

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
– SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”
ESCRITURALIDAD

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá D.C., siete (07) de junio de dos mil veintitrés (2023).
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente	110013331034201100008-04
Sentencia	SC3-06-2023-2723 Sala 74
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	WILLIAM ENRIQUE MORENO DÍAZ
Demandados	PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS
Asunto	APELACIÓN SENTENCIA
Tema	FALLA EN EL SERVICIO POR INVESTIGACIÓN E INTERVENCIÓN DE DMG S.A, QUE LLEVÓ A LA IMPOSIBILIDAD DE LOS ACCIONANTES DE RECLAMAR LAS SUMAS CONTENIDAS EN SUS TARJETAS PUNTOS POR PUBLICIDAD.

Se trata de recurso de apelación promovido contra sentencia proferida en proceso regido por el Código Contencioso Administrativo – CCA, y en este orden, surtido el trámite previsto en su artículo 212, modificado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010, encuentra para que la Sala provea.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desatar recurso de apelación interpuesto por la activa, **para que se revoque la sentencia** calendada ocho (08) de marzo de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, **que negó las pretensiones de la demanda, sin condena en costas.**

II. ANTECEDENTES EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. Argumentos y pretensiones de la activa

El señor William Enrique Moreno Díaz, actuando en nombre propio promovió demanda de reparación directa contra la Nación - Presidencia de la República; la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público; la Superintendencia Financiera;

la Superintendencia de Sociedades; la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- y al agente interventor de la sociedad DMG-Grupo Holding S. A., con las siguientes **pretensiones:**

- Declaren administrativa y extracontractualmente responsables a las accionadas por los daños y perjuicios materiales y morales causados al actor con ocasión de la Intervención Estatal a que se sometió a la Sociedad DMG — GRUPO HOLDING S. A., mediante la toma de posesión para devolver, de los bienes, haberes, negocios y establecimientos de comercio, ordenada por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto 400- 014079 del 17 de noviembre de 2008 con base en la Declaratoria del Estado de Emergencia Social dispuesta por el gobierno nacional mediante Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 y el procedimiento señalado en desarrollo de aquel, por Decreto 4334 de la misma fecha.

En consecuencia, se condene a las accionadas a pagar el equivalente a 100 smlmv, por concepto de perjuicios morales, así como el reconocimiento de perjuicios materiales debidamente actualizados.

En secuencia fáctica que sintetiza esta Sala en los siguientes **hechos:**

Manifestó el accionante, señor William Enrique Moreno Diaz, que el 30 de mayo de 2008, adquirió una tarjeta de puntos por publicidad, cargada con dos millones (2.000.000) de puntos, los cuales redimiría por dinero en efectivo a razón de UN PESO (\$1.00) por cada punto, el día diez (10) de diciembre de esa anualidad.

Agregó que el 17 de noviembre de 2008, mediante decreto 4333 el Gobierno Nacional decretó el Estado de Emergencia Social y mediante Decreto 4334 de la misma fecha y en desarrollo del anterior, expidió el procedimiento de intervención, consecuencias adversas para los tarjetahabientes y concretamente en su caso indicó no haber podido redimir por dinero en efectivo, los puntos cargados en las tarjetas de puntos por publicidad.

III- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Juez Treinta y Cuatro (34) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, **negó las pretensiones de la demanda**, para ello, partió por realizar una síntesis de la

situación fáctica y procesal.

Al abordar los elementos de la responsabilidad y previo a pronunciarse sobre la conducta de cada una de las accionadas, consideró que el actuar del demandante no fue diligente al momento de celebrar los negocios jurídicos que a la postre dieron lugar a la causación del daño; pues de haberlo sido se habría percatado que las citadas sociedades no gozaban de ningún permiso para captar dineros del público y que las utilidades que prometían escapaban a la realidad de cualquier negocio o actividad legal, sin que la aparente legalidad de dicha sociedad constituya un error invencible.

Con todo, consideró que la actuación de cada una de las entidades se ajustó a las funciones legalmente atribuidas y su actuar fue oportuno.

IV- RECURSO DE APELACIÓN

La activa pretende se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se estimen las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

- Error la falladora de primera instancia al formular el problema jurídico, toda vez que lo pretendido no es una “falla del servicio por omisión” sino una “falla del servicio por acción”, porque lo que se imputa al Estado es que por intermedio de las instituciones comprometidas y con el apoyo de la fuerza pública, “actuó arbitrariamente” contra la “Sociedad Comercial DMG – GRUPO HOLDING SA”, interviniéndola mediante un procedimiento abusivo que consagrado por el Decreto 4334 de 17 de noviembre de 2008, vulnera y desconoce los derechos fundamentales tanto de dicha sociedad como de sus tarjetahabientes.
- Aunado a ello, consideró que al formular el problema jurídico dio por sentado sin estar probado que la sociedad Comercializadora DMG – GRUPO HOLDING SA, incurría en “captación no autorizada de dineros”, lo cual implicó prejuizgamiento y condena desde el inicio tanto al demandante como a la referida Sociedad.
- Omitió la sentencia, mencionar como probado, el “Hecho Notorio” de que a la “Sociedad Comercial DMG – GRUPO HOLDING SA” se le vulneró el Derecho Constitucional de al Debido Proceso porque no se le permitió

ejercer su “Derecho a la Defensa” por la hora de expedición de los decretos y, la falta de notificación que en su contra se adelantaba una actuación administrativa ni mucho menos de que esa actuación había concluido con la decisión de Intervención Estatal.

- Igualmente, omitió” señalar que esa sociedad incurrió en incumplimiento de obligaciones para con sus tarjetahabientes, únicamente a partir del 17 de noviembre de 2008 y exclusivamente, como consecuencia de la intervención estatal a que fue sometida y que hasta esa data esa modalidad no era considerada captación ilegal de dineros.
- La sentencia no señaló que está probado, que los Decretos 4333 y 4334 de 17 de noviembre de 2008, crearon conductas punitivas para comportamientos que se realizaran a partir de la fecha de su expedición y no anteriores, por lo que entre su expedición y el auto que ordenó la intervención la sociedad intervenida no pudo cometer esas conductas.
- Precisó la existencia de dos modalidades de tarjetas, una de tarjeta prepago y otra denominada “Tarjeta de Puntos por Publicidad” y, por tanto, lo que reclama es el daño causado con la intervención estatal decretada contra la “Sociedad Comercial DMG – GRUPO HOLDING SA”, con la cual se generó la pérdida de la oportunidad de saber si la “Sociedad Comercial DMG – GRUPO HOLDING SA” cumpliría con el pago del Servicio de Publicidad Voz a Voz en la que tenía dos millones (2.000.000) de puntos, por lo que el daño reclamado no “lo constituyen los perjuicios materiales ocasionados por la entrega de dineros a la Comercializadora DMG GRUPO HOLDING más los rendimientos que no recibió por la intervención”.

V- TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Con proveído del 15 de diciembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, instaurado por la activa y se ordenó notificar personalmente a la Agente del Ministerio Público y por estado a los demás sujetos procesales.

5.2. Por auto del 20 de febrero de 2022, se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad que fuera aprovechada por la activa y por la Presidencia de la República; la Superintendencia Financiera; la Superintendencia de

Sociedades y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los siguientes términos:

5.2.1. La activa, reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación, destacando que su daño no deviene de la inversión de dineros en la sociedad DMG S.A. y que la falla en el servicio alegada devine de la intervención que a esa sociedad se realizó, aun cuando no se acreditó la ilegalidad de su actuar, lo que impidió canjear los puntos que por publicidad tenía en su tarjeta.

5.2.2. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, solicita desestimar el recurso de alzada, por no encontrar probado el alegado daño antijurídico, ni la acción u omisión de las autoridades públicas con potencialidad de producir un daño antijurídico, contrastado, el deber de cuidado y diligencia que le asistía al accionante en la gestión de sus propios asuntos.

5.2.3. La Superintendencia de Sociedades, aduce que las entidades demandadas, realizaron todas las actuaciones administrativas pertinentes y necesarias para identificar e intervenir y liquidar las sociedades captadoras ilegales de dinero, en secuencia de lo cual, se declaró el Estado de Emergencia Social y Económica a través del Decreto 4333 de 2008, del que advierte fue declarado exequible mediante Sentencia Constitucional C-135 de 2009, y existía suficiente información que alertaba a los ciudadanos sobre los riesgos de las pirámides, y se configura el eximente de responsabilidad, de culpa de la víctima, al hacer caso omiso de las advertencias elevadas por las autoridades del Estado.

5.2.4. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, insistió en que no se encuentran probados los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual que se pretende endilgar a esa entidad, advierte que la misma, no trasgredió en manera alguna el ordenamiento jurídico, como tampoco incurrió en omisiones que conllevaran al detrimento del patrimonio del particular.

VI - CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. ASPECTOS DE EFICACIA Y VALIDEZ

6.1.1. **Reiterado que el asunto se promovió en vigencia del Código de Contencioso Administrativo C.C.A.**, e integraba primigeniamente, con el Código

de Procedimiento Civil – CPC, como norma supletoria o de aplicación subsidiaria, compendio este último que fue derogado por el Código General del Proceso - CGP, adoptado mediante la Ley 1564 de 2012, aplicable en esta jurisdicción y específicamente en el denominado esquema escritural, desde junio de 2014¹ y por consiguiente encontraba en rigor para el momento en que se promovió el recurso que nos ocupa, **se tiene conforme sigue:**

6.1.1.1. Se reitera la competencia de esta Corporación para conocer del recurso de apelación que nos ocupa, por cuanto trata de recurso de apelación contra sentencia proferida por Juez Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y el asunto se promovió en vigencia del Código Contencioso Administrativo - CCA, cuyo artículo 133 establece:

“(…) Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda. (...)”. (Subrayado y suspensivos fuera de texto).

6.1.2. Encuentran satisfechos los requisitos de sustentación clara, suficiente y pertinente del recurso de alzada, en contraste con la sentencia que es objeto del mismo. Requerimiento que tiene fundamento normativo en los incisos 3º y 4º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso - CGP, en cuanto disponen que, *tratándose de la apelación de una sentencia, el recurrente debe precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión y para su sustentación será suficiente que el apelante exprese las razones de su inconformidad con la providencia objeto de alzada.*

Premisa a la que agrega, el artículo 320 del mismo estatuto procesal que prescribe:

“(…) El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. (...)”.

Habiendo precisado el Consejo de Estado en el reseñado contexto normativo, *que quien tiene interés en que el asunto sea analizado de fondo debe señalar cuales*

1 Consejo de Estado, Auto de Unificación del 25 de junio de 2014, C.P.Enrique Gil Botero, Rad, No. Interno 49299, y Auto del 25 de junio de 2015, Ra. No. Interno 50508

fueron los yerros o desaciertos en que incurrió el juez de primera instancia al resolver la Litis presentada².

6.1.3. Se advierten satisfechos los presupuestos procesales de la acción de reparación directa, constatación que se realiza en observancia del control de legalidad de que trata el numeral 12 del artículo 42 del CGP, en particular los concernientes a oportunidad de la demanda y legitimación en la causa.

6.1.3.1. Es así conjugado en tópico de caducidad, que conforme al numeral 8º del artículo 136 del precitado C.C.A, la acción de reparación directa caduca transcurridos dos (2) años a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho génesis de la pretensión indemnizatoria, o de su conocimiento de no ser concomitante al mismo, y contrastado el caso que nos ocupa, destaca que en tesis de la demanda, el hecho dañoso consiste en la intervención que efectuada pro el Gobierno Nacional a las empresas DMG GRUPO S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A., lo que ocurrió el 17 de noviembre del 2008, por lo que la parte actora contaba hasta el 18 de noviembre de 2010, para la presentación de su demanda, periodo que se suspendió con ocasión al trámite de conciliación prejudicial entre el día 16 de noviembre de 2010 y 18 de enero de 2011, por lo que la demanda presentada el 19 de enero siguiente, lo fue de manera oportuna.

6.1.3.2. Asimismo, asume relevancia que, en medio de control de reparación directa, la legitimación procesal en la causa por activa se da con la invocación que hace el accionante de ser víctima directa o indirecta del daño antijurídico fuente de su pretensión indemnizatoria, en tanto que la legitimación procesal por pasiva deriva de la imputación que hace la activa a la accionada como causante del evento dañoso.

En este caso, se encuentra probado la calidad de afectado WILLIAM ENRIQUE MORENO DÍAZ, con la copia de la reclamación realizada por tarjetas prepago por publicidad obrante en el plenario y por pasiva de la Presidencia de la República; la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público; la Superintendencia Financiera; la Superintendencia de Sociedades; la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y al agente interventor de la sociedad DMG-Grupo Holding S. A., al

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 31 de enero de 2019, Rad.66001-23-31-000-2012-0027 (52663) C.P. María Adriana Marín.

gozar de capacidad jurídica y procesal para comparecer al proceso y frente a las cuales se efectúa imputaciones jurídicas acorde a sus funciones institucionales.

6.1.4- Asume relevante también, que no se advierte irregularidad que configure nulidad procesal, como quiera que, contrastada la actuación surtida en primera y segunda instancia, avizora que sometió a las ritualidades establecidas en el Código Contencioso Administrativo - CCA para el proceso ordinario.

6.2. LÍMITES AL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

6.2.1. Reiterado que la alzada que ocupa a esta Sala de Decisión se rige por el Código Contencioso Administrativo -CCA, y de manera supletoria o subsidiaria, por el Código General del Proceso - CGP, cabe señalar que en el caso concreto la apelación debe ser resuelta con sujeción a los argumentos de inconformidad invocados por la activa - recurrente, por cuanto trata de apelante único, y conforme al artículo 328 del precitado C.G.P., el tópico se reglamenta así:

“(...) El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

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

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

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

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”
(Suspensivos, subrayado y negrillas fuera de texto).

Advertido que en orden de la transcrita preceptiva, la habilitación Juez de Segunda Instancia para resolver en sede de apelación sin limitaciones, encuentra condicionada a que ambas partes hayan impugnado **toda** la sentencia, y contrastado el caso en concreto emerge no satisfecho el indicado presupuesto, por cuanto ninguna de las entidades que conforman la PASIVA recurre la sentencia.

6.2.2. Premisa que se advierte aplica, sin perjuicio del control de legalidad, que se dio por superado en decisión parcial que antecede (6.1.3 y 6.1.4).

6.2.3. Asimismo, asume como excepción la subregla de hermenéutica comprensiva del recurso de apelación, teniendo como precedente de autoridad, Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, conforme a la cual, la competencia del juez de segunda instancia frente al recurso de quien actúa como apelante único, de controvertir un aspecto global de la sentencia, comprende todos los asuntos contenidos en ese rubro general, aunque de manera expresa no se hayan referido en el recurso de alzada. Puntualizó el Alto Tribunal así:

“(…) si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada.

En el caso concreto, la entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revisara la decisión de declararla administrativamente responsable (...), y de condenarla a pagar indemnizaciones en cuantías que, en su criterio, no se compadecen con la intensidad de los perjuicios morales padecidos por algunos de los demandantes.

En consecuencia, la Sala, atendiendo al criterio expuesto y a la prohibición de la reformatio in pejus, revisará todos aquellos aspectos que son desfavorables a la entidad demandada y que son consecuencia directa de la declaratoria de su responsabilidad, lo cual incluye -en el evento de ser procedente- no solo la condena por perjuicios morales, sino también por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.”³

En este orden y decantando en el caso en concreto, no procede acudir al enunciado juicio comprensivo, contrastado que no hubo condena en costas y, por consiguiente, en el evento de ser confirmada la sentencia objeto de apelación, armoniza en este rubro con la subregla de esta Subsección conforme a la cual, no es suficiente resultar vencido para soportar la referida carga.

6.3. FIJACIÓN DEL DEBATE.

6.3.1. La controversia se suscita en esta instancia, porque en criterio de la activa, procede revocar la sentencia objeto de alzada y, en su lugar, estimar las pretensiones de la demanda, advertido que el A- Quo, no comprendió en debida forma el daño antijurídico invocado, ni la falla en el servicio en la que incurrieron las demandadas, pues esta última consistente en la ACCIÓN de intervenir irregular y arbitrariamente a la sociedad comercial DMG – GRUPO HOLDING SA”, lo que llevó

³ Consejo de Estado, Sala Plena. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 06 de abril de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005).

a la pérdida de la posibilidad de redimir los puntos que existían dentro de la tarjeta de puntos por publicidad.

6.3.2. En contraste, la sentencia objeto de alzada, desestimó las pretensiones de la demanda, tras considerar que el actuar del demandante no fue diligente al momento de celebrar los negocios jurídicos que a la postre dieron lugar a la causación del daño; esto aunado a no hallar probada falla en el servicio imputable a las accionadas, toda vez que el actuar de cada uno de las accionadas se ajustó a los parámetros legales.

6.3.3. En el descrito panorama se tienen los siguientes problemas jurídicos:

¿Realizó el fallador de instancia una mala interpretación de la demanda y en efecto se halla probado el daño invocado, consistente en la pérdida de la posibilidad de redimir los puntos que existían dentro de la tarjeta de puntos por publicidad, esto por la intervención que de la sociedad DMG – GRUPO HOLDING SA hiciera el Gobierno Nacional, o se debe confirmar la negativa de las pretensiones de la demanda bajo el supuesto de desconocimiento del accionante de su deber de cuidado y diligencia al invertir dinero en la sociedad intervenida?

6.4. ASPECTOS SUSTANCIALES.

6.4.1. En labor de desatar los interrogantes planteados, es tesis de la Sala, que en contraste con la realidad procesal, emerge probado con suficiencia que el daño alegado por el señor MORENO DÍAZ, no asume como antijurídico y, por consiguiente, no se compromete por razón del mismo, la responsabilidad extracontractual de las accionadas, contrastado que no se cumple con las características de cierto y real.

En panorama donde tampoco resulta probada la falla del servicio que se imputa a las entidades demandadas, y por lo que se confirmará la sentencia objeto de alzada.

En fundamento, esta Sala abordará, previo análisis del caso en concreto, las siguientes **premisas normativas**:

6.4.2 El daño antijurídico y su imputación a la entidad pública accionada, son los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, siendo entonces y advertido que el concepto de responsabilidad encuentra integrado por otras nociones particulares⁴, que lo que origina el deber de reparar y que asume como esencia de la responsabilidad, es la concurrencia de los precitados elementos, en esquema metodológico que impone que el primer supuesto a establecer en los procesos de reparación directa sea la existencia del daño, puesto que de no encontrarse probado, torna inútil cualquier otro juzgamiento, es decir, *“primero se debe estudiar el daño, luego la imputación y finalmente, la justificación del porqué se debe reparar”*⁵.

Paradigma del que precisa indicar, que tiene fundamento constitucional en el **artículo 90 Superior**, como quiera que dispone, *que el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas*, e integra con el artículo 2º *Ibidem*, en virtud del cual, *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*.

Indica la doctrina del H. Consejo de Estado, en hermenéutica de la precitada normativa, que el juez de la responsabilidad patrimonial del Estado debe constatar la antijuridicidad del daño y elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico de imputación⁶, es decir, no la mera causalidad material, sino *establecer la imputación jurídica*⁷ y *la imputación fáctica*⁸, y no distinto concluye la Corte Constitucional⁹.

Ahora bien, hay eventos en los cuales, a pesar de existir daño, no procede declarar la responsabilidad, ello en razón, según concluye el órgano de cierre de esta jurisdicción y la doctrina, *“porque el daño existe, pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas;*

⁴ Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 38

⁵ Juan Carlos Henao, El Daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 1998, pg 37

⁶ Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993.

⁷ *imputatio juris*

⁸ *imputatio facti*

⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-619 de 2002 y C-918 de 2002.

o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”¹⁰

6.4.3. El daño antijurídico, comporta una aminoración en una situación favorable, que el afectado no encuentra en la obligación de soportar y, por ende, no todo daño asume como daño antijurídico y el carácter de antijurídico estriba en que el afectado no tiene la obligación de soportar.

Resultando relevante en labor de conceptualización del daño, que conforme ha precisado el H. Consejo de Estado, el ordenamiento no contiene una disposición que consagre su definición, y refiere “(...) *a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*”.¹¹ Noción que, según la doctrina, permite tener una visión omnicompreensiva del daño y supera el concepto tradicional que le circunscribía a la lesión de un derecho subjetivo, posibilitando en marco del nuevo concepto, el reconocimiento de todas aquellas realidades que en tamiz de equidad reclaman ser indemnizadas.

6.4.3.1. Requiere como condiciones de existencia del daño, que sea personal, directo y cierto o actual. Bajo la consideración que por su carácter personal, el daño exige la violación de un interés legítimo de la persona damnificada, independientemente a que provenga de un hecho que afecte en forma inmediata, o mediata en virtud del daño sufrido por otro, con quien el damnificado tiene relación, evento en el que se predica la existencia de un daño reflejo, que es el menoscabo soportado por persona distinta del damnificado inmediato, caso del daño patrimonial y moral que se ocasiona a los parientes de la víctima directa. De forma que el carácter personal del daño hace referencia a la legitimación, ello es, a quien tiene el derecho a reclamar la reparación, por consiguiente, este presupuesto “(...) *se encuentra asociado a la acreditación de la titularidad del interés que se debate al interior de la obligación resarcitoria.*”¹²

¹⁰ Juan Carlos Henao. El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007. Pág. 38.

¹¹ Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Sentencia del 10 de mayo de 2017, Radicación: 25000-23-26-000-2003-02128-01(29901).

¹² Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 156

El carácter cierto del daño, refiere a su real acaecimiento, es decir, que el agravio debe poseer una determinada condición de certeza para que origine efectos jurídicos, ello es, que el daño debe existir y hallarse probado para que origine el derecho a obtener un resarcimiento. Certeza exigible sin distingo porque se trate de daño consolidado o de daño futuro.

Por su carácter directo, el daño supone un nexo de causalidad respecto del perjuicio, de forma que este sea consecuencia de la alteración negativa que comporta el primero, y solo indemnizable en cuanto provenga del mismo.

En este contexto enfatiza el Consejo de Estado en su sentencia del 1º de agosto de 2016¹³, como quiera que señala:

*“(...) El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, **que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo**, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura. El daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad y, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar; así, la ocurrencia del daño y su antijuridicidad son presupuestos indispensables que generan el deber de reparar y, por tanto, corresponde al juez constatar su existencia, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada.”*

6.4.3.2. El perjuicio puede definirse en contraste con el daño, como la expresión económica de éste.

6.4.4. Cuando se utiliza como título de imputación de la responsabilidad del Estado la falla o falta del servicio¹⁴, la dimensión que se tiene en cuenta es la acción o lo funcional, en tanto que el estado de derecho está determinado por deberes y obligaciones, competencias y funciones legales o normativas, donde la administración pública actúa o debe actuar y tomar decisiones en cumplimiento de los deberes constitucionales y legales, de tal forma que se juzga su legalidad desde la perspectiva de su acción u omisión en la prestación del servicio, a partir de los siguientes supuestos: (i) retardo, (ii) irregularidad, (iii) ineficiencia, u (iv) omisión o ausencia del mismo. Por lo que el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A., sentencia de 1º de agosto de 2016. Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00171-01 (40943) C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 2008, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00736-01(15263), C.P. Myriam Guerrero de Escobar

“El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía”¹⁵.

Así las cosas, en el marco del título de imputación de responsabilidad de falla del servicio, adicional al daño antijurídico se requiere que la entidad demandada haya actuado de manera tardía, irregular, ineficiente o que no haya actuado.

6.4.5.- El nexo de causalidad es la relación necesaria y eficiente entre el daño antijurídico cierto y la acción u omisión de la administración, sin que esta relación sea puramente fáctica sino jurídica o normativa; *“la jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva.”¹⁶*

6.5. CASO CONCRETO

6.5.1. Aspectos Probatorios.

6.5.1.1. La comunidad probatoria encuentra integrada por documental, testimonial, interrogatorio de parte e informe rendido bajo juramento, cabe señalar que su recaudo y contradicción se rige por el Código Contencioso Administrativo – C.C.A y subsidiariamente por el entonces vigente Código de Procedimiento Civil – C.P.C., en tanto que en segunda instancia y conforme decantó antes, la descrita integración normativa se subrogó en lo que corresponde al Estatuto Procesal Supletorio por el Código General del Proceso – C.G.P., y bajo tal hermenéutica avizora válida y eficaz.

En este orden se tiene conforme sigue:

¹⁵ Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 23001 23 31 000 2001 00498 01 (36822), C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁶ Patiño, Héctor. La causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. Universidad Externado de Colombia. Revista de derecho privado No. 20, Enero – Junio de 2011. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/2898/2539> Consultado el 11 de octubre de 2016.

La **documental** allegada por la activa con la demanda como por la pasiva al contestarse la demanda y la arrimada en alcance a los requerimientos formulados en cumplimiento del decreto de pruebas, aunque obra mayormente en fotocopia simple, retomando hermenéutica del órgano de cierre de esta jurisdicción, sin perjuicio que no hubiera entrado en vigencia el Código General del Proceso – C.G.P., resulta plausible estimar la documental arrimada en fotocopia simple, advertido el nuevo esquema normativo contenido en su artículo 246¹⁷, y en cuanto agregada al expediente, los sujetos procesales contra los cuales se aduce, no le hayan tachado ni repudiado de ninguna otra forma su aducción¹⁸, caso en concreto.

La **declaración de parte** rendida por el demandante **William Enrique Moreno Díaz** se recaudó cumpliendo las formalidades procesales establecidas para este medio de prueba, y asume notoriedad no fue objeto de tacha.

6.5.1.2. En este orden de ideas y con relevancia para el debate que ocupa a esta Sala de Decisión, se tienen los siguientes **medios de prueba**:

- Copia de tarjeta prepago Prodigy Card.
- Formato de reclamación de DMG Grupo Holding SA en intervención
- Auto No. 400-014079 del 17 de noviembre de 2008 por medio del cual la Superintendencia de Sociedades ordeno la intervención de la sociedad DMG GRUPO Holding SA, mediante la toma de posesión de sus bienes, haberes y Negocios.
- Auto No. 400-014079 del 17 de noviembre de 2008, por medio del cual la Superintendencia de Sociedades ordeno la intervención de la sociedad DMG GRUPO Holding SA mediante la toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios.
- Auto No. 420-024569 proferido por la Superintendencia de Sociedades, por medio del cual se declaró la terminación del proceso de intervención y se decreta la apertura del proceso de liquidación judicial de DMG GRUPO HOLDING SA.
- Auto 420-023346 del 27 de noviembre de 2009, que entre otros ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial.

¹⁷ “Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”.

¹⁸ Ver Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, rad. 25022 C.P.Enrique Gil Botero

- Auto No. 420-024569 del 15 de diciembre de 2009, por medio del cual se resolvió el recurso que había sido interpuesto contra el auto del numeral anterior.
- Oficio del 7 de junio de 2019 con radicado LIQ-00063-2019 de DMG Grupo Holding SA en liquidación judicial.
- Oficio del 12 de noviembre de 2019 con radicado LIQ-0199-02019 de DMG Grupo Holding SA en liquidación judicial.

6.5.1.3. Emergen en tamiz de la controversia que nos ocupa, como relevantes los siguientes **hechos probados**:

- La Superintendencia Financiera de Colombia adoptó medidas cautelares mediante Resolución 1634 de 2007, confirmada en todas sus partes con la Resolución 1806 del mismo año, contra la sociedad GRUPO DMG S.A.; al encontrar que la compañía antes citada, realizaba un ejercicio ilegal de la actividad financiera consistente en la captación masiva y habitual de dineros públicos sin contar con la debida autorización para ello, resolviendo dictar medida cautelar, ordenando entre otras la suspensión de dichas operaciones, la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación nacional y/o regional en el que se previniera al público que la sociedad Grupo DMG S.A. no estaba facultada para captar dineros del público en forma masiva y habitual y, ordenó la inscripción de la resolución en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., medida que se inscribió en enero de 2008.

- El señor William Enrique Moreno Díaz, adquirió tarjeta prepago con la sociedad DMG Grupo Holding, **el 30 de mayo de 2008**, misma que recargó con dos millones de pesos (\$2.000.000), adquisición por la que se le entregaba otra de puntos por publicidad, la cual cargaba DMG en ese mismo momento con un monto igual, pero que solo podían ser canjeados seis meses después.

- Mediante Decreto 433 de 2008, el presidente de la República de Colombia declaró el estado de emergencia ante el recaudo masivo de dineros del público, no autorizados y con ocasión a ello, a través del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, se dispuso el proceso de intervención de las sociedades captadoras de dichos recursos.

- De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el 11 de noviembre de 2010, la sociedad DMG Grupo Holding S.A., con matrícula No. 01609898 de 22 de junio de 2006, se

encontraba intervenida por la Superintendencia de Sociedades, lo cual se ordenó a través de Auto 400-014073 del 17 de noviembre de 2008.

- Con auto N° 420-024569 del 15 de diciembre de 2008, la Superintendencia de Sociedades aprobó la rendición de cuentas presentada por el agente interventor y decretó el proceso de liquidación patrimonial de DMG GRUPO HOLDING S.A.

- El señor William Enrique Moreno Díaz, presentó reclamación ante el agente liquidador con ocasión a dos tarjetas prepago y en virtud de la misma, en el mes de junio de 2009, se dispuso la entrega de \$275.000, que debían ser reclamados por los afectados, sin embargo, el señor Moreno Díaz, NO los reclamó.

6.6. ANÁLISIS DEL CASO Y DECISIÓN

6.6.1. Habrá de confirmarse la sentencia que negó las súplicas de la demanda, contrastado que el daño fuente de la pretensión indemnizatoria del señor William Enrique Moreno Díaz, no asume como daño antijurídico.

Aduce el recurrente que la falladora de primera instancia no interpretó debidamente el escrito de demanda, puesto que, en la presente causa, no se pretende el reconocimiento de las sumas por él invertidas, sino la pérdida de oportunidad de reclamar las sumas que por publicidad le serian reconocidas por la sociedad intervenida equivalentes a un monto igual al que él había invertido.

Desde el punto de vista en mención la Sala considera pertinente hacer varias salvedades, la primera de ellas, es que en efecto, no trata de una pretensión o argumento nuevo, sino que en efecto, la parte actora, adujo desde el libelo demandatorio la pérdida de oportunidad respecto de la tarjeta de publicidad, por lo que bajo ese supuesto habrán de analizarse sus pretensiones, máxime cuando por los demás aspectos presentó otra demanda como se halla probado dentro del plenario; en segunda medida, teniendo en cuenta que la reclamación realizada por el aquí accionante lo fue con ocasión a su inversión, y los montos reclamados no atienden a ese supuesto, el medio de control ejercido resulta adecuado, pues debe señalarse que caso contrario, cualquier inconformidad con el no reconocimiento o el monto del mismo, debería debatirse a través de la nulidad y el restablecimiento del derecho.

Ahora bien, retomando el daño invocado por el señor Moreno Díaz, estima esta Agencia Judicial necesario señalar que el daño antijurídico debe cumplir con algunas características, so pena de que no pueda ser considerado como antijurídico, entre las que se encuentra que se trate de un daño cierto y real, supuestos que no se hallan probados en este caso en particular.

Al respecto, considera la Sala que el elemento certeza frente al daño resulta indispensable puesto que no puede fundamentarse la responsabilidad extracontractual en aspectos hipotéticos o eventuales, y es que tal y como lo indica el recurrente se le restó la posibilidad de conocer si la sociedad intervenida cumpliría con “*el pago del Servicio de Publicidad Voz a Voz en la modalidad pactada que consistía en redimir a razón de UN PESO (1,00) M/CTE por cada uno de los DOS MILLONES (2.000.000) de Puntos que tenía cargados en mi Tarjeta de Puntos por Publicidad*”, es decir, ni siquiera el accionante tiene certeza de la existencia de la suma aquí reclamada.

Aunado a lo anterior, conforme a las explicaciones emitidas por el accionante en su interrogatorio de parte, la suma aquí reclamada tuvo su origen en la adquisición de una tarjeta prepago que el recargó con dos millones de pesos y en manera alguna puede desconocerse que el origen de tal inversión, es decir, no puede como lo pretende el actor deslindar estos dos conceptos cuando el aquí reclamado se suscitó con ocasión a la inversión que de manera libre y espontánea realizara el inversor.

Resulta relevante en este punto, traer a colación, pronunciamiento reciente de esta Sala de Decisión¹⁹, que sobre el particular sostuvo:

“Concretamente sobre los argumentos expuestos en la alzada concretamente alega el apelante, i) que la intención no era “recibir rendimientos, sino una retribución en bienes y servicios por hacer ‘voz a voz’ como medio de publicidad de las actividades de DMG HOLDING GRUOP; ii) que el Juez desconoció certificación 48434 en que consta que la demandante entregó \$7.500.000 a DMG; iii) que el fallo no explica por qué considera que la firma DMG desarrollaba actividades distintas a la compraventa legal bienes o servicios.

Bastan algunas consideraciones o énfasis adicionales para responder lo anterior, con fundamento en lo ya afirmado y probado: i) que al margen del tipo de contrato u operación celebrado por la demandante con DMG, fuera de publicidad o de otro tipo, y también, ii) al margen de que el incentivo para participar en la operación fueran los rendimientos esperados en dinero o en bienes o servicios a redimir con “tarjetas prepago”, lo cierto es que las autoridades competentes probaron que se trataba de

¹⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección C, sentencia de 8 de marzo de 2022, radicado 11001-33-31-035-2011-00006-04, MP. Fernando Iregui Camelo

modalidades de negocios aparentes para encubrir la captación masiva e ilegal de recursos del público por parte de personas o empresas no autorizadas legalmente para su ejercicio; iii) la comprobación o no acerca de la entrega del dinero resulta superflua, en la medida en que, con independencia de ello, lo cierto es que la demandante participó por decisión propia, de manera libre y voluntaria, en un negocio sin respaldo jurídico y sin autorización legal, de manera que asumió libremente el riesgo derivado de una operación claramente ilícita; iv) el fallo de instancia no estaba obligado a “probar” que las operaciones desarrolladas por DMG eran ilegales, distintas de la simple compraventa de bienes y servicios, por la sencilla razón de que partió de la base de un hecho probado y comprobado por las autoridades competentes, con fundamento en los decretos nacionales de emergencia social proferidos por el Gobierno Nacional Nos. 4333 y 4334, que revelaban las modalidades, la extensión y la gravedad del problema de la captación masiva e ilegal de dinero del público por parte de personas y/o empresas no autorizadas legalmente para ello, y la necesidad de intervenir en dichas operaciones para desmontarlas y evitar la extensión de los efectos dañinos a la economía, al interés nacional y al propio patrimonio de los particulares comprometidos en esta índole de actividad. Se trataba de hechos de alto impacto, de notoriedad pública y de conocimiento de las autoridades y de toda la comunidad, de manera que no era exigible que el juez de instancia entrara a “demostrar” la ilegalidad de las operaciones que desarrollaba la captadora de dinero DMG por cuanto se trataba de hechos conocidos y probados en las instancias y por las autoridades competentes.”

Quiere significarse con lo anterior, que no puede catalogarse como antijurídico el daño invocado, pues fue producto del actuar deliberado del accionante, quien decidió invertir en la sociedad intervenida, aun cuando era un hecho y había advertencias sobre las irregularidades de este tipo de empresas.

Por tanto, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en esta providencia.

6.6. SIN CONDENAS EN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Advertido que trata de proceso iniciado en vigencia del Código Contencioso Administrativo - CCA, y que conforme al artículo 171 Ibidem, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la condena en costas presupone conducta temeraria de la parte gravada con la misma, que no es refutable para el extremo procesal vencido en juicio.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el ocho (08) de marzo de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, conforme se sustentó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente a través de plataforma Samai

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado