó la actividad masiva y habitual de recursos del público, dicha situación se realizó en forma oculta y al margen de cualquier control legal, con el concurso de los mismos actores quienes a pesar de conocer el riesgo que asumían al entregar sus dineros a un particular no habilitado ni autorizado para este tipo de operación financiera, obviaron cualquier medida de precaución y cuidado, incentivados por el lucro exorbitante que como contraprestación se les ofreció a por quien a la postre les timó.

Señala que PROYECCIONES DRFE o su propietario no estaban autorizados para captar masivamente recursos del público, en primer lugar porque la actividad económica registrada en la cámara de comercio era diferente, pero además porque nunca estuvieron sujetos a supervisión y control de la Superintendencia Financiera, de allí la razón para que una vez detectada la irregular actividad, se iniciaran las medidas administrativas correctivas de decreto de medidas cautelares, reflejando que la superintendencia cumplió con las funciones que le competen con relación a la captación irregular de dineros.

Agrega que según el certificado de cámara de comercio, se registró como actividad comercial la de rentista de capital, para inversiones, préstamos, compraventas, permutas, asesorías administrativas y contables, de tal suerte que su actividad escapaba de la competencia de la Superintendencia, circunscrita a supervisar, vigilar y controlar las instituciones financiera que captan en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término.

Considera que no se puede predicar que los demandantes depositaron su confianza en PROYECCIONES DRFE como consecuencia de la omisión de los deberes propios de la Superfinanciera, dado que no se encuentra demostrado semejante afirmación, y esa mal llamada confianza fue propiciada por ellos mismos cuando sin precaución alguna y cegados por la codicia de prontos y jugosos rendimientos no repararon en la irregular operación de dicho establecimiento.

Hace énfasis en que los actores optaron en forma libre y consciente por entregar sus dineros a particulares no autorizados a pesar de la existencia en el sector financiero de entidades de amplia trayectoria y reconocimiento nacional que ofrecen confianza y tranquilidad, ni se puede predicar que las autoridades no asumieron las medidas procedentes, ante un fenómeno que se expandió por los propios ciudadanos, quienes no prestaron colaboración ni denunciaron los hechos, menos aún aportaron las pruebas suficientes para que la entidad actuara, acudiendo cuando ya se había consumado el daño.

Resalta que el Estado efectuó innumerables medidas en torno a la captación ilegal de dineros, interviniendo a las personas y entidades dedicadas a dicha actividad, castigando con mayor

---

[5] Folio 1066-1102 C. Ppal. 4.

severidad los delitos cometidos y facilitando el crédito a la población menos favorecida.

Recalca que de conformidad con los artículos 8 y 11 del Decreto 4327 de 2005, las personas particulares propietarias de establecimiento de comercio no son vigiladas por la Superintendencia Financiera porque no hacen parte de la estructura del sistema financiero colombiano.

Agrega que la reglamentación sobre procedimientos seguidos contra captadoras ilegales, contenido en los Decretos 2920 de 1982 y 1981 de 1988, permitieron a la Superintendencia iniciar un proceso para la verificación de los hechos denunciados, el recaudo probatorio y la emisión de las decisiones a lugar, lo cual conllevó a un término prolongado hasta tanto no se cumpliera con todo el protocolo normativo, y que una vez se expidieron los Decretos de Emergencia por el Gobierno Nacional se cumplió a cabalidad con lo ordenado.

Sostiene que el fenómeno de las pirámides fue propiciado por los novedosos, sistematizados y sofisticados métodos que acudieron los avivatos, y que condujo a la declaratoria de emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008.

Se permite realizar el marco normativo de las funciones que cumple el Presidente de la República a través de la Superintendencia Financiera de Colombia frente a la inspección, control y vigilancia de la captación de dinero, la cual nace con una autorización previa estatal como lo ordena el artículo 335 Constitucional, y lo desarrolla el Decreto 4327 de 2005, dirigido a todas las personas que realizan actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados del público.

Añade que las instituciones financieras vigiladas por la Superfinanciera se obligan a someterse a un riguroso proceso de autorización previo y al cumplimiento permanente de exigencias contables y financieras, requerimientos de orden patrimonial, liquidez, encajes, entre otros, para proteger los ahorros del público y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas.

Necesita igualmente que la entidad se inscriba ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuente con la protección del seguro de depósito, de manera que toda actividad realizada al margen de esta normatividad y exigencias no cuenta con una protección estatal para reducir el riesgo de los usuarios del sistema financiero.

Alude que el Estado no fue negligente en el control de la proliferación de captadoras ilegales, declarando el estado de emergencia social para tomar medidas que contrarrestaran los efectos negativos en un número considerable de ciudadanos que depositaron sus dineros en aquéllos particulares que no tenían la intención real de devolverlo y/o lo hurtaron luego de recibirlo.

Observa que la normatividad existente con anterioridad a la declaratoria de emergencia social, relacionada con la captación ilegal de dineros, conllevaba al inicio de actuaciones de inspección, visitas y recaudación de información, en la mayoría de los casos en forma dispendiosa por no contarse con estados contables organizados debido a la ilegalidad de la actividad, así mismo en garantía al debido proceso se debía permitir el derecho de defensa de la persona natural o jurídica bajo el marco del Decreto 3227 de 1982 modificado por el Decreto 1981 de 1988.

Asevera que las personas encargadas de la captación ilegal realizaron maniobras sofisticadas para dificultar la intervención de las autoridades, utilizando mecanismos para esconder organizaciones criminales y simular sus operaciones tras figuras y contratos aparentemente

legales, como la venta de programas o proyectos turísticos, ventas de tarjetas prepagos, promoción o publicidad de voz a voz individual o personal, contratos de cuentas en participación venta de proyectos inmobiliarios, recepción de dineros en forma de aportes e inversiones, entre otros.

Lo anterior sumado a la sofisticación de tipo legal y tecnológica, esconder la información a las autoridades por parte de las empresas captadoras, inexistencia de libros y material contable, y la apariencia de legalidad mediante la inscripción en el RUT y el pago de impuestos, todo lo cual generó problemas para investigar y llevar adelante las investigaciones, ocasionando que se generara una crisis social que no podían conjurarse con las medidas ordinarias vigentes, conllevando a que el Gobierno Nacional decretara el estado de emergencia social.

Adicionalmente en caso de haberse seguido las acciones ordinarias, el proceso de devolución de dineros debió adelantarse ante el Juez Civil del Circuito de acuerdo al Decreto 1228 de 1996 y la ley 35 de 1993, lo que haría más dispendioso y demorado el proceso de entrega o devolución de los mismos.

Realiza un recuento de las actuaciones que adelantó al SuperFinanciera respecto de la captación no autorizada de dineros del público, en primer lugar las advertencias al público de abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas en publicaciones por medios masivos de comunicación, igualmente la respuesta a consultas y peticiones elevadas por autoridades locales, seccionales o de cualquier orden sobre la captación no autorizada de dineros del público, dando a conocer la normatividad, los procedimientos para la autorización, entre otros.

Acto seguido hace mención a las cerca de 43 investigaciones administrativas iniciadas desde el año 2005 al 2008, incluyendo la de PROYECCIONES DRFE, que culminó con el decreto de medidas cautelares mediante la suspensión de actividad de captación ilegal, la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, la devolución de la totalidad de los dineros captados, y posteriormente a la declaración del estado de emergencia social se dispuso la toma de posesión de los bienes y haberes del citado comerciante y devolución expedita de los dineros captados, lo mismo que se dio traslado a la Fiscalía General de la Nación para que adelantara las investigaciones penales del caso, concluyendo que no es posible endilgar a la entidad una omisión en el adelantamiento de las investigaciones y actividades de su competencia frente al tema de captación no autorizada de dineros del público.

Alega que no existe nexo de causalidad entre el daño causado a los demandantes y la presunta omisión endilgada a la entidad por cuanto (i) la Superfinanciera no autorizó el funcionamiento de Proyecciones DRFE, (ii) aun cuando el marco legal resultaba insuficiente se adelantaron las actuaciones a verificar la existencia de la captación ilegal o no autorizada de recursos del público, a tomar medidas en cada caso y alertar a la comunidad sobre el riesgo de invertir en esas organizaciones, (iii) los inversionistas no tomaron las medidas previas a la entrega de dineros a terceros y (iv) el daño causado fue producto de la actividad de las captadoras no autorizadas.

Plantea las excepciones de **falta de competencia de este despacho para conocer de este trámite**, en aplicación a los artículos 3, 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 que regula las acciones de grupo, y que obliga a la inclusión a dichas acciones a todas las personas que se encuentren en idénticas condiciones, existiendo 2 acciones de grupo seguidas por la captación ilegal de dineros de PROYECCIONES DRFE. Plantea la excepción de **cosa juzgada constitucional** frente a los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional sobre el estado de emergencia social, decididos en sentencia C-135 de 2009, por lo que no puede volverse a estudiar su legalidad o

constitucionalidad.

Propone la excepción de **inexistencia de daño cierto**, al desconocerse con certeza la magnitud y cuantificación del daño, asumiendo un riesgo mediante un contrato conmutativo con efectos aleatorios, además de existir otros mecanismos judiciales como la intervención en concurso de acreedores dentro del proceso penal.

Indica que está demostrada la **culpa exclusiva de la víctima**, por los riesgos asumidos por los inversionistas en una actividad no autorizada, mediante la entrega voluntaria de dineros a un particular sin constatar previamente si se trataba de una entidad autorizada por la Superfinanciera y evitar el riesgo de perder sus dineros, siendo responsabilidad de cada persona verificar la legalidad, idoneidad y solvencia moral de las personas receptoras que no pertenecen al sector financiero.

Propone la **imputación errónea del daño y responsabilidad de un tercero**, pretendiendo endilgar la responsabilidad de la pérdida del dinero a la Superfinanciera, cuando esta atañe a la captadora ilegal PROYECCIONES DRFE.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Según obra en constancia secretarial del 04 de mayo de 2017 (folio 1463 C. Principal 5), dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, así lo hizo el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica, la parte Actora, la Superintendencia financiera de Colombia y de Sociedades.

- Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica.[6]

Considera que quedó demostrada la ausencia de responsabilidad de la Presidencia de la República por el supuesto daño aducido, que no ha faltado a sus funciones, como consecuencia del fracaso de una modalidad de aportes o inversiones de capital a unas personas que incautos por las expectativas de grandes ganancias, entregaron dinero bajo un riesgo inminente de su pérdida.

Confirma que no es el Estado el llamado a responder por el fracaso de los esquemas contractuales fraguados por la captadora, ni mucho menos la Presidencia de la República ante la ausencia de funciones que lo vinculen con la inspección, control y vigilancia de ese tipo de actividades, pero en todo caso el aparato estatal actuó en forma diligente y efectiva para hacer frente al problema social que ocasionaron las captadoras en el país.

Parte del supuesto que el ejercicio de la actividad financiera, el Estado no es garante del éxito de las operaciones que ejecuten los usuarios del sistema, sino que las personas que operen en él observen los principios y normas que lo rigen.

Frente a la acreditación del daño, sostiene que existe una incoherencia entre lo manifestado en la demanda y lo probado en el proceso, en la primera se habló de una inversión o depósito a la captadora, mientras que en los documentos se denomina un aporte o inversión a capital, tampoco se demostró de donde provenían los dineros entregados, además que la supuesta operación

[6] Folio 1368 al 1375 C. Ppal. 5.

financiera no concuerda con el formato de aportes que se le extendía una vez entregados los dineros a la captadora.

Aduce que las pruebas existentes y las explicaciones ofrecidas por las entidades demandadas, también demostraron que el eventual perjuicio aducido en la demanda no fue consecuencia cierta e inevitable de la responsabilidad imputada a la administración público, sino de la desidia y actuar temerario de aquel, quien por obviar todo deber de diligencia y cuidado en el manejo de sus negocios, se expuso al riesgo inminente de perder su capital, cegado por el ansia de percibir prontos y extraordinarios rendimientos.

Frente a la competencia y a la representación judicial, alude que las funciones que se pretenden enrostrar al Presidente de la República están endilgadas por la Constitución y la ley a la Superfinanciera, y de otra parte son disímiles las funciones ejercidas por el Presidente y el DAPRE.

Hace mención a los testimonios e interrogatorios de parte para concluir que desdibujan la teoría de la parte actora, al tener conocimiento de la actividad de captación ilegal y asumir el riesgo de invertir.

En general hace mención a las competencias de las entidades, las actuaciones realizadas, las informaciones por medios de comunicación y la ausencia de responsabilidad de las entidades demandadas, especialmente el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Parte Actora.[7]

En primer término señala que se encuentran acreditados cada uno de los hechos esbozados en la demanda, en especial la inversión de sus clientes en la empresa PROYECCIONES DRFE mediante el informe obtenido de la página web www.intervenciondrfe.com, que existió captación de dineros del pública lo cual nunca fue ocultado por la empresa, y con el conocimiento de las demandadas sobre esa situación.

A través de los testimonios se prueba que los demandantes invirtieron dineros en PROYECCIONES DRFE sin conocimiento que se tratara de una pirámide, lo cual salió a la luz pública con la intervención estatal mediante la declaratoria de un estado de excepción, pero anterior a ello la empresa funcionaba en una zona céntrica de la ciudad, con presencia de la Policía Nacional, exhibiéndose en sus instalaciones el permiso de funcionamiento de la Cámara de Comercio y el RUT expedido por la DIAN, dando una apariencia de legalidad y estabilidad financiera.

Asegura que la actividad de las pirámides era pública, a los ojos de toda la ciudadanía y de las entidades del Estado, y pese a que entidades territoriales como la Gobernación del Nariño remitieron diversos escritos y comunicaciones a entidades nacionales y a la Presidencia de la República, no se efectuaron acciones concretas y prontas para evitar la continuación de la actividad.

De otra parte se permite reiterar las razones por las cuales considera que de acuerdo a las competencias constitucionales y legales, cada una de las demandadas deben responder por el detrimento patrimonial de los demandantes.

---

[7] Folio 1376 al 1402 C. Ppal. 5.

Allega un CD obrante a folio 1402 en donde el Presidente de la República para la fecha, manifestó:

"por qué DMG lo que presenta es una operación comercial de compra venta de bienes muebles no una captación máxima e ilegal de dinero, yo le he dicho a la Superintendencia"

De otra parte se permite reiterar las razones por las cuales considera que de acuerdo a las competencias constitucionales y legales, cada una de las demandadas deben responder por el detrimento patrimonial de los demandantes.

- **Superintendencia Financiera de Colombia.**[8] (Folio 1096-1105 C. Principal 3).

Reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda y agrega que clausurado el debate probatorio, le es dable concluir que la entidad que representa actuó de manera diligente y oportuna siempre dentro del marco legal vigente para la época de los hechos con mirar a encarar el fenómeno de captación masiva de dineros al público, de allí que resulte inadmisible atribuirle responsabilidad alguna en el ejercicio propio de sus funciones, pues tal como aparece acreditado se desplegó una intensa actividad no sólo para verificar la conducta de las captadoras, sino también para advertir sobre los riesgos que pudieran devenir de entregar dineros a quienes no estuviesen autorizados para captarlos.

Resalta que la parte actora no cumplió con las cargas impuestas en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, que verificado el acervo probatorio obrante en el expediente, deduce que no existe prueba del DAÑO alegado, pues de las documentales aportadas por los accionantes, no es viable concluir ni su existencia, ni la época en que se habría producido, ni su cuantificación, o nexo con los demás hechos narrados por aquella.

Agrega que el daño indemnizable no puede provenir o ser causa de la anuencia, aceptación o que sean propiciados por la misma persona, y sobre este punto recalca que la inversión realizada por los demandantes en octubre de 2008 se hizo con conocimiento de las constantes advertencia de las autoridades estatales por diferentes medios de comunicación desde el año 2006 sobre el peligro de entregar su dinero a terceros no autorizados, cuya copia fue anexada al expediente y hace mención una a una, lo mismo que las comunicaciones emitidas directamente por al Superfinanciera, el Fogafin y la Dian.

Hace un análisis de los avisos en donde la Superintendencia Financiera realizó en diferentes diarios del país, en relación con la divulgación de las actuaciones adelantadas frente a las captadoras y actividades ilegales del mercado de valores y la prevención al público en general.

Concluye sus alegaciones manifestando que de las probanzas del proceso, se comprobó que fue la actuación de los demandantes que contribuyeron a la ocurrencia de los hechos, es decir, la voluntad libre de éstos de entregar sus dineros al establecimiento de comercio Proyecciones DRFE, fue lo que conllevo al deterioro de sus propios patrimonios, actuación que tiene el poder de romper el nexo causal entre el hecho y el daño, base de la responsabilidad, que es la culpa exclusiva de la víctima.

---

[8] Folio 1403 al 1424 y 1425 al 1435 C. Ppal. 5.

- **Superintendencia de Sociedades**[9]

Frente a la ocurrencia del daño indica que no se encuentra acreditado y que hasta tanto no se termine el proceso de intervención no será posible cuantificar las pérdidas de cada uno de los perjudicados.

Señala que la conducta generadora del daño es atribuible en forma exclusiva a los demandantes, las autoridades realizaron las actividades que estaban dentro de su marco competencial, y en último caso es la captadora la responsable de timar a los inversionistas con promesas de exorbitantes rendimientos financieros.

Sostiene que la supersociedades no tenía facultades legales para intervenir en el asunto, enmarcada exclusivamente en las sociedades comerciales y no frente a establecimientos de comercio, así mismo resalta que se emitieron comunicados de prensa advirtiendo a la comunidad sobre el ejercicio ilícito y sin autorización de captación masiva de dinero.

Al igual que las demás demandadas, endilga como rompimiento del nexo causal, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, determinantes en la producción del daño antijurídico.

Asegura que no se violó la confianza legítima de los demandantes, porque no se acompasa a los postulados establecidos por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos

- **Del Ministerio Público.** (folio 1323 AL 1335 C. Principal 5).

Conceptuó el Ministerio Público, solicitando se despache desfavorablemente la pretensiones de la demanda, teniendo como sustento; que la actividad mercantil implica la asunción voluntaria de riesgos y los negocios económicos de inversión de capital deben manejarse con estricta diligencia, tanto así que la Corte Constitucional considera que los rendimientos ofrecidos por estas captadoras ilegales de dinero eran anormales desde la racionalidad económica, lo que se traduce en una acción a propio riesgo y una exclusiva culpa de los inversores.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a) Competencia.

Agotadas como están las diferentes etapas procesales sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado, se procede a tomar la decisión que ponga fin al presente litigio por ser competente el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia para conocer y fallar el presente proceso, por la naturaleza de la acción, la cuantía y el lugar donde ocurrieron los hechos, según los artículos 134, 134 B y 134 D, literal f del CCA.

b) Problema Jurídico.

¿Son responsables administrativa y extracontractualmente la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DMG GRUPO HOLDING S.A EN LIQUIDACIÓN

[9] Folio 1441 al 1462 C. Ppal. 5.

por la omisión o irregularidad en la ejecución de las funciones de vigilancia, control e inspección por permitir el funcionamiento de la Comercializadora DMG o si por el contrario se configura un eximente de responsabilidad?

Previó a desatar el problema jurídico planteado, es menester resolver las excepciones previas planteadas por las Entidades demandas.

c) **Excepciones previas.**

- **Caducidad de la Acción.**

Como se señaló, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica en la contestación de la demanda, indicó que debido a que la audiencia de conciliación si se hizo, se debe considerar que una vez entregad ala constancia de conciliación, se debe reactivar el termino de caducidad, lo que para el caso en concreto la demanda debió presentarse el 6 de diciembre de 2010, presentándose solo hasta el 15 de diciembre de 2010, habiendo operado la caducidad de la acción.
Pues bien, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo señala:

> *ARTÍCULO 136.* *Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989* , *Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998* *Caducidad de las acciones.*
> *(...)*
> *8. 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.*

De conformidad con lo hechos de la demanda, se puede establecer que el Daño ocurrió el 17 de noviembre de 2008, día en que se expidió el Decreto 4333 y se intervino Proyecciones DRFE; razón por la cual la Actora contaba hasta el 17 de noviembre de 2010, para presentar la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, haciéndolo el 29 de septiembre de 2010 (folio 56 C. Ppal. 1), suspendiéndose el término de la caducidad a falta de un mes (01) y dieciocho (18) días.

Según Constancia Nº 0296-16, se llevó acabo la audiencia de conciliación el 03 de diciembre de 2010 (Folio 77 C. Ppal. 1), reanudándose el término de la caducidad de la acción al día siguiente, instaurándose la demanda el 16 de diciembre de 2010 (folio 365 C. Ppal. 2), es decir, se presentó a falta de más de un mes, concluyéndose que no operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

- **Falta de competencia.**

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (en adelante DAPRE) y la Superintendencia Financiera de Colombia, propusieron la falta de competencia por parte del Despacho para conocer del presente asunto.

Manifiesta en términos generales que en aplicación a los artículos 3, 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 que regula las acciones de grupo, y que obliga a la inclusión a dichas acciones a todas las personas que se encuentren en idénticas condiciones, existiendo 2 acciones de grupo seguidas por la captación ilegal de dineros de Proyecciones DRFE., el Despacho carece de competencia.

Sobre el particular, los artículos 55, 56 y 66 de la ley 472 de 1998 señalan, que dicha forma para reclamar de forma independiente a las de grupo y una vez analizada las disposiciones en mención, encuentran que las mismas no son imperativas sino potestativa, en donde el verbo utilizado es podrá mas no deberá, ahora bien sobre un caso similar, el consejo de Estado, señaló:

> *Se precisa que, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y en la Ley 472 de 1998, no existe obstáculo para la presentación de una acción de reparación directa en coexistencia de una acción de grupo, por cuanto, específicamente, según el artículo 88 de la Constitución Política[10] y 55 de la Ley 472 de 1998[11], el grupo de personas que sufren un perjuicio por las acciones u omisiones de los agentes estatales tienen la opción de presentar una acción de grupo, o de formular demanda de reparación directa y buscar su indemnización de manera individual[12].*

En consideración a lo expuesto no se comparten los argumentos de las excepciones planteadas, lo que conlleva a que esta judicatura sea competente para conocer y fallar este asunto, procediendo a negar la excepción previa de **falta de competencia.**

- **La falta de legitimación en la causa por pasiva la Fiscalía General de la Nación.**

Las funciones constitucional y legalmente asignadas a la Fiscalía General de la Nación, se contienen en los artículos 249 y siguientes de la Constitución Nacional. En dicho articulado, se asigna a esta entidad perteneciente a la Rama Judicial, una función general consistente en el ejercicio de la acción penal, para lo cual debe llevar a cabo la investigación de los hechos que revistan características de delito de los que tenga conocimiento, bien sea a través de una denuncia, una petición, una querella e incluso de oficio, siendo indispensable que para ello medien motivos suficientes y circunstancias fácticas que develen la existencia de un eventual punible.

Partiendo de ese entendido, observa este Despacho que no se evidencia que esta entidad, administrativamente hubiera tenido injerencia en la causación del daño que se describe en los hechos de la demanda, en tanto no es esta entidad la llamada a responder por no intervenir en asuntos para los cuales se han preestablecido los controles administrativos oficiales del caso por parte del legislador. Así, dado que la entrega de los dineros de parte de los demandantes se llevó a cabo sin que estos presentaran denuncia o querella alguna para impulsar la actuación de la actividad judicial investigativa y una vez se presentaron estas denuncias, la Fiscalía determinó la apertura y seguimiento de las conductas presuntamente irregulares que pudieron haberse constituido en un delito, en contra de quienes ejercieron en forma ilegal y oculta la captación y

---

[10] *"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.* ***También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares****. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos"* (Negrillas por fuera del texto original).

[11] *"Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas // La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella // Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo".*

[12] Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección b, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), Radicación numero: 11001-33-31-035-2010-00258-01(50326).

aprovechamiento de dineros del público, es imperioso concluir que no hay relación procesal entre esta entidad y los hechos que se presentan como génesis del perjuicio indemnizable.

Consecuente con la anterior disquisición, el Despacho declarará en la parte resolutiva de esta sentencia, que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, efectivamente se presenta para la Fiscalía General de la Nación.

Frente a la **falta de legitimación en la causa por pasiva**, planteadas por el **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** y la **Superintendencia de Sociedades**, argumentando que en el ámbito de sus competencias no son quienes tienen la función de inspección, control y vigilancia del sector financiero, por lo que no podrían responder por la omisión que atañen las pretensiones frente al incumplimiento de deberes de control sobre la actividad de captación no autorizada de dineros del público.

De acuerdo a lo indicado por éstas, para analizar la legitimación por pasiva deberá abordarse no solo el régimen competencial de las entidades, sino además su responsabilidad o no en las presuntas omisiones que quiere endilgarse a éstas, de manera que su estudio comprende analizar el material probatorio que obra dentro del proceso, por lo que las mismas se analizaran en el fondo del asunto, en donde se determinará su prosperidad.

d) **Del Régimen de Responsabilidad.**

En la presente demanda se depreca como indemnización de un presunto daño antijurídico por la omisión de inspección, control y vigilancia de las actividades de captación no autorizada de dineros del público, permitiendo que establecimientos comerciales PROYECCIONES D.R.F.E., defraudaran el patrimonio de muchos ciudadanos que acudieron a invertir bajo la confianza de ser una actividad lícita, regulada y autorizada por las entidades públicas.

En ese orden de ideas, y de conformidad con el problema jurídico, el título de imputación a aplicar es el de la falla del servicio. Así, de la cláusula constitucional de responsabilidad civil extracontractual del Estado decantada en el artículo 90 Superior, se ha extraído que para el reconocimiento de responsabilidad por la aplicación de la falla del servicio, se requiere la concurrencia probada de tres elementos, a saber: 1) el daño antijurídico, 2) la falla o falta del servicio y 3) el nexo o relación de causalidad entre el daño y la falla.

Sobre el particular, el consejo de estado, ha señalado:

> *En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración*[13].

Por lo anterior, y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado la falla en el servicio es la principal fuente de imputación de responsabilidad del Estado y se estructura cuando la Parte Actora prueba los siguientes elementos:

---

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA BOGOTÁ, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015) radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912).

a) una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración."

b) "Que se causó daño" que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, o administrativo, con las características predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable.

c) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.

En virtud de lo anterior, se procederá a analizar si reúne estos elementos de responsabilidad, esto es, el daño, la imputación o falla en el servicio y el nexo de causalidad y de esta manera determinar si se endilga responsabilidad a las entidades demandadas.

- Daño antijurídico.

En el presente asunto tenemos que la afectación cierta, real y determinable (características del daño antijurídico) recae sobre un bien jurídico tutelado, esto es la pérdida de un dinero[14] invertido por los demandantes a una empresa que se dedicaba a la captación masiva de dinero, como lo era el establecimiento comercial PROYECCIONES D.R.F.E; ahora bien, la categoría de antijurídico, se traduce en el deber constitucional de las autoridades de la República, para con los intereses privados de las personas residentes en Colombia, el cual se circunscribe a proteger su vida, honra, *bienes*, creencias y demás derechos y libertades[15]. En este orden de ideas, el Estado Social de Derecho garantiza y protege la propiedad privada (*bienes*).

De las pruebas allegadas en debida forma al proceso y que fueron sometidas a la contradicción de las partes, en relación con éste elemento de la responsabilidad quedó demostrado lo siguiente:

- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1143488, presentada por el señor JORGE EDGAR DUSSAN VARGAS. (folio 78)
- Fotocopia autenticada del oficio de reclamación del señor JORGE EDGAR DUSSAN VARGAS (folio 79)
- Informe descargado de la página de internet wvvw.intervenciondrfe.com, sobre los datos de reclamación del señor JORGE EDGAR DUSSAN VARGAS (folio 80)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1143478, presentada por la señora AYDÉ PEREA. (folio 81)
- Fotocopia simple del oficio de reclamación presentada por la señora AYDÉ PEREA. (folio 82)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre los datos

[14] Bien mueble fungible.
[15] **ARTICULO 2 CN.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

de reclamación de la señora AYDÉ PEREA. (folio 84)

- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1142919, 1143503 y 1143673, presentada por el señor ORLANDO SUAREZ AVILA. (folio 85-87)
- Copia original del oficio de reclamación realizada por el señor ORLANDO SUAREZ AVILA. (folio 88)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre los datos de reclamación del señor ORLANDO SUAREZ AVILA. (folio 90)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1142931, 1143501 y 1489908, presentada por la señora MARÍA YOLDY RODRÍGUEZ RAMOS. (folio 91-93)
- Copia original del oficio de reclamación realizada por la señora MARÍA YOLDY RODRÍGUEZ RAMOS. (folio 94)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señora MARÍA YOLDY RODRÍGUEZ RAMOS. (folio 96)
- Fotocopia simple de los formularios de inversión Nº 1143830 y 1144870, presentada por el señor LUIS ENRIQUE VALENZUELA SOTO. (folio 97)
- Copia original del oficio de reclamación realizado por LUIS ENRIQUE VALENZUELA SOTO. (folio 93)
- Informe descargado de internet www.intervenciondrfe.com sobre el estado de la reclamación de LUIS ENRIQUE VALENZUELA SOTO. (folio 100)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1143692 y 1144313, presentada por la señora RUBI STELLA OSORIO CALDERON. (folio 101)
- Fotocopia simple del oficio de reclamación realizada por RUBI STELLA OSORIO CALDERON. (folio 102)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señora RUBI STELLA OSORIO CALDERON. (folio 104)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº1490188 presentada por MARÍA NANCY ESPAÑA DE MORALES. (folio 128)
- Copia original del oficio de reclamación realizado por MARÍA NANCY ESPAÑA DE MORALES. (folio 129)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com sobre el estado de reclamación de la señora MARÍA NANCY ESPAÑA DE MORALES. (folio 131)
- Fotocopia simple de los formularios de inversión Nº 1143616 y 1145817 presentados por la señora ORFA ALVIS NAVIA. (folio 105-106)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señora ORFA ALVIS NAVIA. (folio 108)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1144448, presentada por TANIA PAOLA ESTRELLA DELGADO. (folio 109)
- Copia original del oficio de reclamación, realizada por la señora TANIA PAOLA ESTRELLA DELGADO. (folio 110)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señora TANIA PAOLA ESTRELLA DELGADO. (folio 111)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1145546 presentado por la señora MERY RAMÍREZ DE ESPAÑA. (folio 112)
- Fotocopia autentica del oficio de reclamación, realizado por MERY RAMÍREZ DE ESPAÑA. (folio 113)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señora MERY RAMÍREZ DE ESPAÑA. (folio 116)

- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1145513 de la señora YUDDY ASTRID CEDEÑO CASTRO. (folio 117)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señora YUDDY ASTRID CEDEÑO CASTRO. (folio 119)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1144446 del señor JOAN ALEXANDER ESTRELLA DELGADO. (folio 120)
- Copia original del oficio de reclamación presentada por el señor JOAN ALEXANDER ESTRELLA DELGADO. (folio 121)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señor JOAN ALEXANDER ESTRELLA DELGADO. (folio 123)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1143491 realizada por ESTHER JULIA ESPAÑA RAMÍREZ. (folio 124)
- Copia original del oficio de reclamación presentada por la señora ESTHER JULIA ESPAÑA RAMÍREZ. (folio 125)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señora ESTHER JULIA ESPAÑA RAMÍREZ. (folio 127)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490155 realizada por la señora CECILIA GONZÁLEZ DE MORALES. (folio 132)
- Copia original del oficio de reclamación realizada por CECILIA GONZÁLEZ DE MORALES. (folio 133)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de reclamación de la señora CECILIA GONZÁLEZ DE MORALES. (folio 135)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1145482 realizada por RICARDO RODRÍGUEZ BEDOYA. (folio 136)
- Copia original del oficio de reclamación, presentada por RICARDO RODRÍGUEZ BEDOYA. (folio 137-138)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de cuenta presentada por RICARDO RODRÍGUEZ BEDOYA. (folio 140)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1145738, realizada por LUIS ALBERTO CABRERA NEUTA. (folio 141)
- Copia original del oficio de reclamación, presentada por LUIS ALBERTO CABRERA NEUTA. (folio 142)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre los datos de reclamación de LUIS ALBERTO CABRERA NEUTA. (folio 144)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1145547 y 1490158 realizada por ANDREA MEDINA SUÁREZ. (folio 145)
- Copia Original del oficio de reclamación presentado por la señora ANDREA MEDINA SUÁREZ. (folio 146)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre los datos de reclamación de ANDREA MEDINA SUÁREZ. (folio 148)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490163 de GERMÁN MORALES ALVARADO. (folio 149)
- Copia Original del oficio de reclamación de GERMÁN MORALES ALVARADO. (folio 150)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de cuenta de GERMÁN MORALES ALVARADO. (folio 152)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1144831 y 1143749 de YUDY

PAOLA PALADINEZ. (folio 153)

- Copia Original del oficio de reclamación de YUDY PAOLA PALADINEZ. (folio 154)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de cuenta de YUDY PAOLA PALADINEZ. (folio 156)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490109 de GLORIA LUZ TÁBARES CASTAÑEDA. (folio 157)
- Fotocopia autenticada del oficio de reclamación de GLORIA LUZ TÁBARES CASTAÑEDA. (folio 158-160)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de cuenta de GLORIA LUZ TÁBARES CASTAÑEDA. (folio 162) **rechazado.**
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1145490 de INÉS GALINDO IRIARTE. (folio 163)
- Fotocopia del oficio de reclamación de INÉS GALINDO IRIARTE. (folio 164-165)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1144300 de ELSA MAGALI OSORIO CALDERÓN. (folio 167)
- Fotocopia simple del oficio de reclamación de ELSA MAGALI OSORIO CALDERÓN. (folio 168)
- Informe descargado de la página de internet www.inteivenciondrfe.com, sobre el estado de cuenta de ELSA MAGALI OSORIO CALDERÓN. (folio 170)
- Fotocopias autenticadas de los formularios de inversión Nº 1143592 y 1490210 de JOSÉ JOEL VALENCIA LONDOÑO. (folio 171)
- Copia original del oficio de reclamación presentada por JOSÉ JOEL VALENCIA LONDOÑO. (folio 172)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de cuenta del señor JOSÉ JOEL VALENCIA LONDOÑO. (folio 173)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1143851, 1143728 y 1145598 de NEIRA MARÍA TORRES LOSADA (folio 174)
- Copia original del oficio de reclamación presentada por NEIRA MARÍA TORRES LOSADA. (folio 175)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de cuenta de la señora NEIRA MARÍA TORRES LOSADA. (folio 176) **RECHAZADO**
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1142053 y 1145124 de BENJAMIN RODRÍGUEZ DÍAZ. (folio 177)
- Copia autentica del oficio de reclamación de BENJAMIN RODRÍGUEZ DÍAZ. (folio 178)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com sobre el estado de la reclamación de BENJAMIN RODRÍGUEZ DÍAZ. (folio 179)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1145754 y 1143275 de DUBIER GARCÍA GÓMEZ. (folio 180)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com sobre el estado de la reclamación de DUBIER GARCÍA GÓMEZ. (folio 181)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1143494 de PAOLA ANDREA MORALES GONZÁLEZ. (folio 182)
- Copia original del oficio de reclamación de PAOLA ANDREA MORALES GONZÁLEZ. (folio 183)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de PAOLA ANDREA MORALES GONZÁLEZ. (folio 185)

- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1143858 de VÍCTOR MANUEL MONTALVO. (folio 186)
- Copia original del oficio de reclamación presentada por VÍCTOR MANUEL MONTALVO. (folio 187)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de VÍCTOR MANUEL MONTALVO. (folio 187)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490224 de EDWIN LASSO NÚÑEZ. (folio 188)
- Copia original del oficio de reclamación presentada por EDWIN LASSO NÚÑEZ. (folio 189)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de EDWIN LASSO NÚÑEZ. (folio 191)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1143703 de OLMEDO DÍAZ DURÁN (folio 192)
- Copia original del oficio de reclamación presentada por OLMEDO DÍAZ DURÁN. (folio 193)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de OLMEDO DÍAZ DURÁN. (folio 195) **Rechazado.**
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490551 de FLORESMIRO MENDOZA. (folio 196)
- Fotocopia autentica del oficio de reclamación, presentado por FLORESMIRO MENDOZA. (folio 197)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de FLORESMIRO MENDOZA. (folio 199)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 0000001776 de EDGAR HERNÁN VARONA VARGAS. (folio 200)
- Fotocopia del oficio de reclamación presentada por EDGAR HERNÁN VARONA VARGAS. (folio 201)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de EDGAR HERNÁN VARONA VARGAS. (folio 202)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 145106 de JORGE OCHOA VALDERRAMA. (folio 203)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de JORGE OCHOA VALDERRAMA. (folio 205)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1144829 y 1145545 de LAURA ANAYA ROMERO. (folio 206)
- Copia original del oficio de reclamación, presentada por LAURA ANAYA ROMERO (folio 207).
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de LAURA ANAYA ROMERO. (folio 209)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1145739 de BEATRIZ REYES ESCARPETA. (folio 210)
- Copia original del oficio de reclamación presentada por BEATRIZ REYES ESCARPETA. (folio 211)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de BEATRIZ REYES ESCARPETA. (folio 213)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490156 de ARACELLY MARÍN

RAMÍREZ. (folio 214)

- Copia Original del oficio de reclamación, presentada por ARACELLY MARÍN RAMÍREZ. (folio 215)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de ARACELLY MARÍN RAMÍREZ (folio 217)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 145249 de WILSON MARTÍNEZ PARRA. (folio 218)
- Fotocopia simple del oficio de reclamación, presentada por WILSON MARTÍNEZ PARRA. (folio 219)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de WILSON MARTÍNEZ PARRA. (folio 221)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1142730, 1144042 y 1490813 de CARMELO CHILA SÁNCHEZ. (folio 222-224)
- Fotocopia autentica del oficio de reclamación, presentada por CARMELO CHILA SÁNCHEZ. (folio 225)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de CARMELO CHILA SÁNCHEZ. (folio 227)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1144919 de EDGAR MAURICIO MONJE PARRA. (folio 228)
- Fotocopia autentica del oficio de reclamación, presentada por EDGAR MAURICIO MONJE PARRA. (folio 229)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de EDGAR MAURICIO MONJE PARRA. (folio 230)
- Fotocopia autenticada de los formularios de inversión Nº 1142788 y 1144981 de BEATRIZ MEDINA DE CHILA. (folio 231-232)
- Fotocopia auténtica del oficio de reclamación, presentada por BEATRIZ MEDINA DE CHILA. (folio 233)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de BEATRIZ MEDINA DE CHILA. (folio 235)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1145198 de ALEXANDER MONTOYA RIVAS. (folio 236)
- Fotocopia autenticada del oficio de reclamación, presentado por ALEXANDER MONTOYA RIVAS. (folio 237)
- Informe descargado de la página de internet www.intervencionclrfe.com, sobre el estado de la reclamación de ALEXANDER MONTOYA RIVAS. (folio 239)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490073 de ABIGAIL CALDERÓN DE GARZÓN. (folio 240)
- Copia Original del oficio de reclamación, presentado por ABIGAIL CALDERÓN DE GARZÓN. (folio 241)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de ABIGAIL CALDERÓN DE GARZÓN. (folio 243)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 14900197 de MANUEL DELGADO SIERRA. (folio 244)
- Copia informal del oficio de reclamación presentado por MANUEL DELGADO SIERRA. (folio 245)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de MANUEL DELGADO SIERRA. (folio 247)

- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 145149 de FLAMINIO VALENCIA QUINTERO. (folio 248)
- Copia original del oficio de reclamación, presentado por FLAMINIO VALENCIA QUINTERO. (folio 249)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de FLAMINIO VALENCIA QUINTERO. (folio 251)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490069 de FRANCISCO PEÑA BARATO. (folio 252)
- Copia original del oficio de reclamación, presentado por FRANCISCO PEÑA BARATO. (folio 253)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de FRANCISCO PEÑA BARATO. (folio 254)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1144034 de JORGE PATIÑO. (folio 255)
- Fotocopia autentica del oficio de reclamación, presentado por JORGE PATIÑO. (folio 256-257)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de JORGE PATIÑO. (folio 258)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1144155 de JOSÉ KENNEDY PALOMA CRIOLLO. (folio 259)
- Fotocopia autentica del oficio de reclamación, presentado por JOSÉ KENNEDY PALOMA CRIOLLO. (folio 362)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre el estado de la reclamación de JOSÉ KENNEDY PALOMA CRIOLLO. (folio 361)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1144221 de EDUARDO SÁNCHEZ ZAMBRANO. (folio 261)
- Copia original del oficio de reclamación, presentada por EDUARDO SÁNCHEZ ZAMBRANO. (folio 263)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre los datos de reclamación de EDUARDO SÁNCHEZ ZAMBRANO. (folio 265)
- Original del formulario de inversión Nº 1144835 de HÉCTOR CAMILO TRUJILLO BAHOS. (folio 266)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre los datos de reclamación de HÉCTOR CAMILO TRUJILLO BAHOS. (folio 268)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1144830 de GRISELDA PALADINEZ VARGAS. (folio 269)
- Copia original del oficio de reclamación, presentada por GRISELDA PALADINEZ VARGAS. (folio 270)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre los datos de reclamación de GRISELDA PALADINEZ VARGAS. (folio 272)
- Fotocopia autenticada del formulario de inversión Nº 1490821 de GUILLERMO PLAZA ANACONA. (folio 273)
- Copia original del oficio de reclamación, presentada por GUILLERMO PLAZA ANACONA. (folio 274)
- Informe descargado de la página de internet www.intervenciondrfe.com, sobre los datos de reclamación de GUILLERMO PLAZA ANACONA. (folio 275) **Rechazado.**

De lo anterior resulta claro que a los actores se les afectó su derecho al patrimonio, que como se manifestó es de protección constitucional, quedando de esta manera acreditado el primer elemento de la responsabilidad extracontractual, ahora bien, para el despacho el presente daño es cierto, no como lo establece la Superintendencia Financiera, la cual propuso como excepción de fondo la inexistencia de daño cierto, puesto que se desconoce la magnitud y cuantificación el daño, pues bien, una cosa es que el daño sea cierto y futuro o genérico, en donde este último no es indemnizable.

No obstante, para los señores GLORIA LUZ TÁBARES CASTAÑEDA, NEIRA MARÍA TORRES LOSADA, OLMEDO DÍAZ DURÁN y GUILLERMO PLAZA ANACONA, si bien existe formulario de inversión y reclamación, dentro del informe que reporta de la página web de Inversión D.R.F.E., aparece como rechaza la solicitud, por lo que no se puede inferir el daño alegado por lo que para ellos al no estar demostrado el primer elemento de la responsabilidad, resulta inocuo el análisis de los demás elementos de Responsabilidad Estatal.

Pues bien, en la actualidad no se conoce con precisión y en caso de que prosperen las pretensiones el monto de lo adeudado a los actores, pero ello no quiere decir que el daño no sea cierto, pues se recuerda a las partes que en la actualidad, la Comercializadora DMG Holding se encuentra en proceso de liquidación, quedando a la espera de la liquidación final, al respecto, es indispensable traer a colación lo manifestado por el Tratadista Juan Carlos Henao, que sobre el particular, ha señalado; "*...debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél "es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará"...*"[16], se itera nos encontramos ante un daño cierto y futuro, por lo que se desestima la excepción propuesta por la demandada.

Ahora, como el daño es un elemento indispensable para la existencia de responsabilidad, pero no suficiente para que se declare, se pasara a estudiar los otros elementos con el objetivo de determinar si se puede o no endilgar la misma a las Demandadas.

- **De la imputación y el nexo de causalidad.**

La Parte actora endilga el daño antijurídico analizado, por la omisión en los deberes de supervisión en las actividades de captación masiva de dineros del público sin autorización, resulta preciso inicialmente indicar cuál era la normatividad que regía esta obligación a cargo del Estado.

La Carta Política de 1991, en su artículo 335, estableció que las actividades financiera, bursátil y cualesquiera otra relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público, que únicamente podrán ser ejercidas previa autorización del Estado, de conformidad con lo que disponga la ley que, a su vez, se ocupe de regular la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promover la democratización del crédito[17].

A su turno, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto 663 de 1993- dispuso que el sistema financiero y asegurador estaba conformado de la siguiente manera: i) **establecimientos de crédito**; ii) sociedades de servicios financieros; iii) sociedades de capitalización; iv) entidades aseguradoras; v) intermediarios de seguros y reaseguros.

---

[16] HENAO. Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Pág. 131. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. Bogotá D.C. 2007.
[17] En términos similares a los expuestos en la presente providencia, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de junio de 2012, Expediente: 21.249, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Los establecimientos de crédito, a su vez, están conformados por varias clases de instituciones financieras como son los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda, las compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras.

Por su parte, el artículo 53 del citado Estatuto Orgánico dispuso que las normas de intervención y regulación que adopte el Gobierno Nacional, deberán tener en cuenta la naturaleza especial de las entidades citadas anteriormente.

Así pues, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero estableció, a cargo de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– importantes funciones y/o facultades[18], entre las cuales se destacan las siguientes:

a. *Funciones de control y vigilancia:*

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

- Dictar las normas generales que deben observar las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

b. *Facultades de supervisión:*

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

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

c. *Facultades de prevención y sanción:*

- Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan, de inmediato, las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura;

[18] Artículo 326 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF–.

- Imponer una o varias de las medidas cautelares o sanciones previstas en el aludido Estatuto a las personas naturales y jurídicas que efectúen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización.

- Adoptar, cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualesquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:

> "- *Establecer una vigilancia especial, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.*
>
> - *Coordinar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras las acciones pertinentes, de acuerdo con las disposiciones que regulen su funcionamiento.*
>
> - *Promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada.*
>
> - *Ordenar la recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales.*
>
> - *Promover la cesión total o parcial de sus activos, pasivos o contratos o la enajenación de sus establecimientos de comercio a otra institución.*
>
> - *Ordenar la adopción de un plan de recuperación*".

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

d. *Funciones de certificación y publicidad*:

- De acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su inspección y control permanentes, expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal.

- Certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general.

- Ordenar la publicación de los estados financieros de las entidades sometidas a su control y vigilancia, así como de los ajustes o rectificaciones a tales estados financieros que ordene la Superintendencia Bancaria. Igualmente ordenará la publicación de los indicadores de las instituciones vigiladas.

Ahora bien, el referido Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su artículo 113, estableció unas **medidas preventivas** para evitar la toma de posesión de bienes de aquellas entidades que se encuentren sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, entre las cuales dispuso las siguientes:

1. Vigilancia especial[19].
2. **Recapitalización**[20].
3. Administración fiduciaria.
4. Cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución.
5. Fusión.
6. Programa de recuperación.
7. Suspensión de la compensación de los saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales.
8. Exclusión de activos y pasivos.

En relación con la toma de posesión de bienes, el Decreto 663 de 1993[21] precisó unas causales para que la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– pudiera tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, previo concepto del Consejo Asesor, a saber:

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

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

a. Cuando se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado.

---

[19] Artículo 113 del EOSF: *"La vigilancia especial es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria determinar los requisitos que tales entidades deben observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen".*
[20] La **recapitalización** es un término que hace referencia al proceso por el que una empresa aumenta su capital como consecuencia de una mayor necesidad de garantizar su estructura y responder de sus obligaciones a corto o medio plazo. Se realiza generalmente cambiando la propia estructura del capital de la empresa, canjeando bonos o deuda por acciones.
[21] Artículo 114 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 795 de 2003.

b. Cuando haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general señale el Gobierno Nacional.

También se han atribuido funciones específicas a la Superintendencia Financiera de Colombia, a través del Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional en el artículo 43 del Decreto 4327 de 2005:

> **Artículo 43.** Despacho del Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. El Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional tendrá las siguientes funciones:
> 1. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, cualquiera de las medidas preventivas previstas en el literal c) del artículo 6° de la Ley 964 de 20 05 o las normas que la modifiquen o adicionen.
> **2. Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, las medidas cautelares previstas por las normas vigentes para los casos de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas.**
> 3. Resolver en coordinación con el Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión de Riesgos y Conductas de Mercados las controversias suscitadas entre los Superintendentes Delegados para Supervisión por Riesgos y los Superintendentes Delegados para Supervisión Institucional por la adopción de decisiones que afecten la estabilidad de las instituciones, previo concepto del Comité de Coordinación del Núcleo de Supervisión.
> 4. Solicitar a la Dirección de Investigación y Desarrollo, el diseño y/o ajuste de las metodologías de supervisión o de la normatividad, así como el diseño de los instrumentos que permitan a las entidades administrar y controlar sus riesgos.
> 5. Proponer, al Superintendente Financiero la adopción de cualquiera de los institutos de salvamento o de la toma de posesión.
> 6. Informar sus decisiones a las demás áreas con interés en los asuntos objeto de pronunciamiento.
> **7. Decretar la disolución y ordenar la liquidación cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.**
> 8. Ordenar a título de sanción, dentro del ámbito de su competencia, la suspensión o cancelación de la inscripción en cualquiera de los registros que conforman el Sistema Integral de Información del Mercado de Valores.

Descendiendo al caso *sub examine* se procederá a analizar el cumplimiento de dichas funciones por las entidades demandadas, en especial por la Superintendencia Financiera de Colombia, pues como se observa es sobre ella que recae el deber de vigilancia y control de todas las entidades destinadas a la captación de dinero, por ser una de las funciones que mantienen según la Constitución de 1991 en cabeza del Estado.

Dentro del expediente se allegó lo siguiente:

- Contestación de oficio OFI09-00003207/AUV 13200 del 18 de enero de 2009, dirigido al Secretario jurídico de la Presidencia de la República, en donde aparece un ítem de *Avisos y Advertencias al Público* en donde manifiesta:

"Como complemento de la respuesta dada a la Corte Constitucional mediante oficio 2008081407-001 del pasado 1 de diciembre en relación con las actuaciones llevadas a cabo por la Superintendencia Financiera de Colombia, conviene resaltar que se publicaron en distintos diarios del país avisos previniendo e informando a la ciudadanía en general, que debían de abstenerse de colocar sus recursos en entidades no autorizadas para captar recursos del público, tal y como se indica a continuación:

Fecha	*Medio*
23 de diciembre de 2006	*El tiempo*
24 de diciembre de 2006	*El tiempo*
30 de diciembre de 2006	*El tiempo*
31 de diciembre de 2006	*El tiempo*
17 de septiembre de 2007	*El tiempo*
20 de septiembre de 2007	*Llano 7 Días*
29 de septiembre de 2007	*Nuevo Putumayo*
9 de octubre de 2007	*El tiempo*
11 de octubre de 2007	*Llano 7 Días*
15 de octubre de 2007	*Nuevo Putumayo*
27 de enero de 2008	*El tiempo*
28 de enero de 2008	*Portafolio*
29 de abril de 2008	*El tiempo*
14 de noviembre de 2008	*El tiempo*

(...)
1.1.3. Investigaciones Administrativas.

Ahora bien, con las actuaciones puntuales sobre los eventuales captadores a los que se hizo alusión en nuestra respuesta anterior (oficio 2008081407-001), nos permitimos a continuación complementar dicha información detallado el estado de la actuación a la fecha de la declaratoria de las medidas de emergencia, utilizando los cuadros remitidos en esa oportunidad, a los cuales se les incluyó una columna para el efecto, a saber:

	Nombre eventual captador	*Estado de la actuación a la fecha de la declaratoria*
Año 2008		
8	*Proyecciones DRFE*	*Antes de la declaración de medidas de emergencia social (17 de noviembre de 2008), la Superintendencia Financiera ya había adelantado la correspondiente investigación administrativa sobre el ejercicio ilegal de la actividad de captación por parte del propietario del establecimiento de comercio denominada Proyecciones DRFE, y como consecuencia se había expedido la Resolución 1778 del 11 de noviembre 2008, notificada por aviso al día siguiente, mediante la cual se adoptaron medidas cautelares de carácter administrativo, al amparo de los supuestos normativos contemplados en el Decreto 1228 de 1996.*

		En dicha Resolución se le ordenó al comerciante Carlos Alfredo Suárez, entre otras medidas, la suspensión inmediata y definitiva de la actividad de captación ilegal; abstenerse de continuar ejerciendo dicha actividad; la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente; la devolución de la totalidad de los dineros captados del público, y el traslado del expediente de la actuación administrativa al Juez Civil del Circuito de Pasto. *Posteriormente y como consecuencia de la expedición de los decretos de emergencia social, con base en el Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008; la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus competencia, mediante Auto del 19 de noviembre de 2008, cuya copia se adjunta a la presente comunicación dispuso la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios del citado comerciante, a efectos de proceder a la devolución expedida de los dineros captados bajo el procedimiento especial previsto para el efecto en dicho decreto.*
(...)		

Como se observa, las investigaciones administrativas realizadas ante la declaratoria de la emergencia dieron como resultado que en los casos como Británica Internacional, Sociedad Grupo DMG S.A, Corporación Superservi, Proyecciones DRFE y Grupo Network Inversiones Ltda., se demostrara la existencia de las causales de captación y por consiguiente se adoptaran las medidas cautelares correspondientes.

(...) Folio 800-820. C. Principal 3).

- respuesta a quienes acudieron en peticiones para conocer acerca de la legalidad de la actividad y la anuencia o autorización del Estado (folio 744 revés CD Archivo SBBOG01 # 3843659 v2, folios 1064 y 1065, C principal 3) antecedentes administrativos del proceso sancionatorio seguido contra Proyecciones DRFE, dentro de los cuales obran algunas peticiones de interés particular formuladas por personas naturales o entidades públicas, a las cuales se les dio contestación oportuna a 14 solicitudes elevadas sobre la empresa Proyecciones DRFE así:

Fecha	Descripción
16/04/2008	El CTI de la Fiscalía General de la Nación requiere a la dirección legal para intermediarios financieros SFC, si SFC ha expedido autorización para captar dineros del público a Proyecciones DRFE y/o al señor Carlos Alfredo Suárez
16/04/2008	La Dirección Legal para intermediarios financieros SFC responde informando que no se ha expedido autorización a dichas personas

09/06/2008	El Departamento de Policía Cauca Requiere a la Dirección Legal para intermediarios financieros SFC si SFC ha expedido autorización para captar dineros del público a PROYECCIONES DRFE
25/04/2008 (Sic)	La Dirección Legal para intermediarios financieros responde el derecho informando que no se ha expedido autorización a dichas personas
04/6/2008	Policía de Putumayo señala que en los últimos meses han venido proliferando empresas de captación masiva y habitual de dinero al público en la cual ha hecho presencia PROYECCIONES DRFE, la cual solicitó al comando sus servicios de seguridad, en el evento de traslados y remisiones de dinero, así mismo, avoca la presencia policial a los alrededores de los lugares donde funciona a fin de evitar que sean objeto de hurtos, atracos, o situaciones ilícitas por parte de delincuentes.
01/08/2008	Respuesta final al comandante de Policía de Putumayo señalando que DRFE no se encuentra sometida a la inspección, control y vigilancia de la SFC ni autorizada para realizar operaciones de captación masiva y habitual.
05/06/2008	El señor Miguel Antonio Plazas Muñoz requiere a la SFC si SFC ha expedido autorización para captar dineros del público a Proyecciones DRFE
04/07/2008	La Dirección Legal para intermediarios financieros SFC responde, informando que no se ha expedido autorización a dichas personas.
06/06/2008	Darío Fernando Pantoja de la Secretaría Municipal de Ipiales en su derecho de petición solicita información precisa acerca de la obligación que tendrá la empresa en comento para adquirir previamente una autorización de la entidad que usted representa, para iniciar, desarrollar y culminar las operaciones mercantiles y financieras.
04/08/2008	Respuesta final a Darío Fernando Pantoja Bastidas Secretario de Gobierno en la cual se señala que PROYECCIONES DRFE no se encuentra sometida a la inspección, control y vigilancia de esta SFC ni está autorizada para realizar operaciones de captación masiva y habitual de dineros del público.
10/06/2008	El señor Dídimo Benavidez requiere a la SFC si SFC ha expedido autorización para captar dineros del públicos a DMG Y PROYECCIONES DRFE
11/07/2008	la Dirección Legal para intermediarios financieros SFC responde informando que no se ha expedido autorización a dichas personas.
17/06/2008	El señor Hernando Rosero requiere a la SFC si SFC ha expedido autorización para captar dineros del público a Proyecciones DRFE
04/07/2008	La Dirección Legal para intermediarios financieros SFC responde informando que no se ha expedido autorización a dichas personas
23/06/2008	Departamento de Policía de Putumayo remite documentación de Proyecciones DRFE allegada al comando en la cual el representante legal acredita la legalidad de la empresa y a su vez reitera la necesidad de la colaboración por parte de esa institución en el momento en que la empresa lo requiera.
14/08/2008	Formato de finalización de expediente.
03/07/2008	El CTI Fiscalía de Popayán requiere a la SFC si SFC ha expedido autorización para captar dineros del público a Proyecciones DRFE.
11/07/2008	La Dirección Legal para intermediarios financieros SFC responde que no se ha expedido autorización a dichas personas
08/07/2008	Hernando Rosero Rivera pregunta que si las pirámides están inscritas ante la cámara de comercio y pegan los papeles que le acreditan como legal, qué es lo que hace la SFC ante este hecho que miles de colombianos inviertan altas sumas de dinero porque no hay leyes para ellas.
31/07/2008	Respuesta final al señor Hernando Rosero Rivera en la cual se le señala cuáles son las entidades autorizadas para captar recursos y otras explicaciones.
15/07/2008	Supersociedades traslada consulta radicada en SFC.
17/07/2008	Formato de finalización de expediente por cuanto se dio respuesta final.
22/07/2008	El señor Luis Eduardo Aguirre Ortiz requiere a la SFC si SFC ha expedido autorización para captar dineros del público a Proyecciones DRFE
24/10/2009 (sic)	Respuesta de Dirección Legal para intermediarios financieros de Jesus H. Guala, Luis Eduardo Aguirre informándole que la firma consultada no tiene autorización para captar dinero del público.
21/07/2008	Departamento de Policía del Valle informa que desde julio viene funcionando Proyecciones DRFE la cual se dedica a la captación de dinero, a la que a diario

	acuden ciudadanos para realizar depósitos en dinero con la promesa de 80% de intereses. Lo anterior para prevenir que los ciudadanos no sean estafados.
31/07/2008	Respuesta final al Mayor Juan Carlos Rivera Floriano de la Policía de Palmira señalándole que DRFE no se encuentra sometida a la inspección, control y vigilancia de esta SFC ni autorizada para realizar operaciones de captación.
25/07/2008	Secretaría de Gobierno de Florida Valle solicita se ordene el inicio de una investigación de oficio a los propietarios del establecimiento comercial Proyecciones DRFE.
13/08/2008	Respuesta final al secretario de gobierno de Florida Valle señalando que DRFE no es vigilada ni autorizada por esta SFC para captar recursos del público e igualmente se le señala cuáles son las entidades autorizadas para captar recursos del público.
25/07/2008	Policía de Palmira solicita certifiquen si DRFE tiene autorización por parte de la SFC para captar dineros del público.
25/07/2008	respuesta final a la Policía de Palmira indicándoles que la entidad DRFE no tiene autorización por parte de la SFC para captar dineros del público
01/09/2008	El señor Hermes Favio Escobar Rosero presenta derecho de petición solicitando información de si las actividades que están adelantando la entidad son ilegales frente al Estado o si tiende a que resulte como las demás pirámides que han estafado a una serie de colombianos inclusive.
01/09/2008	Respuesta final a Hermes Favio Escobar Rosero señalando que ni la empresa ni el señor Suárez se encuentran vigilados por la SFC ni tampoco están autorizados para captar recursos.

- **Informe interno de inspección 8-19 de septiembre de 2008** (F.1215-1291 CD Folio 744 revés CD Archivo SBBOG01 # 3843659 v2, Cuaderno principal 3): es presentado por la Superintendencia Financiera, realizando visita de inspección a PROYECCIONES DRFE por la información suministrada por diferentes autoridades, entre ellas la Fiscalía General de la Nación.

  Se pudo evidencia que el objeto social de PROYECCIONES DRFE, es la de Inversiones, prestamos, venta, compra, permuta, asesorías administrativas, contables, divisas.

  De igual manera se indagó sobre la gestión realizada por Proyecciones D.R.F.E., para la administración de recursos en efectivo recibidos de las personas vinculadas, mediante comunicación del 11 de septiembre de 2008 manifestaron: "*La descripcion (SIC) de la gestion (SIC) realizada por Proyecciones D.R.F.E. para la administracion (SIC) de los recursos en efectibvo (SIC) recibidos de las personas viculadas, lo entregara (SIC) la persona mas (SIC) competente e idonea (SIC), para resolver las preguntas e iquietudes (SIC) de la comisión (SIC) tenga al respecto, por escrito y se enviara (SIC) a las oficinas de la Super Intendencia (SIC) Financiera en Bogota, (SIC)el dia (SIC)Lunes (SIC) 22 de Spetiembre (SIC) del presente*", pese a ello de la entrevista realizada a la señora Cristina Suárez-Gerente Regional Nariño, respecto a este tema, manifestó que se realizaban inversiones en el exterior, realizando giros al exterior a través de casas de cambio.

  Los anteriores hechos permiten inferir que parte de los recursos económicos con los cuales Proyecciones D.R.F.E., ha realizado el pago de las obligaciones derivadas de los depósitos realizados por las personas con el propósito de obtener los beneficios, así para el cumplimiento de otras obligaciones de tipo administrativo y comercial, son los mismos que han poseído en caja, recaudados en desarrollo de la vinculación de nuevas personas.

  Como conclusión de dicha inspección, se obtuvo:

"De acuerdo con la revisión de la información aportada, en desarrollo de la inspección, y los aspectos descritos a lo largo del presente informe entorno a las características de la actividad que desarrolla el comerciante CARLOS ALFREDO SUAREZ a través de PROYECCIONES D.R.F.E, permite inferir que la misma, configura una actividad de captación masiva y habitual de dineros del público, en los términos del Decreto 1981 de 1988".

- **Memorando Interno del 10 de noviembre de 2008, dirigido al Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional (E),** por medio de la cual se otorga recomendaciones de adopción de medidas cautelares respecto de PROYECCIONES D.R.F.E. (F.1294-1299 CD Folio 744 revés CD Archivo SBBOG01 # 3843659 v2, Cuaderno principal 3) *Teniendo en cuenta que se encuentra demostrado que el comerciante CARLOS ALFREDO SUAREZ a través del establecimiento de comercio PROYECCIONES D.R.F.E., está incurriendo en la actividad de captación masiva y habitual de dineros del público, de acuerdo con los supuestos señalados en el Decreto 1981 de 1988, esta Delegatura recomienda al Superintendente Delegado Adjunto Supervisión Institucional, la adopción de las siguientes medidas cautelares contempladas en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dada la competencia que le confiere el numeral 2 del artículo 43 del Decreto 4327 de 2005, para "Adoptar, dentro del ámbito de su competencia, las medidas cautelares previstas en las normas vigentes para los casos de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas.*

- **Resolución Nº 1778 del 11 de noviembre de 2008,** por medio de la cual el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera adopta medidas cautelares respecto de la sociedad PROYECCIONES D.R.F.E., (F.1310-1367 CD Folio 744 revés CD Archivo SBBOG01 # 3843659 v2, Cuaderno principal 3), en cuya parte resolutiva ordenó la suspensión inmediata y definitiva de la actividad de captación masiva y habitual de dineros del público a través de la actividad desarrollada por el establecimiento de comercio, abstenerse de continuar ejerciendo la actividad de captación de dineros del público, la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, la orden de devolver la totalidad de los dineros captados del público sin contar con le debida autorización oficial.

Por su parte, el Gobierno Nacional, adoptó medidas de excepción mediante la declaratoria del estado de emergencia social a través del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, decreto que fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-135 de 2009, la cual dentro de sus consideraciones señaló:

"...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.

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

Así mismo, dentro del Informe enviado por el Presidente de la República al Congreso de la República, sobre la declaratoria del Estado de Emergencia Social, declarado en todo el territorio nacional, señaló:

"1.2. Creación de figuras jurídicas para esconder la naturaleza del recaudo o captación no autorizada.

Con el fin de evadir la prohibición de captación o recaudo masivo de recursos del público, captadores y recaudadores no autorizados diseñaron diversas figuras jurídicas que dieron la apariencia de cumplir con la Ley. Así la captación o recaudo ha sido disfrazada como prestación de servicios, o como venta de tarjetas que permiten compra de productos más la redención de puntos, entre otras; estos mecanismos permitieron el crecimiento de tales negocios, a la par que han dificultado la actuación de las autoridades.

1.3 Ofrecimiento de rendimientos desorbitantes.

El público colombiano ha entregado de forma masiva su dinero a esos captadores o recaudadores bajo la promesa de recibir ganancias exageradas, ente el 50% y el 300% del dinero entregado.

Este ofrecimiento es muy superior a los rendimientos ofrecidos por el sector financiero formal, lo cual se ha constituido en el factor de atracción que ha llevado un importante número de ciudadanos a entregar su dinero a tales porcentajes.

De las anteriores pruebas, se desprende dos cosas a saber:

En principio, para el tiempo en que se desarrolló el tema de las captadoras ilegales en Colombia, se debió entre muchas cosas, a los vacíos legales que se presentaban en el sistema financiero colombiano, lo cual no se puede traducir en una omisión por parte de la Superintendencia encargada, pues como quedó demostrado de las pruebas trascritas, se adelantaron actuaciones en pro de defender a los ciudadanos para que no invirtieran en dichas captadoras.

De dichas actuaciones administrativas, que comprenden la respuesta a las peticiones presentadas por varias entidades y personas naturales, el inicio de una inspección a Proyecciones DRFE, la verificación de las actividades y la adopción de las medidas cautelares, también el Estado se valió de los medios de comunicación para alertar a la población de los riesgos que corrían al entregar sus ahorros a personas que no hacían parte del sistema financiero, entre ellas a Proyecciones DRFE.

Ahora bien, no se puede hablar de una omisión, tal como lo señala el Apoderado de la Actora, si se tiene en consideración que de acuerdo al Registro mercantil que obra a folio 52 del C. Principal 1, Proyecciones DRFE inició su actividad de captación ilegal en Florencia el 1º de octubre de 2008, y de acuerdo a las pruebas referenciadas, la adopción de las medidas cautelares de suspensión de la actividad y cierre del establecimiento el 11 de noviembre de 2008, es decir, pasado un poco más del mes de su inscripción mercantil en la ciudad de Florencia, Caquetá, lo que conlleva a que se actuó de manera diligente en lo que concierne al departamento del Caquetá.

De acuerdo con lo anterior, no se podía pretender que el Estado actuara de manera inmediata, sin la observancia de los principios básicos que orientan una investigación dentro de los procesos de inspección y vigilancia adelantados por el competente, tales como, el derecho al debido proceso, a la defensa, al de la libertad probatoria entre muchos otros, sumado a las tretas impuestas por la misma captadora, que impidieron que los procedimientos administrativos fueran un poco dispendiosos.

Lo anterior, da cuenta que por parte de este ente demandado – Superintendencia Financiera – actuó conforme a la ley, la cual también fue oportuna y diligente, por lo que no se puede endilgar responsabilidad administrativa, por acatar la normatividad.

Las actuaciones descritas y sin que se tuvieran éxito, el gobierno en cabeza del Presidente de la Republica y sus Ministros, declaró el estado de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2009, para tratar de salvar la crisis ocasionada por las pirámides en el territorio nacional, es decir, se acudió a los mecanismos excepcionales que consagra la Carta Política, actuando en derecho y en forma oportuna frente a la actividad ejercida por PROYECCIONES D.R.F.E., por lo que no les asiste responsabilidad por omisión en las funciones que les competían dado que la Superintendencia en las labores iniciales de supervisión e inspección, dio trámite de acuerdo a las quejas de los ciudadanos y autoridades públicas, adoptando medidas cautelares e impidiendo que la actividad continuara ejerciéndose.

De igual manera, esta situación también dejo entrever un desinterés por parte de los Actores, pues no eran normales las utilidades que brindaba PROYECCIONES DRFE, revelándose así probatoriamente que obraron con anuencia y aceptación del peligro que implicaba este tipo de transacción ante los voluminosos y prontos rendimientos que se le prometieron y que no era habitual desde un punto de vista económico.

Pues bien, de conformidad con lo anterior, el Estado no está obligado a lo imposible, es decir, de lo expuesto, se denota que la actitud diligente con que actuaron las demandadas, si bien existía una deficiencia en la normatividad, la misma no pude endilgarse a las Entidades, sobre el particular el Consejo de Estado, ha señalado:

> *"...a pesar de que es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país,* ***no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros,*** *porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso*

concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible". Aunque, se destaca que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían..."[22] (lo subrayado del Despacho).

Aunado a lo anterior, se tiene que la sentencia C-135 de 2009, la Corte Constitucional señaló:

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

Pues bien, de las mismas pruebas y del actuar de los demandantes, se deduce que nunca se cercioró de la proveniencia de los recursos que se prometían como contraprestación de la entrega del capital, así como tampoco se indagó sobre la naturaleza y legalidad de la entidad ante las autoridades financieras nacionales y locales. Esta situación y lo señalado por la misma Corte Constitucional denota que existió un total desinterés por precisar la legalidad de las utilidades que recibían, en tanto éstas eran absurdamente cuantiosas y en unos plazos fuera de toda lógica económica y financiera.

Ello lleva a colegir a través de las reglas de la sana crítica y la experiencia, que los demandantes inobservaron los más elementales cánones de la prudencia, la buena fe y la previsión al momento de invertir su capital en la entidad plurimentada, revelándose así probatoriamente que obró con anuencia y aceptación del peligro que implicaba este tipo de transacción ante los voluminosos y prontos rendimientos que se le prometieron; y fue ese actuar intempestivo el que conllevó a someterse a un riesgo extraordinario y voluntario que terminó con un detrimento patrimonial, configurándose la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad de las demandadas.

Finalmente, vale la pena resaltar que conforme a lo impuesto en el artículo 84 de la Constitución Política, el Estado únicamente cuenta con la capacidad regulatoria y sancionatoria respecto de las actividades económicas y comerciales que los particulares practiquen, pero ello no es extrapolable al punto de que pueda intervenir impidiendo o delimitando la voluntad particular en las actuaciones y negocios jurídicos de orden privado que celebren los ciudadanos, tal como deviene de la libre voluntad negocial de los particulares, consagrada en el Código Civil y en el Código de Comercio.

VI. CONDENA EN COSTAS.

[22] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011), Radicado Interno (20368).

Finalmente, considerando que la condena en costa, solo es viable en la medida que se observe una conducta inadecuada en el ejercicio de su derecho de acceder a la administración de justicia o abuso del mismo, como cuando se establece que dentro de la actuación procesal se ha obrado en forma dilatoria o de mala fe, y observando que dentro de esta acción no hubo comportamiento en tal sentido, no será condenada la parte vencida a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho. Esta evaluación se realiza con fundamento a lo ordenado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IX. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia - Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

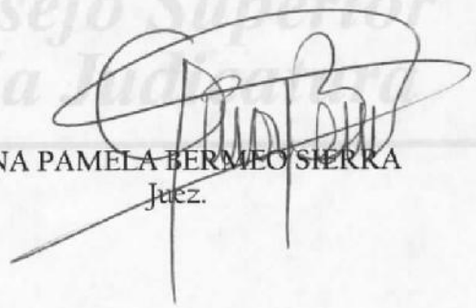
PRIMERO: NEGAR las excepciones planteadas por las Entidades demandadas, por las razones acá expuestas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia

TERCERO: ORDENAR la devolución del remanente del depósito efectuado para gastos del proceso, si lo hubiere.

CUARTO: En firme esta decisión, ARCHÍVESE el proceso, previa desanotación de los libros radicadores. Sin condena en costas en esta instancia, ni agencias en Derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez.

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

Florencia, treinta (30) de junio de 2017

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA.
DEMANDANTE:	LUZ MIRA VELASCO SARRIA Y OTROS
DEMADADO:	NACION MINDEFENSA EJERCITO NACIONAL Y OTRO
RADICACIÓN:	18001-33-31-001-2009-00170-00
SENTENCIA No:	80-06-461-17

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. LA DEMANDA[1].

a) Las Pretensiones.

Los señores LUZ MIRA VELASCO SARRIA, FRACEDES VELASCO CHAGUENDO y JESÚS DIÓGENES VELASCO, quienes actúan en nombre propio y en representación, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa instaurada en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL, solicitan se les declare responsables administrativa y extracontractualmente por los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a los accionantes por el deceso del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, en hechos ocurridos el día 12 de mayo de 2007 en la carretera que conduce al Municipio de Curillo Caquetá, por miembros del Ejército Nacional.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a pagar a favor de cada uno de los demandantes los perjuicios morales y materiales solicitados.

b) Fundamentos fácticos.

Manifiesta que el día 12 de mayo de 2007, siendo las 3:30 pm llegó a la vivienda, el señor LUIS ALFONSO ZAMBRANO, en compañía del señor FERNANDO SALAMANCA ROJAS, quienes llegaron en una moto, acompañados de otra persona, que según vecinos del lugar, era un miembro del Ejército Nacional, vestido de civil quien conducía una moto Honda CBZ -160, convidando al señor FERNEY CHAGUENDO para que los acompañara a dejar una mercancía en el kilómetro 12, y como contraprestación del viaje se le cancelaria la suma de $1.000.000.

Indica que la víctima le preguntó al señor LUIS ALFONSO ZAMBRANO si iba a jugar el partido de futbolito programado en el marco del campeonato interveredal, quien respondió que después de la "vuelta" iría, teniendo en cuenta que el kilómetro 12 estaba como a 10 minutos y según lo dicho por el hombre de la moto honda, no se demorarían.

Aducen que la moto conducida los señores ZAMBRANO Y CHAGUENDO, fue llevada a un taller de propiedad del señor EDILSON JOVEN CARVAJAL, quien es conocido como "motosierra", a fin de hacer unas reparaciones, pactándose que los costos del trabajo mecánico se pagarían posteriormente, finalmente siendo casi las 4:00pm el señor Zambrano dejo su uniforme en el taller y se dirigió al

[1] Fol. 10-14, C.1

Kilómetro 12 a culminar la vuelta acordada.

Finalmente indica que desde ese día a las 4:00 pm no se volvió a saber de la víctima ni de su amigo, ya que no llegaron al partido programado, posteriormente en la noche se supo que el Ejército los había dado de baja como guerrilleros muertos en combate, apareciendo los cadáveres de los señores FERNANDO SALAMANCA ROJAS, LUIS ALFONSO ZAMBRANO y FERNEY CHAGUENDO, pero no el cuerpo del extraño hombre que concertó el fatal viaje y que según los testigos era miembro del Ejército Nacional.

c) Fundamentos de Derecho.

La parte actora estima que son aplicables al presente caso, las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1, 2 y 90.
- C. Civil artículos 1613 y 1614.
- Ley 446 de 1998
- Ley 954/2005
- C. Penal artículo 97

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- La Nación- Mindefensa-Ejercito Nacional (Fol. 31-50)

Manifiesta oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que existen causales de exculpación de responsabilidad en beneficio de los intereses de la Nación Colombiana y en relación con las pretensiones, pues las mismas desbordan los parámetros normales y jurisprudenciales, debido a que no existe responsabilidad por parte del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por el fallecimiento del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, en hechos sucedidos el 12 de mayo de 2007, que conduzcan a indemnización alguna, ya que no se ha probado aún los hechos al no aportarse con la demanda la totalidad de las pruebas documentales que así lo demuestre, convirtiéndose estos en simples afirmaciones sin respaldo probatorios, ya que no existe precisión en la ocurrencia del hecho y bajo qué circunstancias se produjo.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado, expone la teoría de la imputación del daño y nexo de causalidad, así como la prueba del daño, los perjuicios y la carga de la prueba.

Finalmente propuso como excepciones la de legitimación en la causa por pasiva de la entidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- De la parte actora[2]

Guardó silencio en esta etapa procesal

- Nación- Mindefensa – Ejercito Nacional[3]

Reitera los argumentos expuesto en la contestación de la demanda, indicando que dentro del proceso no se encuentra probada que fueron armas del Ejercito Nacional quienes provocaron la muerte del señor LUIS ALFONSO ZAMBNRANO JANASOY, pues dentro del acervo probatorio no se puede responsabilidad a la accionada, cuando éste en cumplimiento de una misión táctica denominada MAMUT 34-62, en donde se utilizó adecuada y oportuna inteligencia para la obtención del resultado propuesto, que fue repelida y trajo como consecuencia una reacción que desencadenó en la muerte

[2] Constancia secretarial de fecha 12/12/2016, vista a folios 98 del cuaderno principal
[3] Folios 87-95 CPrincipal

del sujeto que se encontraba en un posible hecho delictivo, que de una u otra forma contribuyeron al hecho dañoso, lo cual denota que la fuerza pública actuó por la justificada necesidad de contrarrestar la comisión de un delito.

Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, por cuento el proceso carece de prueba legalmente allegada de conformidad con el artículo 177 del CPC "Carga de la Prueba", incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen.

V. CONSIDERACIONES

a) Competencia.

Este Despacho es competente para dirimir en derecho el presente litigio, en razón a la naturaleza de los hechos, el último lugar de la prestación del servicio, y la cuantía del asunto, de conformidad con los artículos 134-B, y 134-E del Código Contencioso Administrativo- CCA. (Decreto 01 de 1984).

b) Problema jurídico.

¿Es responsable administrativa y patrimonialmente la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte violenta del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, en hechos ocurridos el día 12 de mayo de 2007 en la vía que conduce al Municipio de Curillo Caquetá?.

c) Excepciones.

La entidad demandada propuso la excepción de **falta de Legitimación en la causa por pasiva**, al considerar que la entidad no es sujeto pasivo de la presente acción, pues se configura una fuerza mayor o un caso fortuito.

Al respecto es de señalar que la legitimación en la causa por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho[4]. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable a alguna de las partes de la *litis* [5] una vez se resuelva el fondo del asunto.

Al respecto en sentencia proferida por el H. Consejo de Estado[6], siendo CP el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se sostuvo:

*"la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño**. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, **pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza**, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...."* (Negrilla fuera del texto)

Conforme a la jurisprudencia precitada queda claro entonces que la legitimación en la causa es necesaria para proferir sentencia de mérito, bien sea esta favorable a las pretensiones del accionante o de la entidad demanda, razón por la cual en el caso objeto de estudio atendiendo que lo pretendido se le atribuye a las actuaciones adelantadas por la entidad demandada las cuales se consideran causaron la muerte al señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, en desarrollo de una operación militar el día 13 de mayo de 2007, el Despacho denegará la excepción así propuesta.

---

[4] Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: "En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva".

[5] Sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 15.348.

[6] Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Previo a realizar el análisis de responsabilidad estatal, atendiendo los recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado[7], procede el Despacho a efectuar el control oficioso de convencionalidad, en los casos en los cuales se debate la posible ejecución extrajudicial de una persona a cargo de las entidades del Estado.

d). Control oficioso de convencionalidad[8].

El control de convencionalidad[9] es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el "control difuso de convencionalidad," e implica el deber de todo juez nacional de "realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."[10]

(...), 27.2 Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,[11] aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

27.3 Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el "caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile," la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma[12] y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella."[13]

27.4 Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una "interpretación convencional" para determinar si aquellas normas son "compatibles" con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.[14]

27.5 Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

"[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando

---

[7] Consejo de Estado, sección tercera, subsección C, radicado No. 85001-23-31-000-2010-00178-01(47671), sentencia de fecha siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015), CP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

[8] Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

[9] Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática", en BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

[10] "Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". FERRER MAcGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

[11] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: "El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana".

[12] "[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente". CARBONELL, Miguel, "Introducción general al control de convencionalidad", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

[14] "[...] Se trata de un estándar "mínimo" creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales". FERRER MAcGREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[15].

27.6 En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de in-convencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

(...), 27.12 Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho al a protección judicial, entre otros asuntos[16]".

De conformidad con la jurisprudencia ibídem, al ser el Juez administrativo un juez convencional deberá examinar las circunstancias en que ocurrió la muerte del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO el día 13 de mayo de 2007 en el Municipio de Curillo Caquetá, y por las condiciones en las que este tipo de eventos se viene produciendo en el Estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, los fundamentos para su encuadramiento como un caso constitutivo de una grave vulneración de los derechos humanos, violación del derecho internacional humanitario, y configuración como acto de lesa humanidad, atendiendo que el planteamiento de la Litis gira entorno a una posible ejecución extrajudicial por miembros del Ejército Nacional y la Policía Nacional.

e) De la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece la acción de reparación directa y de la cual surge el presente asunto, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 90, 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.

---

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: "Si observamos los alcances del "control difuso de convencionalidad", podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de "bloque de constitucionalidad" derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformar que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un "deber" de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un "bloque de convencionalidad" para establecer "estándares" en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional". FERRER MAcGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

[16] Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (expediente 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (expediente 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (expediente 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (expediente 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (expediente 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (expediente 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (expediente 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (expediente 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (expediente 28505). Auto de 24 de septiembre de 2012 (expediente 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (expediente 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (expediente 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (expediente 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (expediente 42402), entre otras providencias.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, establece el régimen general de responsabilidad del Estado, que reza:

> *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)"*

Por ende, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño, una lesión de un derecho, de un bien o de un interés legítimo jurídicamente protegido, que el afectado no está en la obligación legal de padecerlo y que el mismo le sea imputable al Estado.

f) Dela responsabilidad del Estado por "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales y legales" en cabeza de las fuerzas militares.

En reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado[17], estableció en sentencia de fecha 01 de abril de 2016, que "para abordar el análisis de la responsabilidad del Estado, por falsas e ilegales acciones so pretexto de cumplimiento de mandatos constitucionales y legales, la Sala considera necesario referirse a los deberes que deben cumplir las fuerzas militares, encontrándose estos circunscritos al cumplimiento de los fines esenciales del Estado señalados en el artículo 2 inciso primero de la Constitución Política, esto es, a "*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*", es así como están llamadas a "*defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*".

Así mismo, la Constitución establece en el inciso segundo del artículo 217 que las "*Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*", es decir, que como guardianas del orden constitucional debe entenderse que están llamadas a que todas sus acciones se correspondan con ese mínimo que permite dotar no sólo de legitimidad democrática, sino de estabilidad y vigencia a todo el sistema.

Las anteriores disposiciones, se corresponden con lo consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual los Estados partes en la misma "*se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna*".

Es decir que, toda autoridad investida de facultades de orden público, seguridad y protección de la soberanía debe respetar las normas convencional, constitucional y legalmente establecidas, así como los principios democráticos[18]. Esto implica que bajo la concepción democrática, la doctrina militar debe acoger códigos de conducta en los que impere el respeto pleno, integral y eficaz de los mandatos de protección de los derechos humanos y de las reglas del derecho internacional humanitario.

Así pues, los militares en ejercicio de estas funciones pueden cometer lo que la jurisprudencia ha llamado "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales"; fenómeno que se debe estudiar en su origen desde las ejecuciones extrajudiciales, las cuales se han definido como "*una violación que puede consumarse, en el ejercicio del poder del cargo del agente estatal de*

---

[17] Consejo de Estado, sección tercera, Subsección C, dentro del proceso radicado No. 20001-23-31-002-2010-00018-01(46028), siendo CP el Dr. Jaime Orlando Santofimio.

[18] "Tradicionalmente, la policía ha hecho hincapié en la necesidad de realizar sus deberes de acuerdo con la ley. Sin embargo, el profesionalismo suele ser percibido como un elemento que dificulta esta observancia de la ley por parte de la entidad; para defender esta postura se sostiene que el propósito del trabajo del policía es hacer cumplir la ley, sin tener en cuenta los valores políticos o sociales que van más allá de ella. Esta interpretación del profesionalismo derivan del hecho de que la capacitación de la policía es fundamentalmente legalista. La autoridad de los oficiales sobre sus subordinados y sobre la ciudadanía, así como su inmunidad frente a interferencias indebidas del ámbito político se basan en las leyes existentes. Si se recurre al imperativo del respeto por la ley, puede argumentarse que la policía es una institución profesional que mantiene el orden en cualquier circunstancia, no obstante, no conduce necesariamente al respeto por conceptos como democracia y los derechos humanos. El personal los acepta, en la medida que se trata de ideas respaldadas por la legislación vigente, pero su incorporación en las prácticas de la institución tarde en aparecer. Entonces, debido a que estos conceptos no son vistos como una fuerza motriz, la policía desconfía de los ciudadanos, lo que a su vez, hace que sus estrategias para combatir el crimen le presten poca atención a las preocupaciones ciudadanas". FRÜHLING, Hugo. "La reforma de la Policía y el proceso de democratización", en FRÜHLING, Hugo; TULCHIN, Joseph S. *Crimen y violencia en América Latina*. 1ª ed. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005, p.36.

manera aislada, con o sin motivación política, o más grave aún, como una acción derivada de un patrón de índole institucional"[19]. Ahora bien, las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, no encuentra su juridificación en el ordenamiento jurídico internacional, por lo que se encuentran en:

1. La garantía del derecho a la vida consagrada en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 1.1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1.1, 2 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y

2. En los instrumentos de soft law que se integran a las garantías normativas del derecho a la vida tales como el "Código de Conducta para los funcionarios encargados de cumplir la ley" [Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 34/169, de 17 de diciembre de 1979], y los "Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" [Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes, de 1990].

Dentro de estos instrumentos, también se encuentra el informe rendido por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas[20] en el año 2010, en donde empleó el concepto de "falsos positivos", del que se resalta lo siguiente:

1. Se consideran ejecuciones ilegales de civiles aquellas "*manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrillero o delincuentes ocurridas en combate*",

2. Se identificaron los siguientes patrones reiterados de conducta: (i) se producen en el "*marco de operativos militares anti-insurgentes, aunque los testigos declaran que no hubo combate*"; (ii) precede, en la mayoría de los casos, una captura o detención ilegal "*en su domicilio o lugar de trabajo, y conducida al lugar de la ejecución*"; (iii) la condición social de las víctimas impera ya que "*por lo general campesinos, indígenas, trabajadores, jóvenes, personas marginadas o líderes comunitarios*" son víctimas de estas prácticas; (iv) la fuerza pública reporta a las víctimas como "*insurgentes dados de baja en combate*"; (v) las "*víctimas aparecen muchas veces uniformadas y con diferentes tipos de armas y equipos militares mientras que, según los testimonios, habían desaparecido con su ropa habitual y desarmadas*"; (vi) en "*ocasiones las víctimas son previamente señaladas por informantes anónimos, encapuchados o reinsertados, y en otras ocasiones son seleccionadas al azar*"; (vi) el "*levantamiento del cadáver es realizado por los mismos miembros de la Fuerza Pública que previamente les han dado de 'baja en combate'*"; (vii) no "*se preservan la escena del crimen ni las pruebas existentes*"; (viii) con frecuencia "*aparecen en los cuerpos signos de tortura*"; (ix) los "*cuerpos son despojados de objetos personales y se hace desaparecer sus documentos de identidad*"; (x) los "*cuerpos son trasladados a municipios lejanos del lugar donde se les retuvo originalmente y se constatan serios impedimentos tanto para el acceso de los familiares a los cuerpos como para su reconocimiento*"; (xi) los "*cuerpos son inhumados como N.N. a pesar de ser identificados por familiares o terceras personas*"(xii) los "*miembros de la Fuerza Pública reciben incentivos económicos, profesionales y premios por la presentación de 'positivos'*"; (xiii) la "*competencia judicial para la investigación de los hechos se atribuye desde el primero momento a juzgados penales militares*"; (xiv) los "*familiares de las víctimas, testigos y defensoras y defensores de derechos humanos dedicados al esclarecimiento de los hechos son objeto de actos de amenaza e intimidación*"; y, (v) el "*porcentaje de condenas a los responsables es ínfimo*".

Por su parte, el Fiscal de la Corte Penal Internacional presentó un reporte en el año 2012 sobre la situación de Colombia en el tema de los denominados "falsos positivos", en donde precisó que se

---

[19] HENDERSON, Humberto, "La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, V.43, 2006, p.285.

[20] NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 14ª período de sesiones. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión Colombia, Documento A/HRC/14/24/Add.2, de 31 de marzo de 2010, pp.185, en [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/132/38/PDF/G1013238.pdf?OpenElement; consultado 10 de agosto de 2015].

vienen presentando desde los años ochenta y se agudizaron a partir del año 2004 con las siguientes características: "*Los civiles ejecutados fueron reportados como guerrilleros muertos en combate tras alteraciones de la escena del crimen. La información disponible indica que estos asesinatos fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas, operando a veces con paramilitares y civiles como parte de un ataque dirigido contra civiles en varias partes de Colombia. En algunos casos, las ejecuciones estuvieron precedidas por detenciones arbitrarias, tortura y otras formas de malos tratos*". Igualmente, el Fiscal sostuvo que la "*gran escala de los ataques, el número de víctimas, las semejanzas entre las denuncias de crímenes presentados en todo el país, la planificación y organización necesarias para cometer los asesinatos y registrarlos posteriormente como bajas en combate, indican que los asesinatos de 'falsos positivos' equivalen a un ataque sistemático y a gran escala contra la población civil*".

Por último, la Subsección considera traer a colación el cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2014[21], según el cual los supuestos para la materialización de las ejecuciones extrajudiciales como práctica son los siguientes: "*i) ejecución de miembros de la guerrilla fuera de combate; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o retenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales); y vii) 'errores militares' encubiertos por la simulación de un combate*".

Todo lo anterior, ha permitido a la jurisprudencia administrativa afirmar que cuando se trata de "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento" de los mandatos constitucionales y legales en cabeza de las fuerzas militares, se está bajo el supuesto de ejecuciones extrajudiciales[22].

---

[21] Puede consultarse en: [http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf; consultado 10 de agosto de 2015].

[22] Así lo hizo, en providencia del 29 de marzo de 2012, expediente 21380, en donde se analizó la muerte violenta de un campesino, en el corregimiento La Aurora del municipio de Chiriguaná (Cesar), el cual fue obligado a vestir prendas de uso privativo de las fuerzas militares y presentado como guerrillero muerto en combate por parte de las fuerzas militares. Encontrándose demostrados que: (1) la persona fue secuestrada el día anterior; (2) el cadáver apareció al interior de las instalaciones del Batallón La Popa de Valledupar, con varios disparos de arma de fuego y vistiendo prendas militares; (3) según los informes militares la muerte de la víctima se produjo "durante un enfrentamiento armado con el batallón contraguerrillas No. 40 adscrito al Comando Operativo nº 7 de la Segunda Brigada del Ejército"; y, (4) los familiares de la víctima fueron objeto de "presiones y amenazas para que se abstuvieran de denunciar lo sucedido".

Posteriormente, el 13 de marzo de 2013, expediente 21359, se revisó un caso en donde fallecieron tres (3) personas campesinas, y donde quedó demostrado en el plenario lo siguiente: (1) como hecho previo se tuvo en cuenta el "avistamiento de los jóvenes en la vereda 'La Arroyuela'"; (2) como hecho posterior se tuvo la aparición de sus cuerpos en la "vereda Monteredondo"; y, (3) que todo "obedeció a un comportamiento anómalo y altamente irregular por parte de los miembros de la demandada".

Así mismo, en sentencia de Sala Plena de fecha 11 de septiembre de 2013, se sometió a consideración de esta Corporación, la muerte de un campesino que fue presentado como guerrillero dado de baja durante un combate en jurisdicción del municipio de Tello (Huila), por parte de las fuerzas militares, cuyas pruebas arrojaron que: (1) se incurrió en falla en el servicio por haber propinado "la muerte a personas no combatientes que se encontraban en estado de indefensión"; (2) la muerte del campesino se encuadró como una ejecución extrajudicial; (3) no "se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares del fallecido y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho".

En el año 2014, a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, se revisó la muerte de tres (3) jóvenes de la vereda Las Nieves del municipio de Apartadó (Antioquia), quienes fueron presentados por el Ejército Nacional como dados de baja en combate, sin embargo, la evaluación probatoria concluyó que: (1) los jóvenes estuvieron en poder del Ejército; (2) respecto de dos ellos se configuraron los elementos de la desaparición forzada, esto es, la privación de la libertad, intervención de agentes estatales y la negativa "de reconocer la detención y revelar el paradero de las víctimas a sus familiares"; (3) fueron vestidos con prendas diferentes a las que usaban para el día de los hechos; (4) al haber privado de la libertad a los jóvenes el Ejército Nacional "tenía una clara posición de garante, y se le atribuye cualquier resultado dañoso causado por su acción, por cuanto voluntariamente infringió sus funciones en la prevención o evitación del resultado dañoso"; (5) las víctimas no pertenecían a un grupo armado; (6) no existió ni combate, ni enfrentamiento; (7) se incumplió por parte del Ejército con el deber de aseguramiento, de conservación y la cadena de custodia de los medios probatorios; (8) no se justificó el traslado de los cuerpos a las instalaciones militares: (9) no se pudo determinar que los jóvenes hubieran manipulado o accionado arma alguna; (10) se concretó un homicidio en persona protegida; y, (11) la justicia penal militar se inhibió.

Por otra parte, en sentencias del 7 de septiembre de 2015[22] esta Subsección tuvo oportunidad de analizar tres casos de falsos positivos, en donde el Ejército Nacional reportó a dos jóvenes y a un señor como muertos en combate, encontrándose por parte de la Sala que la muerte de estas personas no ocurrió como lo había narrado el Ejército sino que habían sido ejecuciones perpetradas por parte de los miembros de la institución castrense, razón por la cual, se condenó al Estado por "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales".

Finalmente el 25 de febrero[22] del presente año, se estudió el caso de un grupo de jóvenes que supuestamente habían resultado muertos en un operativo adelantado por el Ejército Nacional para dar con el paradero de bandas criminales al servicio del narcotráfico. Sin embargo, del material probatorio arrimado al expediente se logró determinar que las muertes fueron ocacionadas por los militares para así obtener ascensos en la institución, motivo por el cual, se condenó a la Nación por haberlos ejecutado extrajudicialmente.

De la jurisprudencia antes señalada, es dable concluir que en casos de ejecuciones extrajudiciales, la regla general de encuadramiento y atribución jurídica de la responsabilidad del Estado con base en la falla del servicio, y excepcionalmente con el riesgo excepcional. Lo anterior refleja, que en este tipo de eventos es claro evidenciar que por acción e inactividad se dejan de materializar deberes positivos que convencional, constitucional y legalmente están en cabeza del Estado para la eficaz garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, la preservación del principio democrático y plena legitimidad de las actividades desplegadas por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que impidan la proliferación, la sistematicidad y la aquiescencia con prácticas reprochables y absolutamente contrarias con el Estado Social y Democrático de Derecho, como son las "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales".

Así las cosas, la Sala encuentra que en Colombia las "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales" se han convertido en una práctica generalizada en contra la población civil más vulnerable (campesinos, personas de la calle, adictos, delincuentes de poca monta, etc.), con participación o aquiescencia de agentes estatales y con carácter sistemático que puede estar permitiendo su encuadramiento como un típico acto de lesa humanidad (artículo 7K del Estatuto de Roma), que viene acompañado en muchas ocasiones por la consumación de actos de tortura, desaparición forzada o de otros tratos crueles o inhumanos".

Finalmente la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, indicó que para que haya lugar a afirmar que en un determinado caso existió una ejecución extrajudicial, es necesario acreditar que se presentaron los elementos que tanto el derecho internacional, como la jurisprudencia contenciosa, han señalado como indicio de que las fuerzas militares actuaron en contravía del orden convencional, constitucional y legal, para así obtener beneficios o prebendas de parte de la institución castrense, por haber "positivos" o bajas en combate. Siendo necesaria, la existencia de pruebas que permitan al Juez contencioso crear el convencimiento de la existencia de una grave violación a los derechos humanos.

De conformidad con lo anterior, procederá el Despacho a estudiar si en el presente proceso se configuró la falla en el servicio de la entidad demandada, o si por el contrario se deberá realizar un análisis teniendo como base el régimen objetivo de imputación de responsabilidad, ya que el hecho dañoso se desplegó en el marco de una actividad peligrosa, como lo es el adelantamiento de un operativo militar; y finalmente se analizará si en el proceso se encuentran demostrados los elementos necesarios para la exoneración de la responsabilidad de la entidad accionada en la comisión de la conducta, atendiendo que la misma aduce que la muerte del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO se produjo como consecuencia de la operación militar adelantada en contra de presuntos integrantes de grupos guerrilleros. En este punto se enfatizará que la prueba de la causal eximente de responsabilidad es una carga que corresponde a quien la alega, esto es, a la entidad accionada.

Así las cosas, se procederá a estudiar los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, para determinar el régimen de responsabilidad y si la misma le es imputable a la entidad accionada.

- El Daño antijurídico[23].

[23] Sentencia de fecha 01/02/2016, Consejo de Estado, sección tercera, subsección C, radicado No. 54001-23-31-000-2010-00370-01(53704), CP. Jaime Orlando Santofimio: **El daño antijurídico cuando se producen violaciones en derechos humanos y en el derecho internacional humanitario.**
35 En aquellos especiales y singulares eventos donde la producción de daños antijurídicos comprende la vulneración de derechos humanos y la violación de normas y obligaciones del derecho internacional humanitario[23], convencionalmente y constitucionalmente [por virtud de los artículos 2, 29, 93 y 229 de la Carta Política; 1.1, 2 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12 del Convenio I de Ginebra de 1949 "para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña", y el artículo 4.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, "relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional" de 1977] el juez administrativo debe y puede pronunciarse sobre tal vulneración y hacerla parte del daño tanto por su despliegue directo en las víctimas, como en sus familiares.
36 La muerte de personas en el marco de un conflicto armado interno no puede tener como unívoca lectura la constatación del fallecimiento material, sino que exige asociarlo al respeto de la dignidad humana, como principio democrático sustancial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, el derecho constituir una familia y el derecho a la libertad. Se trata de afirmar que todo ciudadano que fallece en el marco del conflicto armado, sin perjuicio de su situación frente al mismo, encuentra cercenados los anteriores derechos humanos, porque (1) la forma violenta en que fallece puede en sí misma comprender una vulneración de tal tipo que se ofende el principio de humanidad y de dignidad; (2) se desprende como efecto inmediato e indiscutible que se entorpece cualquier elección del sujeto que fallece en tales condiciones, desde la perspectiva de vida personal, familiar, social y económica[23]; (3) se hace extinguir, abruptamente, cualquier capacidad laboral, productiva o económica de la persona, que en condiciones normales las podría haber desplegado; (4) se niega la posibilidad de constituir una familia, o se limita la posibilidad de disfrutar de la misma y de todas las virtudes y obligaciones que en dicha figura existe; (5) la persona se somete arbitrariamente a la limitación absoluta de la libertad como expresión plena de la entidad de la persona, y, (6) los familiares de las personas sometidas a la tal cercenamiento de derechos, también padecen

En cuanto a la existencia del ***daño***, se encuentra acreditado en el expediente que el señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, falleció el día 12 de mayo de 2007, según consta registro[24] civil de defunción con serial No. 03681342, con anotación de autorización Judicial, inspección a cadáver según orden 2018, Juez Elsa Esperanza Meza Cadena y acta de inspección técnica de cadáver FPJ 10. (aunque en el registro civil de defunción se indica que la muerte ocurrió el día 13 de mayo de 2007, lo cierto es que la fecha real es el día 12 de mayo de esa anualidad, debido a un error en el registro.).

Del acervo probatorio relacionado se puede concluir que se produjo un daño antijurídico el cual se traduce en la muerte del señor CHAGUENDO VELASCO, quedando acreditado así la generación del mismo, sin embargo, no es suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

- **El título de imputación y nexo causal.**

En consecuencia procede a realizarse el estudio de imputación del daño y el nexo de causalidad, para la cual se encuentra acreditado en el expediente lo siguiente:

En el sub examine, se encuentra acreditado que el día 12 de mayo el señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, falleció tal como se observa en el registro civil de defunción.

Así mismo, se encuentra acreditado que el día 12 de mayo de 2007, miembros del Ejército Nacional, realizaban labores de patrullaje[25] en cumplimiento de la Orden[26] de Operaciones No. 34-62 Operación "MAMUT", de la Unidad del Batallón Juanambú No. 34, indicativo "Búfalo", en el sitio conocido como vereda "Libertador" Jurisdicción del Municipio de Curillo Caquetá.

Que en desarrollo de la operación MAMUT, miembros del Ejército Nacional indicaron:

"SEGUNDA FASE: RESUMEN DE LOS HECHOS: El pelotón de Búfalo 2 conformado a 0-3-28 de acuerdo a la orden de operaciones 34-62 MAMUT, se encontraba adelantando operación de registro y control de área sobre las veredas: Normandía, Nutria 1, Nutria 2, Libertador, El Palmar y la España. Al encontrarse registrando la parte alta de la vereda Normandía, la primera escuadra de B2, al mando del sargento segundo Lascarro Ramírez Eduardo, se dispuso a descender sobre la carretera que conduce a Albania- Curillo, al estar próximo a llegar a la vía, se dirigían dos motocicletas con 04 individuos en ellas, al decirles alto, el primer sujeto que había en la motocicleta acelera bajando al parrillero, quien al caer abre fuego sobre las tropas, los últimos dos sujetos que venían en la motocicleta cuando vieron la tropa, se abalanzaron sobre la cerca abriendo fuego, y en el intercambio de disparos fueron dados de baja por las tropas tres individuos, portaban 03 revólveres, 02 cortos y 1 largo.

V. RESULTADOS DE LA OPERACIÓN: tres sujetos abatidos en combate así:
1. Sujeto camiseta azul, pantalón azul claro botas de caucho
2. Sujeto camiseta café, pantalón azul claro, gorra gris, botas de caucho.
3 Sujeto camiseta rojas, pantalón azul claro, botas de caucho

---

un impacto en la dignidad colectiva[23], al encontrar que sus hijos, hermanos o nietos fueron objeto de actos que violentaron todos los mínimos de respeto que esto produce una limitación o restricción indebida en la esfera de sus propios derechos, de su calidad de vida, de su identidad social, y de su posibilidad de superación como individuos de la sociedad democrática.

37 Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario debe examinarse, también, por el juez administrativo si su vulneración produce un daño antijurídico, especialmente cuando la muerte violenta está precedida de una seria antijuridicidad al contravenirse la prohibición de atentar contra la vida de quien en el marco del conflicto está confrontación, bien sea porque no se respete cometiendo un homicidio, o sometiendo a la persona a su eliminación en su valor como ser humano.

38 Con base en la motivación y justificación anterior, y ateniéndose estrictamente a las pruebas obrantes en el proceso, la Sala de Sub-sección analizará el daño antijurídico en el caso concreto, en la doble dimensión material y de protección de los derechos.

[24] Fol. 2 del cuaderno principal del expediente

[25] Informe de patrullaje de fecha 12/05/2007, folios 13-16 del cuaderno de pruebas de la parte actora

[26] Fol. 4-11 del cuaderno de pruebas de la parte demandada

02 revólveres SMITH hueso corto, 01 revolver SMITH hueso largo, 01 motocicleta AX115"

Que mediante oficio No. 308/ DIV6-BRI2-BIJUA-S2-INT-252 de fecha 13 de mayo de 2007, el Oficial S-2 BIJUA, dejo a disposición de los funcionarios del CTI 03 cuerpos y elementos, del cual se destaca:

"Con toda atención, me dirijo a su despacho con el din de dejar a su disposición 03 sujetos de sexo masculino NN muertos en combate y demás material relacionados, los hechos ocurrieron en las siguientes circunstancias:

Tropas del Batallón de Infantería No. 34 "JUANAMBU" en desarrollo de la Misión Táctica MAMUT 34-62, en el sector Santa Marta Vereda El Libertador Jurisdicción del Municipio de Curillo, en coordenadas LN01º05´35" LW· 75º53´39" el día 12-17:15 fueron muertos 03 terroristas al parecer pertenecientes a las Bandas Criminales al Servicio del Narcotráfico siguiente material:

- *Sujetos* 03
- *REVOLVER CAL 38* 01
  MARCA SMITH WESSON
  SERIE No. SIN SERIE
- *REVOLVER CALIBRE 38C* 01
  MARCA: SMITH WESSON
  SERIE No. SIN SERIR
- *REVOLVER CALIBRE 38L* 01
  MARCA SMITH WESSON
  SERIE No. SIN SERIE 01
- *$38.000= M/Cte* 01
- *DOCUMENTOS VARIOS* 01
- *CELULAR NOKIA 1108* 01
- *BILLETERA* 01
- *CHPUSA* 01
- *MOTOCICLETA AX 100* 01
  MARCA SUSUKI
  COLOR: NEGRO
  PLACAS: PBL74A
  CHASIS No: BF14ASC022345
- *BOLSO COLOR AZUL* 01"

De los documentos en cita, se establece plenamente que tropas del Ejército Nacional, pertenecientes al Batallón de Infantería No. 34 "Juanambu", el día 12 de mayo de 2007, en cumplimiento de la Orden[27] de Operaciones No. 34-62 Operación "MAMUT", indicativo "Búfalo", en el sitio conocido como vereda "Libertador" Jurisdicción del Municipio de Curillo Caquetá, dieron de baja a tres sujetos presuntamente integrantes de bandas criminales al servicio del narcotráfico.

No obstante lo anterior, para esta Agencia Legal, no hay claridad ni certeza si el fallecimiento del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, se generó con ocasión de la acción directa de los miembros del Ejército Nacional, como quiera que en el informe de patrulla se indica que efectivamente se dio de baja a tres sujetos NN, lo que no se logró establecer es si uno de los NN era la víctima por la que hoy se reclama, por cuanto en el plenario no existe elemento probatorio que respalde la teoría de los hechos expuesta por la parte actora.

En consecuencia, encuentra el Despacho que si bien, se acredito el hecho dañoso pues no hay duda que el señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO falleció, lo cierto es que el daño provocado a la víctima y a su familia no es atribuible ni imputable a la entidad accionada, como quiera que no se puede establecer que en el operativo realizado por el Ejército Nacional el día 12 de mayo de 2007, se haya dado de baja o ejecutado al señor CHAGUENDO VELASCO, generando de esta manera un rompimiento entre el daño y el nexo causal.

[27] Fol. 4-11 del cuaderno de pruebas de la parte demandada

Finalmente es del caso indicar que en el sub examine, que la parte actora no cumplió con las cargas procesales a ella impuesta, pues su deber tal como lo indica el artículo 177 del CPC consistía en demostrar, por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la demanda, indicándose para el efecto que la sola afirmación de manifestar que la víctima fue ejecutada por miembros del Ejército Nacional, no genera imputación de responsabilidad a la entidad accionada que permita concluir que la misma esta llamada a responder patrimonialmente por el daño endilgado.

En consecuencia de lo anterior, y por las consideraciones antes anotadas se deberá negar las pretensiones de la demanda.

VI. CONDENA EN COSTAS.

Finalmente, considerando que la condena en costa, solo es viable en la medida que se observe una conducta inadecuada en el ejercicio de su derecho de acceder a la administración de justicia o abuso del mismo, como cuando se establece que dentro de la actuación procesal se ha obrado en forma dilatoria o de mala fe, y observando que dentro de esta acción no hubo comportamiento en tal sentido, no será condenada la parte demandante a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho. Esta evaluación se realiza con fundamento a lo ordenado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia - Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta por la Nación- Mindefensa- Ejército Nacional.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas en la instancia.

CUARTO: DEVOLVER a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si lo hubiere y una vez ejecutoriada la presente decisión ORDÉNESE expedir a la parte actora, copia de la presente decisión con sus constancias de notificación y ejecutoriada, en los términos del artículo 115 del C.P.C, y procédase a realizar las anotaciones en el programa siglo XXI, archívese el expediente previa liquidación.

Notifíquese y cúmplase.

GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

Florencia, treinta (30) de junio de 2017

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA.
DEMANDANTE:	LUZ MIRA VELASCO SARRIA Y OTROS
DEMADADO:	NACION MINDEFENSA EJERCITO NACIONAL Y OTRO
RADICACIÓN:	18001-33-31-001-2009-00170-00
SENTENCIA No:	80-06-461-17

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. LA DEMANDA[1].

a) Las Pretensiones.

Los señores LUZ MIRA VELASCO SARRIA, FRACEDES VELASCO CHAGUENDO y JESÚS DIÓGENES VELASCO, quienes actúan en nombre propio y en representación, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa instaurada en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL, solicitan se les declare responsables administrativa y extracontractualmente por los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a los accionantes por el deceso del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, en hechos ocurridos el día 12 de mayo de 2007 en la carretera que conduce al Municipio de Curillo Caquetá, por miembros del Ejército Nacional.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a pagar a favor de cada uno de los demandantes los perjuicios morales y materiales solicitados.

b) Fundamentos fácticos.

Manifiesta que el día 12 de mayo de 2007, siendo las 3:30 pm llegó a la vivienda, el señor LUIS ALFONSO ZAMBRANO, en compañía del señor FERNANDO SALAMANCA ROJAS, quienes llegaron en una moto, acompañados de otra persona, que según vecinos del lugar, era un miembro del Ejército Nacional, vestido de civil quien conducía una moto Honda CBZ -160, convidando al señor FERNEY CHAGUENDO para que los acompañara a dejar una mercancía en el kilómetro 12, y como contraprestación del viaje se le cancelaria la suma de $1.000.000.

Indica que la víctima le preguntó al señor LUIS ALFONSO ZAMBRANO si iba a jugar el partido de futbolito programado en el marco del campeonato interveredal, quien respondió que después de la "vuelta" iría, teniendo en cuenta que el kilómetro 12 estaba como a 10 minutos y según lo dicho por el hombre de la moto honda, no se demorarían.

Aducen que la moto conducida los señores ZAMBRANO Y CHAGUENDO, fue llevada a un taller de propiedad del señor EDILSON JOVEN CARVAJAL, quien es conocido como "motosierra", a fin de hacer unas reparaciones, pactándose que los costos del trabajo mecánico se pagarían posteriormente, finalmente siendo casi las 4:00pm el señor Zambrano dejo su uniforme en el taller y se dirigió al

[1] Fol. 10-14, C.1

Kilómetro 12 a culminar la vuelta acordada.

Finalmente indica que desde ese día a las 4:00 pm no se volvió a saber de la víctima ni de su amigo, ya que no llegaron al partido programado, posteriormente en la noche se supo que el Ejército los había dado de baja como guerrilleros muertos en combate, apareciendo los cadáveres de los señores FERNANDO SALAMANCA ROJAS, LUIS ALFONSO ZAMBRANO y FERNEY CHAGUENDO, pero no el cuerpo del extraño hombre que concertó el fatal viaje y que según los testigos era miembro del Ejército Nacional.

c) Fundamentos de Derecho.

La parte actora estima que son aplicables al presente caso, las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1, 2 y 90.
- C. Civil artículos 1613 y 1614.
- Ley 446 de 1998
- Ley 954/2005
- C. Penal artículo 97

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- La Nación- Mindefensa-Ejercito Nacional (Fol. 31-50)

Manifiesta oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que existen causales de exculpación de responsabilidad en beneficio de los intereses de la Nación Colombiana y en relación con las pretensiones, pues las mismas desbordan los parámetros normales y jurisprudenciales, debido a que no existe responsabilidad por parte del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por el fallecimiento del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, en hechos sucedidos el 12 de mayo de 2007, que conduzcan a indemnización alguna, ya que no se ha probado aún los hechos al no aportarse con la demanda la totalidad de las pruebas documentales que así lo demuestre, convirtiéndose estos en simples afirmaciones sin respaldo probatorios, ya que no existe precisión en la ocurrencia del hecho y bajo qué circunstancias se produjo.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado, expone la teoría de la imputación del daño y nexo de causalidad, así como la prueba del daño, los perjuicios y la carga de la prueba.

Finalmente propuso como excepciones la de legitimación en la causa por pasiva de la entidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- De la parte actora[2]

Guardó silencio en esta etapa procesal

- Nación- Mindefensa – Ejercito Nacional[3]

Reitera los argumentos expuesto en la contestación de la demanda, indicando que dentro del proceso no se encuentra probada que fueron armas del Ejercito Nacional quienes provocaron la muerte del señor LUIS ALFONSO ZAMBNRANO JANASOY, pues dentro del acervo probatorio no se puede responsabilidad a la accionada, cuando éste en cumplimiento de una misión táctica denominada MAMUT 34-62, en donde se utilizó adecuada y oportuna inteligencia para la obtención del resultado propuesto, que fue repelida y trajo como consecuencia una reacción que desencadenó en la muerte

[2] Constancia secretarial de fecha 12/12/2016, vista a folios 98 del cuaderno principal
[3] Folios 87-95 CPrincipal

del sujeto que se encontraba en un posible hecho delictivo, que de una u otra forma contribuyeron al hecho dañoso, lo cual denota que la fuerza pública actuó por la justificada necesidad de contrarrestar la comisión de un delito.

Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, por cuento el proceso carece de prueba legalmente allegada de conformidad con el artículo 177 del CPC "Carga de la Prueba", incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen.

V. CONSIDERACIONES

a) Competencia.

Este Despacho es competente para dirimir en derecho el presente litigio, en razón a la naturaleza de los hechos, el último lugar de la prestación del servicio, y la cuantía del asunto, de conformidad con los artículos 134-B, y 134-E del Código Contencioso Administrativo- CCA. (Decreto 01 de 1984).

b) Problema jurídico.

¿Es responsable administrativa y patrimonialmente la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte violenta del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, en hechos ocurridos el día 12 de mayo de 2007 en la vía que conduce al Municipio de Curillo Caquetá?.

c) Excepciones.

La entidad demandada propuso la excepción de **falta de Legitimación en la causa por pasiva**, al considerar que la entidad no es sujeto pasivo de la presente acción, pues se configura una fuerza mayor o un caso fortuito.

Al respecto es de señalar que la legitimación en la causa por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho[4]. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable a alguna de las partes de la *litis* [5] una vez se resuelva el fondo del asunto.

Al respecto en sentencia proferida por el H. Consejo de Estado[6], siendo CP el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se sostuvo:

*"la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.** En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, **pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza,** pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...."* (Negrilla fuera del texto)

Conforme a la jurisprudencia precitada queda claro entonces que la legitimación en la causa es necesaria para proferir sentencia de mérito, bien sea esta favorable a las pretensiones del accionante o de la entidad demanda, razón por la cual en el caso objeto de estudio atendiendo que lo pretendido se le atribuye a las actuaciones adelantadas por la entidad demandada las cuales se consideran causaron la muerte al señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, en desarrollo de una operación militar el día 13 de mayo de 2007, el Despacho denegará la excepción así propuesta.

---

[4] Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: "En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva".

[5] Sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 15.348.

[6] Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Previo a realizar el análisis de responsabilidad estatal, atendiendo los recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado[7], procede el Despacho a efectuar el control oficioso de convencionalidad, en los casos en los cuales se debate la posible ejecución extrajudicial de una persona a cargo de las entidades del Estado.

d). Control oficioso de convencionalidad[8].

El control de convencionalidad[9] es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el "control difuso de convencionalidad," e implica el deber de todo juez nacional de "realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."[10]

(...), 27.2 Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,[11] aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

27.3 Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el "caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile," la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma[12] y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella."[13]

27.4 Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una "interpretación convencional" para determinar si aquellas normas son "compatibles" con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.[14]

27.5 Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

"[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando

---

[7] Consejo de Estado, sección tercera, subsección C, radicado No. 85001-23-31-000-2010-00178-01(47671), sentencia de fecha siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015), CP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

[8] Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

[9] Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática", en BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

[10] "Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". FERRER MAcGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

[11] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: "El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana".

[12] "[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente". CARBONELL, Miguel, "Introducción general al control de convencionalidad", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

[14] "[...] Se trata de un estándar "mínimo" creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales". FERRER MAcGREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[15].

27.6 En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de in-convencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

(...), 27.12 Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho al a protección judicial, entre otros asuntos[16]".

De conformidad con la jurisprudencia ibídem, al ser el Juez administrativo un juez convencional deberá examinar las circunstancias en que ocurrió la muerte del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO el día 13 de mayo de 2007 en el Municipio de Curillo Caquetá, y por las condiciones en las que este tipo de eventos se viene produciendo en el Estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, los fundamentos para su encuadramiento como un caso constitutivo de una grave vulneración de los derechos humanos, violación del derecho internacional humanitario, y configuración como acto de lesa humanidad, atendiendo que el planteamiento de la Litis gira entorno a una posible ejecución extrajudicial por miembros del Ejército Nacional y la Policía Nacional.

e) De la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece la acción de reparación directa y de la cual surge el presente asunto, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 90, 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.

---

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: "Si observamos los alcances del "control difuso de convencionalidad", podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de "bloque de constitucionalidad" derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformar que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un "deber" de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un "bloque de convencionalidad" para establecer "estándares" en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional". FERRER MAcGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

[16] Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (expediente 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (expediente 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (expediente 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (expediente 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (expediente 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (expediente 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (expediente 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (expediente 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (expediente 28505). Auto de 24 de septiembre de 2012 (expediente 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (expediente 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (expediente 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (expediente 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (expediente 42402), entre otras providencias.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, establece el régimen general de responsabilidad del Estado, que reza:

> *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)"*

Por ende, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño, una lesión de un derecho, de un bien o de un interés legítimo jurídicamente protegido, que el afectado no está en la obligación legal de padecerlo y que el mismo le sea imputable al Estado.

f) Dela responsabilidad del Estado por "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales y legales" en cabeza de las fuerzas militares.

En reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado[17], estableció en sentencia de fecha 01 de abril de 2016, que "para abordar el análisis de la responsabilidad del Estado, por falsas e ilegales acciones so pretexto de cumplimiento de mandatos constitucionales y legales, la Sala considera necesario referirse a los deberes que deben cumplir las fuerzas militares, encontrándose estos circunscritos al cumplimiento de los fines esenciales del Estado señalados en el artículo 2 inciso primero de la Constitución Política, esto es, a "*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*", es así como están llamadas a "*defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*".

Así mismo, la Constitución establece en el inciso segundo del artículo 217 que las "*Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*", es decir, que como guardianas del orden constitucional debe entenderse que están llamadas a que todas sus acciones se correspondan con ese mínimo que permite dotar no sólo de legitimidad democrática, sino de estabilidad y vigencia a todo el sistema.

Las anteriores disposiciones, se corresponden con lo consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual los Estados partes en la misma "*se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna*".

Es decir que, toda autoridad investida de facultades de orden público, seguridad y protección de la soberanía debe respetar las normas convencional, constitucional y legalmente establecidas, así como los principios democráticos[18]. Esto implica que bajo la concepción democrática, la doctrina militar debe acoger códigos de conducta en los que impere el respeto pleno, integral y eficaz de los mandatos de protección de los derechos humanos y de las reglas del derecho internacional humanitario.

Así pues, los militares en ejercicio de estas funciones pueden cometer lo que la jurisprudencia ha llamado "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales"; fenómeno que se debe estudiar en su origen desde las ejecuciones extrajudiciales, las cuales se han definido como "*una violación que puede consumarse, en el ejercicio del poder del cargo del agente estatal de*

---

[17] Consejo de Estado, sección tercera, Subsección C, dentro del proceso radicado No. 20001-23-31-002-2010-00018-01(46028), siendo CP el Dr. Jaime Orlando Santofimio.

[18] "Tradicionalmente, la policía ha hecho hincapié en la necesidad de realizar sus deberes de acuerdo con la ley. Sin embargo, el profesionalismo suele ser percibido como un elemento que dificulta esta observancia de la ley por parte de la entidad; para defender esta postura se sostiene que el propósito del trabajo del policía es hacer cumplir la ley, sin tener en cuenta los valores políticos o sociales que van más allá de ella. Esta interpretación del profesionalismo derivan del hecho de que la capacitación de la policía es fundamentalmente legalista. La autoridad de los oficiales sobre sus subordinados y sobre la ciudadanía, así como su inmunidad frente a interferencias indebidas del ámbito político se basan en las leyes existentes. Si se recurre al imperativo del respeto por la ley, puede argumentarse que la policía es una institución profesional que mantiene el orden en cualquier circunstancia, no obstante, no conduce necesariamente al respeto por conceptos como democracia y los derechos humanos. El personal los acepta, en la medida que se trata de ideas respaldadas por la legislación vigente, pero su incorporación en las prácticas de la institución tarde en aparecer. Entonces, debido a que estos conceptos no son vistos como una fuerza motriz, la policía desconfía de los ciudadanos, lo que a su vez, hace que sus estrategias para combatir el crimen le presten poca atención a las preocupaciones ciudadanas". FRÜHLING, Hugo. "La reforma de la Policía y el proceso de democratización", en FRÜHLING, Hugo; TULCHIN, Joseph S. *Crimen y violencia en América Latina*. 1ª ed. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005, p.36.

manera aislada, con o sin motivación política, o más grave aún, como una acción derivada de un patrón de índole institucional"[19]. Ahora bien, las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, no encuentra su juridificación en el ordenamiento jurídico internacional, por lo que se encuentran en:

1. La garantía del derecho a la vida consagrada en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 1.1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1.1, 2 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y

2. En los instrumentos de soft law que se integran a las garantías normativas del derecho a la vida tales como el "Código de Conducta para los funcionarios encargados de cumplir la ley" [Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 34/169, de 17 de diciembre de 1979], y los "Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" [Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes, de 1990].

Dentro de estos instrumentos, también se encuentra el informe rendido por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas[20] en el año 2010, en donde empleó el concepto de "falsos positivos", del que se resalta lo siguiente:

1. Se consideran ejecuciones ilegales de civiles aquellas "*manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrillero o delincuentes ocurridas en combate*",

2. Se identificaron los siguientes patrones reiterados de conducta: (i) se producen en el "*marco de operativos militares anti-insurgentes, aunque los testigos declaran que no hubo combate*"; (ii) precede, en la mayoría de los casos, una captura o detención ilegal "*en su domicilio o lugar de trabajo, y conducida al lugar de la ejecución*"; (iii) la condición social de las víctimas impera ya que "*por lo general campesinos, indígenas, trabajadores, jóvenes, personas marginadas o líderes comunitarios*" son víctimas de estas prácticas; (iv) la fuerza pública reporta a las víctimas como "*insurgentes dados de baja en combate*"; (v) las "*víctimas aparecen muchas veces uniformadas y con diferentes tipos de armas y equipos militares mientras que, según los testimonios, habían desaparecido con su ropa habitual y desarmadas*"; (vi) en "*ocasiones las víctimas son previamente señaladas por informantes anónimos, encapuchados o reinsertados, y en otras ocasiones son seleccionadas al azar*"; (vi) el "*levantamiento del cadáver es realizado por los mismos miembros de la Fuerza Pública que previamente les han dado de 'baja en combate'*"; (vii) no "*se preservan la escena del crimen ni las pruebas existentes*"; (viii) con frecuencia "*aparecen en los cuerpos signos de tortura*"; (ix) los "*cuerpos son despojados de objetos personales y se hace desaparecer sus documentos de identidad*"; (x) los "*cuerpos son trasladados a municipios lejanos del lugar donde se les retuvo originalmente y se constatan serios impedimentos tanto para el acceso de los familiares a los cuerpos como para su reconocimiento*"; (xi) los "*cuerpos son inhumados como N.N. a pesar de ser identificados por familiares o terceras personas*"(xii) los "*miembros de la Fuerza Pública reciben incentivos económicos, profesionales y premios por la presentación de 'positivos'*"; (xiii) la "*competencia judicial para la investigación de los hechos se atribuye desde el primero momento a juzgados penales militares*"; (xiv) los "*familiares de las víctimas, testigos y defensoras y defensores de derechos humanos dedicados al esclarecimiento de los hechos son objeto de actos de amenaza e intimidación*"; y, (v) el "*porcentaje de condenas a los responsables es ínfimo*".

Por su parte, el Fiscal de la Corte Penal Internacional presentó un reporte en el año 2012 sobre la situación de Colombia en el tema de los denominados "falsos positivos", en donde precisó que se

---

[19] HENDERSON, Humberto, "La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, V.43, 2006, p.285.

[20] NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 14ª período de sesiones. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión Colombia, Documento A/HRC/14/24/Add.2, de 31 de marzo de 2010, pp.185, en [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/132/38/PDF/G1013238.pdf?OpenElement; consultado 10 de agosto de 2015].

vienen presentando desde los años ochenta y se agudizaron a partir del año 2004 con las siguientes características: "*Los civiles ejecutados fueron reportados como guerrilleros muertos en combate tras alteraciones de la escena del crimen. La información disponible indica que estos asesinatos fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas, operando a veces con paramilitares y civiles como parte de un ataque dirigido contra civiles en varias partes de Colombia. En algunos casos, las ejecuciones estuvieron precedidas por detenciones arbitrarias, tortura y otras formas de malos tratos*". Igualmente, el Fiscal sostuvo que la "*gran escala de los ataques, el número de víctimas, las semejanzas entre las denuncias de crímenes presentados en todo el país, la planificación y organización necesarias para cometer los asesinatos y registrarlos posteriormente como bajas en combate, indican que los asesinatos de 'falsos positivos' equivalen a un ataque sistemático y a gran escala contra la población civil*".

Por último, la Subsección considera traer a colación el cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2014[21], según el cual los supuestos para la materialización de las ejecuciones extrajudiciales como práctica son los siguientes: "*i) ejecución de miembros de la guerrilla fuera de combate; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o retenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales); y vii) 'errores militares' encubiertos por la simulación de un combate*".

Todo lo anterior, ha permitido a la jurisprudencia administrativa afirmar que cuando se trata de "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento" de los mandatos constitucionales y legales en cabeza de las fuerzas militares, se está bajo el supuesto de ejecuciones extrajudiciales[22].

---

[21] Puede consultarse en: [http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf; consultado 10 de agosto de 2015].

[22] Así lo hizo, en providencia del 29 de marzo de 2012, expediente 21380, en donde se analizó la muerte violenta de un campesino, en el corregimiento La Aurora del municipio de Chiriguaná (Cesar), el cual fue obligado a vestir prendas de uso privativo de las fuerzas militares y presentado como guerrillero muerto en combate por parte de las fuerzas militares. Encontrándose demostrados que: (1) la persona fue secuestrada el día anterior; (2) el cadáver apareció al interior de las instalaciones del Batallón La Popa de Valledupar, con varios disparos de arma de fuego y vistiendo prendas militares; (3) según los informes militares la muerte de la víctima se produjo "durante un enfrentamiento armado con el batallón contraguerrillas No. 40 adscrito al Comando Operativo nº 7 de la Segunda Brigada del Ejército"; y, (4) los familiares de la víctima fueron objeto de "presiones y amenazas para que se abstuvieran de denunciar lo sucedido".

Posteriormente, el 13 de marzo de 2013, expediente 21359, se revisó un caso en donde fallecieron tres (3) personas campesinas, y donde quedó demostrado en el plenario lo siguiente: (1) como hecho previo se tuvo en cuenta el "avistamiento de los jóvenes en la vereda 'La Arroyuela'"; (2) como hecho posterior se tuvo la aparición de sus cuerpos en la "vereda Monteredondo"; y, (3) que todo "obedeció a un comportamiento anómalo y altamente irregular por parte de los miembros de la demandada".

Así mismo, en sentencia de Sala Plena de fecha 11 de septiembre de 2013, se sometió a consideración de esta Corporación, la muerte de un campesino que fue presentado como guerrillero dado de baja durante un combate en jurisdicción del municipio de Tello (Huila), por parte de las fuerzas militares, cuyas pruebas arrojaron que: (1) se incurrió en falla en el servicio por haber propinado "la muerte a personas no combatientes que se encontraban en estado de indefensión"; (2) la muerte del campesino se encuadró como una ejecución extrajudicial; (3) no "se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares del fallecido y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho".

En el año 2014, a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, se revisó la muerte de tres (3) jóvenes de la vereda Las Nieves del municipio de Apartadó (Antioquia), quienes fueron presentados por el Ejército Nacional como dados de baja en combate, sin embargo, la evaluación probatoria concluyó que: (1) los jóvenes estuvieron en poder del Ejército; (2) respecto de dos ellos se configuraron los elementos de la desaparición forzada, esto es, la privación de la libertad, intervención de agentes estatales y la negativa "de reconocer la detención y revelar el paradero de las víctimas a sus familiares"; (3) fueron vestidos con prendas diferentes a las que usaban para el día de los hechos; (4) al haber privado de la libertad a los jóvenes el Ejército Nacional "tenía una clara posición de garante, y se le atribuye cualquier resultado dañoso causado por su acción, por cuanto voluntariamente infringió sus funciones en la prevención o evitación del resultado dañoso"; (5) las víctimas no pertenecían a un grupo armado; (6) no existió ni combate, ni enfrentamiento; (7) se incumplió por parte del Ejército con el deber de aseguramiento, de conservación y la cadena de custodia de los medios probatorios; (8) no se justificó el traslado de los cuerpos a las instalaciones militares: (9) no se pudo determinar que los jóvenes hubieran manipulado o accionado arma alguna; (10) se concretó un homicidio en persona protegida; y, (11) la justicia penal militar se inhibió.

Por otra parte, en sentencias del 7 de septiembre de 2015[22] esta Subsección tuvo oportunidad de analizar tres casos de falsos positivos, en donde el Ejército Nacional reportó a dos jóvenes y a un señor como muertos en combate, encontrándose por parte de la Sala que la muerte de estas personas no ocurrió como lo había narrado el Ejército sino que habían sido ejecuciones perpetradas por parte de los miembros de la institución castrense, razón por la cual, se condenó al Estado por "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales".

Finalmente el 25 de febrero[22] del presente año, se estudió el caso de un grupo de jóvenes que supuestamente habían resultado muertos en un operativo adelantado por el Ejército Nacional para dar con el paradero de bandas criminales al servicio del narcotráfico. Sin embargo, del material probatorio arrimado al expediente se logró determinar que las muertes fueron ocacionadas por los militares para así obtener ascensos en la institución, motivo por el cual, se condenó a la Nación por haberlos ejecutado extrajudicialmente.

De la jurisprudencia antes señalada, es dable concluir que en casos de ejecuciones extrajudiciales, la regla general de encuadramiento y atribución jurídica de la responsabilidad del Estado con base en la falla del servicio, y excepcionalmente con el riesgo excepcional. Lo anterior refleja, que en este tipo de eventos es claro evidenciar que por acción e inactividad se dejan de materializar deberes positivos que convencional, constitucional y legalmente están en cabeza del Estado para la eficaz garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, la preservación del principio democrático y plena legitimidad de las actividades desplegadas por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que impidan la proliferación, la sistematicidad y la aquiescencia con prácticas reprochables y absolutamente contrarias con el Estado Social y Democrático de Derecho, como son las "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales".

Así las cosas, la Sala encuentra que en Colombia las "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales" se han convertido en una práctica generalizada en contra la población civil más vulnerable (campesinos, personas de la calle, adictos, delincuentes de poca monta, etc.), con participación o aquiescencia de agentes estatales y con carácter sistemático que puede estar permitiendo su encuadramiento como un típico acto de lesa humanidad (artículo 7K del Estatuto de Roma), que viene acompañado en muchas ocasiones por la consumación de actos de tortura, desaparición forzada o de otros tratos crueles o inhumanos".

Finalmente la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, indicó que para que haya lugar a afirmar que en un determinado caso existió una ejecución extrajudicial, es necesario acreditar que se presentaron los elementos que tanto el derecho internacional, como la jurisprudencia contenciosa, han señalado como indicio de que las fuerzas militares actuaron en contravía del orden convencional, constitucional y legal, para así obtener beneficios o prebendas de parte de la institución castrense, por haber "positivos" o bajas en combate. Siendo necesaria, la existencia de pruebas que permitan al Juez contencioso crear el convencimiento de la existencia de una grave violación a los derechos humanos.

De conformidad con lo anterior, procederá el Despacho a estudiar si en el presente proceso se configuró la falla en el servicio de la entidad demandada, o si por el contrario se deberá realizar un análisis teniendo como base el régimen objetivo de imputación de responsabilidad, ya que el hecho dañoso se desplegó en el marco de una actividad peligrosa, como lo es el adelantamiento de un operativo militar; y finalmente se analizará si en el proceso se encuentran demostrados los elementos necesarios para la exoneración de la responsabilidad de la entidad accionada en la comisión de la conducta, atendiendo que la misma aduce que la muerte del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO se produjo como consecuencia de la operación militar adelantada en contra de presuntos integrantes de grupos guerrilleros. En este punto se enfatizará que la prueba de la causal eximente de responsabilidad es una carga que corresponde a quien la alega, esto es, a la entidad accionada.

Así las cosas, se procederá a estudiar los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, para determinar el régimen de responsabilidad y si la misma le es imputable a la entidad accionada.

- El Daño antijurídico[23].

[23] Sentencia de fecha 01/02/2016, Consejo de Estado, sección tercera, subsección C, radicado No. 54001-23-31-000-2010-00370-01(53704), CP. Jaime Orlando Santofimio: **El daño antijurídico cuando se producen violaciones en derechos humanos y en el derecho internacional humanitario.**
35 En aquellos especiales y singulares eventos donde la producción de daños antijurídicos comprende la vulneración de derechos humanos y la violación de normas y obligaciones del derecho internacional humanitario[23], convencionalmente y constitucionalmente [por virtud de los artículos 2, 29, 93 y 229 de la Carta Política; 1.1, 2 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12 del Convenio I de Ginebra de 1949 "para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña", y el artículo 4.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, "relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional" de 1977] el juez administrativo debe y puede pronunciarse sobre tal vulneración y hacerla parte del daño tanto por su despliegue directo en las víctimas, como en sus familiares.
36 La muerte de personas en el marco de un conflicto armado interno no puede tener como unívoca lectura la constatación del fallecimiento material, sino que exige asociarlo al respeto de la dignidad humana, como principio democrático sustancial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, el derecho constituir una familia y el derecho a la libertad. Se trata de afirmar que todo ciudadano que fallece en el marco del conflicto armado, sin perjuicio de su situación frente al mismo, encuentra cercenados los anteriores derechos humanos, porque (1) la forma violenta en que fallece puede en sí misma comprender una vulneración de tal tipo que se ofende el principio de humanidad y de dignidad; (2) se desprende como efecto inmediato e indiscutible que se entorpece cualquier elección del sujeto que fallece en tales condiciones, desde la perspectiva de vida personal, familiar, social y económica[23]; (3) se hace extinguir, abruptamente, cualquier capacidad laboral, productiva o económica de la persona, que en condiciones normales las podría haber desplegado; (4) se niega la posibilidad de constituir una familia, o se limita la posibilidad de disfrutar de la misma y de todas las virtudes y obligaciones que en dicha figura existe; (5) la persona se somete arbitrariamente a la limitación absoluta de la libertad como expresión plena de la entidad de la persona, y, (6) los familiares de las personas sometidas a la tal cercenamiento de derechos, también padecen

En cuanto a la existencia del ***daño***, se encuentra acreditado en el expediente que el señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, falleció el día 12 de mayo de 2007, según consta registro[24] civil de defunción con serial No. 03681342, con anotación de autorización Judicial, inspección a cadáver según orden 2018, Juez Elsa Esperanza Meza Cadena y acta de inspección técnica de cadáver FPJ 10. (aunque en el registro civil de defunción se indica que la muerte ocurrió el día 13 de mayo de 2007, lo cierto es que la fecha real es el día 12 de mayo de esa anualidad, debido a un error en el registro.).

Del acervo probatorio relacionado se puede concluir que se produjo un daño antijurídico el cual se traduce en la muerte del señor CHAGUENDO VELASCO, quedando acreditado así la generación del mismo, sin embargo, no es suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

- El título de imputación y nexo causal.

En consecuencia procede a realizarse el estudio de imputación del daño y el nexo de causalidad, para la cual se encuentra acreditado en el expediente lo siguiente:

En el sub examine, se encuentra acreditado que el día 12 de mayo el señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, falleció tal como se observa en el registro civil de defunción.

Así mismo, se encuentra acreditado que el día 12 de mayo de 2007, miembros del Ejército Nacional, realizaban labores de patrullaje[25] en cumplimiento de la Orden[26] de Operaciones No. 34-62 Operación "MAMUT", de la Unidad del Batallón Juanambú No. 34, indicativo "Búfalo", en el sitio conocido como vereda "Libertador" Jurisdicción del Municipio de Curillo Caquetá.

Que en desarrollo de la operación MAMUT, miembros del Ejército Nacional indicaron:

"*SEGUNDA FASE: RESUMEN DE LOS HECHOS: El pelotón de Búfalo 2 conformado a 0-3-28 de acuerdo a la orden de operaciones 34-62 MAMUT, se encontraba adelantando operación de registro y control de área sobre las veredas: Normandía, Nutria 1, Nutria 2, Libertador, El Palmar y la España. Al encontrarse registrando la parte alta de la vereda Normandía, la primera escuadra de B2, al mando del sargento segundo Lascarro Ramírez Eduardo, se dispuso a descender sobre la carretera que conduce a Albania- Curillo, al estar próximo a llegar a la vía, se dirigían dos motocicletas con 04 individuos en ellas, al decirles alto, el primer sujeto que había en la motocicleta acelera bajando al parrillero, quien al caer abre fuego sobre las tropas, los últimos dos sujetos que venían en la motocicleta cuando vieron la tropa, se abalanzaron sobre la cerca abriendo fuego, y en el intercambio de disparos fueron dados de baja por las tropas tres individuos, portaban 03 revólveres, 02 cortos y 1 largo.*

V. RESULTADOS DE LA OPERACIÓN: tres sujetos abatidos en combate así:
1. Sujeto camiseta azul, pantalón azul claro botas de caucho
2. Sujeto camiseta café, pantalón azul claro, gorra gris, botas de caucho.
3 Sujeto camiseta rojas, pantalón azul claro, botas de caucho

---

un impacto en la dignidad colectiva[23], al encontrar que sus hijos, hermanos o nietos fueron objeto de actos que violentaron todos los mínimos de respeto que esto produce una limitación o restricción indebida en la esfera de sus propios derechos, de su calidad de vida, de su identidad social, y de su posibilidad de superación como individuos de la sociedad democrática.

37 Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario debe examinarse, también, por el juez administrativo si su vulneración produce un daño antijurídico, especialmente cuando la muerte violenta está precedida de una seria antijuridicidad al contravenirse la prohibición de atentar contra la vida de quien en el marco del conflicto está confrontación, bien sea porque no se respete cometiendo un homicidio, o sometiendo a la persona a su eliminación en su valor como ser humano.

38 Con base en la motivación y justificación anterior, y ateniéndose estrictamente a las pruebas obrantes en el proceso, la Sala de Sub-sección analizará el daño antijurídico en el caso concreto, en la doble dimensión material y de protección de los derechos.

[24] Fol. 2 del cuaderno principal del expediente

[25] Informe de patrullaje de fecha 12/05/2007, folios 13-16 del cuaderno de pruebas de la parte actora

[26] Fol. 4-11 del cuaderno de pruebas de la parte demandada

02 revólveres SMITH hueso corto, 01 revolver SMITH hueso largo, 01 motocicleta AX115"

Que mediante oficio No. 308/ DIV6-BR12-BIJUA-S2-INT-252 de fecha 13 de mayo de 2007, el Oficial S-2 BIJUA, dejo a disposición de los funcionarios del CTI 03 cuerpos y elementos, del cual se destaca:

"Con toda atención, me dirijo a su despacho con el din de dejar a su disposición 03 sujetos de sexo masculino NN muertos en combate y demás material relacionados, los hechos ocurrieron en las siguientes circunstancias:

Tropas del Batallón de Infantería No. 34 "JUANAMBU" en desarrollo de la Misión Táctica MAMUT 34-62, en el sector Santa Marta Vereda El Libertador Jurisdicción del Municipio de Curillo, en coordenadas LN01º05´35" LW-75º53´39" el día 12-17:15 fueron muertos 03 terroristas al parecer pertenecientes a las Bandas Criminales al Servicio del Narcotráfico siguiente material:

- *Sujetos* 03
- *REVOLVER CAL 38* 01
  MARCA SMITH WESSON
  SERIE No. SIN SERIE
- *REVOLVER CALIBRE 38C* 01
  MARCA: SMITH WESSON
  SERIE No. SIN SERIR
- *REVOLVER CALIBRE 38L* 01
  MARCA SMITH WESSON
  SERIE No. SIN SERIE 01
- *$38.000= M/Cte* 01
- *DOCUMENTOS VARIOS* 01
- *CELULAR NOKIA 1108* 01
- *BILLETERA* 01
- *CHPUSA* 01
- *MOTOCICLETA AX 100* 01
  MARCA SUSUKI
  COLOR: NEGRO
  PLACAS: PBL74A
  CHASIS No: BF14ASC022345
- *BOLSO COLOR AZUL* 01"

De los documentos en cita, se establece plenamente que tropas del Ejército Nacional, pertenecientes al Batallón de Infantería No. 34 "Juanambu", el día 12 de mayo de 2007, en cumplimiento de la Orden[27] de Operaciones No. 34-62 Operación "MAMUT", indicativo "Búfalo", en el sitio conocido como vereda "Libertador" Jurisdicción del Municipio de Curillo Caquetá, dieron de baja a tres sujetos presuntamente integrantes de bandas criminales al servicio del narcotráfico.

No obstante lo anterior, para esta Agencia Legal, no hay claridad ni certeza si el fallecimiento del señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO, se generó con ocasión de la acción directa de los miembros del Ejército Nacional, como quiera que en el informe de patrulla se indica que efectivamente se dio de baja a tres sujetos NN, lo que no se logró establecer es si uno de los NN era la víctima por la que hoy se reclama, por cuanto en el plenario no existe elemento probatorio que respalde la teoría de los hechos expuesta por la parte actora.

En consecuencia, encuentra el Despacho que si bien, se acredito el hecho dañoso pues no hay duda que el señor FERNEY CHAGUENDO VELASCO falleció, lo cierto es que el daño provocado a la víctima y a su familia no es atribuible ni imputable a la entidad accionada, como quiera que no se puede establecer que en el operativo realizado por el Ejército Nacional el día 12 de mayo de 2007, se haya dado de baja o ejecutado al señor CHAGUENDO VELASCO, generando de esta manera un rompimiento entre el daño y el nexo causal.

[27] Fol. 4-11 del cuaderno de pruebas de la parte demandada

Finalmente es del caso indicar que en el sub examine, que la parte actora no cumplió con las cargas procesales a ella impuesta, pues su deber tal como lo indica el artículo 177 del CPC consistía en demostrar, por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la demanda, indicándose para el efecto que la sola afirmación de manifestar que la víctima fue ejecutada por miembros del Ejército Nacional, no genera imputación de responsabilidad a la entidad accionada que permita concluir que la misma esta llamada a responder patrimonialmente por el daño endilgado.

En consecuencia de lo anterior, y por las consideraciones antes anotadas se deberá negar las pretensiones de la demanda.

VI. CONDENA EN COSTAS.

Finalmente, considerando que la condena en costa, solo es viable en la medida que se observe una conducta inadecuada en el ejercicio de su derecho de acceder a la administración de justicia o abuso del mismo, como cuando se establece que dentro de la actuación procesal se ha obrado en forma dilatoria o de mala fe, y observando que dentro de esta acción no hubo comportamiento en tal sentido, no será condenada la parte demandante a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho. Esta evaluación se realiza con fundamento a lo ordenado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia - Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: **Declarar no probada** la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta por la Nación- Mindefensa- Ejército Nacional.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas en la instancia.

CUARTO: DEVOLVER a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si lo hubiere y una vez ejecutoriada la presente decisión ORDÉNESE expedir a la parte actora, copia de la presente decisión con sus constancias de notificación y ejecutoriada, en los términos del artículo 115 del C.P.C, y procédase a realizar las anotaciones en el programa siglo XXI, archívese el expediente previa liquidación.

Notifíquese y cúmplase.

GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez