

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

ESCRITURALIDAD

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá, D. C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021).
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente	110013331032201000292-02
Sentencia	SC3-08-21-2355
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	WILLIAM RODRIGO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
Demandado	NACIÓN - SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE REPÚBLICA y POLICÍA NACIONAL
Asunto	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema	FALLA EN EL SERVICIO POR OMISIÓN EN LA VIGILANCIA, CONTROL, FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN DE DMG S.A, Y POR SU TARDÍA INTERVENCIÓN - SE PRETENDE EL RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS EN CALIDAD DE PROVEEDOR DE LA CITADA SOCIEDAD, POR EL NO PAGO DE FACTURAS DE VENTA CON OCASIÓN A SU LIQUIDACIÓN

De conformidad con lo establecido en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA 20- 11567, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se ordenó la suspensión de los términos judiciales, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia originada en el coronavirus - COVID-19, desde el 16 de marzo de 2020 al 01 de julio siguiente, reiniciando a partir de ésta última fecha el conteo de los términos judiciales.

Se trata de recurso de apelación promovido contra sentencia proferida en proceso regido por el Código Contencioso Administrativo – CCA, y por consiguiente, sin modificación por virtud de la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, aplicando en lo que corresponda, la normativa del Decreto legislativo 806 de 2020, y en este orden, surtido el trámite previsto en el

artículo 212 del precitado CCA, 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 promovido por la activa, contra la sentencia calendada treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sesenta y Seis (66) Administrativo de Bogotá, por la que **se negaron las pretensiones de la demanda al encontrar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima, sin condena en costas.**

II. ANTECEDENTES EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DE LA ACTIVA

2.1.1. **Conforme reseña la demanda**, el señor WILLIAM RODRIGO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, formula las siguientes **pretensiones**:

“PRIMERA: Que la NACIÓN - SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE REPÚBLICA y POLICÍA NACIONAL, son administrativamente responsables de forma solidaria de los daños y de todo orden, causados y futuros ocasionados al proveedor WILLIAM RODRIGO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, propietario del establecimiento de comercio denominado STRATUS & CO LEATHER, producto de la omisión en el cumplimiento de sus funciones y competencias de Inspección, Vigilancia, Control, fiscalización e Investigación asignadas por la constitución y la ley que llevaron al gobierno de turno a expedir los decretos 4333 y 4334 del 17 de noviembre del año 2008 y demás normas reglamentarias con dichos fines, a través de los cuales ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las sociedades comerciales GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A.; proceso en el cual éste proveedor de buena fe y aquí demandante perdió sus acreencias con dichas compañías la suma de \$ 168.463.705.00 (Ciento Sesenta y Ocho Millones Cuatrocientos Sesenta y Tres Mil Setecientos Cinco Pesos Moneda Corriente) Capital contenido y representado en las facturas de venta recibidas y aceptadas por las mencionadas comercializadoras.

Consecuencia de dicha declaración en contra las entidades mencionadas; ordénese a pagar la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a la parte convocante por los siguientes conceptos:

3.1. DAÑO MORAL:

La suma de CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para el comerciante WILLIAM RODRIGO FERNANDEZ SANCHEZ propietario del establecimiento de comercio denominado STRATUS & CO LEATHER.

3.2. DAÑO MATERIAL:

3.2.1. La suma \$ 168.463.705.00 (Ciento Sesenta y Ocho Millones Cuatrocientos Sesenta y Tres Mil Setecientos Cinco Pesos Moneda Corriente) Capital contenido y representado en las facturas de venta recibidas y aceptadas por las mencionadas comercializadoras.”

En sustento señala que el 13 de febrero de 2008, se inscribió como comerciante en el registro mercantil que para dichos fines lleva la cámara de comercio de Bogotá, a efectos de desarrollar la actividad comercial de venta de artículos de cuero, prendas de vestir y sus accesorios.

Dentro del giro ordinario de sus negocios previo cumplimiento de los requisitos exigidos por el comprador, le vendía sus productos a la compañía GRUPO DMG S.A. en sus establecimientos de comercio abiertos al público; relaciones y transacciones comerciales que se mantuvieron entre éstos de manera normal y habitual hasta el 17 de noviembre del año 2008.

De acuerdo al certificado de Cámara y Comercio la compañía GRUPO DMG S.A., tenía un objeto social principal amplio en virtud del cual podía entre otras muchas actividades la de explotar, producir y/o comercializar en Colombia o en el exterior toda clase de electrodomésticos, vehículos, muebles y equipos para hogar y oficina, medicinas y productos naturistas y demás materias primas, repuestos, insumos, accesorios, artículos, herramienta, maquinaria y equipo para facilitar y garantizar la comodidad y la salud en los hogares; la importación, exportación, y distribución de electrodomésticos, vehículos, muebles y equipos y otros elementos; la representación y agenciamiento de empresas nacionales y extranjeras mediante la participación directa o asociada dedicadas a actividades conexas con las anteriores.

Empresa que desde el inicio de su actividad tenía abiertos al público varios establecimientos de comercio, dentro de los cuales se hallaba uno de gran superficie denominado FERIA COMERCIAL DMG, ubicado en el norte de Bogotá, en donde con la ayuda en algunos casos de muchos proveedores como WILLIAM RODRIGO FERNANDEZ SANCHEZ y su establecimiento de comercio SIRATUS & CO LEATHER, exhibía, mantenía y ofertaba todos sus productos y servicios de su actividad comercial con el cumplimiento de los requisitos legales y el pago de sus obligaciones tributarias a nivel local, distrital y nacional.

DMG en cumplimiento de las disposiciones tributarias vigentes, exigía a todos sus proveedores, la inscripción y presentación del Registro Único Tributario-*RUT*, condición sin la cual no era posible realizar transacciones comerciales con dicha sociedad comercial.

En marzo, abril, julio y octubre del año 2006, varias personas naturales y jurídicas solicitaron de manera verbal y escrita ante la Superintendencia Financiera de Colombia - SFC, información sobre el GRUPO DMG S.A., bajo el entendido que posiblemente estaba captando dineros del público con el pago de altos intereses y si dicha sociedad era una entidad vigilada por ese ente de control.

El 19 de abril de 2006, el presidente del Banco Agrario de Colombia puso en conocimiento ante la Fiscalía General de la Nación, y se presume que también lo hizo ante la Superintendencia Financiera de Colombia - SFC y ante la Unidad de Información y Análisis Financiero - UIAF del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; la detección de *“una posible captación de dineros del público por parte del Grupo DMG y de la sociedad Comerciar y Mercadear Ltda.”*; siendo asignado el caso a la Fiscalía 65 Seccional de la Unidad de Orden Económico, Social, Derechos de Autor y Otros de Bogotá, bajo el radicado No 110016000049200608677; conforme a la prueba F-17 obrante en la página 29 de la Sentencia No 19 del proceso penal No 110016000020080790 que en primera instancia, el 16 de diciembre del año 2009 declaró Penal y Civilmente responsable al representante legal del Grupo DMG S.A., el señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMAN por los delitos de Lavado de Activos Agravado y Captación Masiva y Habitual de Dineros del Público.

Producto de las investigaciones adelantadas por la Superintendencia Financiera de Colombia a raíz de la quejas y solicitudes formuladas por varios ciudadanos de manera verbal y escrita a principios del año 2006 a través de las cuales se detectó la Captación Masiva y Habitual de Dineros del Público sin la autorización Legal mediante la venta de tarjetas prepago para la adquisición de productos y servicios en sus establecimientos de comercio abiertos al público, ése ente de control el 12 de septiembre de la año 2007,

profirió la resolución número 1634 mediante la cual se le ordenó a la sociedad GRUPO DMG S.A. la suspensión inmediata de dichas operaciones, la devolución inmediata de la totalidad de los dineros captados a través de la venta de las tarjeta prepago, la adopción de medidas cautelares al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del párrafo primero del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la imposición de multas sucesivas, la inscripción del acto administrativo en la cámara de comercio de Bogotá, y se tomaron otras determinaciones; decisión que fue confirmada a través de resolución número 1806 del 08 de octubre del mismo año, la cual ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo.

A pesar de esta orden de suspensión inmediata, la compañía hizo caso omiso y continuó captando dineros del público con la misma modalidad de venta de tarjetas prepago para la adquisición de productos y servicios en sus establecimientos de comercio abiertos al público durante más de un año, toda vez que no existía una orden que respaldara una medida coercitiva con la capacidad de ocupar y cerrar los negocios con el acompañamiento de la fuerza pública.

Dicha omisión por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia SFC; permitió que las compañías GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A continuara generando en sus clientes la suficiente confianza en sus transacciones comerciales cumpliendo con las expectativas ofrecidas para la adquisición de productos y servicios en sus establecimientos de comercio abiertos al público.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 87 de la ley 222 de 1995, y mediante oficios No 341-018964, 126-019766 y 341-019971 del 30 de enero, 6 y 8 de febrero del año 2008, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, ordenó la toma de información de la sociedad GRUPO DMG S.A, la que posteriormente y mediante resolución No 341-002874 del 25 de agosto del mismo año sometió a su control.

En el mismo sentido y producto de las irregularidades detectadas en las visitas de inspección al GRUPO DMG S.A. e INVERSIONES SANCHEZ RIVERA Y CIA S.A. dicha Superintendencia mediante resolución No 351-002416 del 11

de Julio de 2008, decretó la investigación administrativa a la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A.

Durante el año 2008, el comerciante WILLIAM RODRIGO FERNANDEZ SANCHEZ a través de su establecimiento de comercio STRATUS & CO LEATHER le suministró mercancías y le facturó por dichos conceptos al GRUPO DMG S.A una suma cercana a los \$ 380.000.000.oo monto sobre el cual el comprador le quedó adeudando la suma de \$ 168.463.705.oo producto del proceso de intervención ordenado por el gobierno de turno.

Éstas últimas transacciones se encuentran respaldadas en tres (3) órdenes de compra STR 149 / STR 150 y STR 151; Veintitrés (23) Facturas de venta No 0627 / 0628 / 0629 / 0630 / 0631 / 0632 / 0633 / 0634 / 0635 / 0636 / 0637 / 0639 / 0642 / 0644 / 0645 / 0646 / 0647 / 0648 / 0651 / 0652 / 0653 / 0655 y 0657; y las 171 (ciento setenta y un) remisiones y comprobantes de venta de productos o servicios recibidos y aceptados por los beneficiarías del suministro de estos artículos de cuero.

Se presentó una intervención Estatal tardía de la sociedad GRUPO DMG S.A., pues las entidades demandadas durante más de dos años y medio, se abstuvieron de adoptar e imponer medidas cautelares oportunas, idóneas y eficaces sobre los bienes, haberes y negocios de las compañías GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A. para evitar que las mismas desarrollando captación masiva y habitual de dineros del público y lavado de activos.

El gobierno nacional mediante el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, declaró el estado de emergencia en todo el territorio nacional y en el decreto 4334 expidió el procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008.

Pese a que para ese momento se tenía conocimiento de que se trataba de una actividad delictiva originada en el Lavado de Activos y en la Captación Masiva y Habitual de Dineros del Público sin la autorización legal, el mencionado decreto 4334 establecía un procedimiento de intervención similar y aplicable a una sociedad comercial con objeto y causa lícitas.

Con ocasión de esta intervención Estatal sobre las captadoras ilegales, al comerciante WILLIAM RODRIGO FERNANDEZ SANCHEZ y su establecimiento de comercio STRATUS & CO LEATHER le dejaron de pagar la suma de \$ 168.463.705.00 (Ciento Sesenta y Ocho Millones Cuatrocientos Sesenta y Tres Mil Setecientos Cinco Pesos Moneda Corriente) Capital contenido y representado en las órdenes de compra, las facturas de venta y remisiones recibidas y aceptadas por dicha compañía.

El 10 de febrero del año 2009, el agente interventor del GRUPO DMG S.A., con fundamento en el artículo 2 del decreto 045 del 14 de enero del año 2009 expidió la certificación a varios proveedores, excepto al aquí demandante, acreditando dicha calidad, en la cual les manifestaba que *“durante la toma de posesión de la sociedad GRUPO DMG S.A. con Nit 830.049.388-5, no se encontró evidencia física ni electrónica de la información y soportes contables que permita corroborar la información suministrada por el proveedor, en consecuencia se expide ésta certificación con base en los documentos y soportes presentados por el proveedor, los cuales se presumen de buena fe”*.

Contrario a la situación manifestada por el agente interventor respecto de la inexistencia de información hallada en la base de datos durante el proceso de toma de posesión de las diferentes personas naturales y jurídicas en calidad de proveedores del GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A, en contraste frente a los tarjetahabientes se encontró la totalidad de información, inclusive el record de compras y retiro de dinero realizadas por cada persona; datos que a la postre sirvieron de soporte para aceptar y rechazar las respectivas solicitudes de devolución de dinero presentadas por las víctimas.

Mediante auto 420-024569 del 15 de diciembre de 2009, confirmado mediante auto 400-001119 del 3 de febrero de 2010, el cual quedó ejecutoriado el 10 de febrero del mismo año, la Superintendencia de sociedades aprobó el inventario y la rendición de cuentas presentada por la agente interventora, e igualmente decretó el inicio de la liquidación judicial del GRUPO DMG S.A. que trata la ley 1116 de 2006.

La expedición de los decretos de emergencia social del 17 de noviembre del año 2008 y las decisiones adoptadas por las autoridades designadas con ocasión de la intervención estatal, especialmente la Certificación del 10 de

febrero de 2009 dirigida a varios proveedores y contratistas; acreditando únicamente la calidad de proveedor, le produjo al comerciante WILLIAM RODRIGO FERNANDEZ SANCHEZ y su establecimiento de comercio STRATUS & CO LEATHER graves perjuicios morales y materiales. Pues ese procedimiento ocasionó la pérdida de gran parte de su capital de trabajo conseguido lícitamente, acciones de cobro coactivo por parte de la DIAN en su contra por el incumplimiento de sus obligaciones tributarias derivadas del suministro de artículos de cuero con destino a los diferentes establecimientos del GRUPO DMG S.A y DMG GRUPO HOLDING S.A., la pérdida de bienes propios que tuvo que vender y en algunos casos entregar en dación en pago para satisfacer las obligaciones con sus proveedores.

La corte constitucional mediante sentencia C-145 del 12 de marzo de 2009 al abordar el estudio de los decretos de emergencia social respecto de los contratistas y proveedores de buena fe, como es el caso de WILLIAM RODRIGO FERNANDEZ SANCHEZ y su establecimiento de comercio STRATUS & CO LEATHER, declaró la exequibilidad condicionada en los siguientes términos:

"Segundo. Declarar EXEQUIBLE la expresión "o indirectamente", contenida en el artículo 5° del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales"

El 16 de diciembre del año 2009, El Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Conocimiento de Bogotá, profirió la sentencia de primera instancia No 19 dentro del Proceso Penal número 1100160000200800790 mediante la cual declaró civil y penalmente responsable a DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMAN, por los delitos de LAVADO DE ACTIVOS AGRAVADO Y CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS DEL PUBLICO.

El 08 de octubre del año 2010, La Procuraduría General de la Nación formuló pliego de cargos contra el ex superintendente Financiero, el doctor César Prado Villegas y contra los superintendentes delegados Rafael Eduardo Neira Torres, Segismundo Méndez Méndez, Luis Francisco Ogliastri Gil Falco, Justo Walter Romero León, Rodolfo Aquilino Cifuentes Bustos y Jesús Heraclio Gualy, por no haber actuado con diligencia y eficiencia, para evitar que quienes no estaban autorizados por la ley, captaran masivamente dineros del público.

2.2. ARGUMENTOS DE LAS ACCIONADAS

2.2.1. En oportunidad de contestar la demanda, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES se opuso a prosperidad de las pretensiones destacando que no existe relación de causalidad entre las funciones constitucionales y legales a cargo de la entidad, de cara a la proliferación de las personas dedicadas a la captación ilegal de dineros del público y el riesgo aceptado por el demandante al entregar sus mercancías a captadoras ilegales sin observar la posibilidad de resultar perjudicado por el desarrollo de una actividad no autorizada.

No se configura la responsabilidad pues no existió falla en el servicio, atendiendo que la entidad ha sido extremadamente diligente en el desarrollo de sus responsabilidades constitucionales y legales, y en el compromiso de reprimir las actividades irregulares e ilegales de captación de dineros del público y en general de advertir a la comunidad sobre los peligros que representan estos hechos.

Con la expedición del Decreto Legislativo 4334 del 17 de noviembre de 2008, le fueron asignadas a la Superintendencia facultades extraordinarias para declarar la Intervención de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal; antes de la entrada en vigencia de dicho decreto las funciones de la entidad estaban relacionadas con un control subjetivo, dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, sin que fuera posible realizar labores de vigilancia y control de las empresas, por tanto no podía intervenir o investigar a personas naturales o jurídicas que captaran dineros del público.

DMG actuaba mediante la modalidad de venta de tarjetas prepago, proyectos turísticos, venta de servicios de belleza, bienes y servicios, disfrazo la actividad no autorizada dificultando e impidiendo la acción de las autoridades, y la falta de regulación de este comportamiento penal y administrativamente, motivo que llevo a la declaratoria del estado de emergencia social por parte del ejecutivo a través del decreto 4333 de 2008, siendo la Corte Constitucional la competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad del mismo.

En cuanto a los proveedores, la intervención que hizo la Superintendencia a DMG HOLDING se ajustó al marco legal previo en los decretos 4333 y 45334 e 2008.

2.2.2. En oportunidad de contestar la demanda, el **MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL** destacó que sus funciones constitucionales, atienden la conservación del orden público y la garantía del libre ejercicio de las libertades democráticas, por lo tanto, frente a la captación masiva e ilegal de dinero, no se le han asignado constitucional ni legalmente funciones de vigilancia y control sobre la actividad financiera, bursátil, y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento e inversión de recursos captados al público. Secuencia en la cual destaca que sus actuaciones se surtieron en cumplimiento de un deber legal con respecto al supuesto fáctico de la demanda, y dadas las circunstancias se configura la culpa exclusiva de la víctima en los hechos materia de demanda.

2.2.3. En oportunidad de contestar la demanda, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION, se opone a la prosperidad de las pretensiones bajo la consideración que no se configuran los elementos de la responsabilidad del Estado atendiendo que de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política en armonía con el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la entidad investigar delitos y acusar a los infractores, por tanto su competencia legal constitucional y legal constituye la expresión de la función jurisdiccional del estado y fue precisamente en ejercicio de esa atribución se promovió el proceso contra la firma DMG cuando se tenía seguridad de la responsabilidad de la mencionada empresa.

De otro lado, no tiene dentro de sus atribuciones constitucionales y legales la prevención de los delitos, puesto que esta entra a operar cuando se denuncian los delitos, la actuación de la Fiscalía General de la Nación en el caso de la indebida captación de dineros del público se adecuó en todo momento a sus obligaciones constitucionales y legales.

Destaca además al configuración de culpa exclusiva de la víctima, pues en este caso el particular acepta una situación de riesgo al confiar sus recursos o la mercancía de su trabajo lícito a u a entidad que no le presta seguridad

laguna, este riesgo no tiene que ser responsabilidad del Estado, puesto que hay que tener un mínimo cuidado sobre sus bienes.

2.2.4. En oportunidad de contestar la demanda, la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, señala que la expedición de los Decretos 4333 y 4334 de 2008, por medio de los cuales se decretó el estado de emergencia y se tomaron medidas de intervención no se relaciona con la actividad desarrollada por la entidad, por tanto, no es posible imputarle responsabilidad. Tales actos otorgaron competencias en la intervención a la Superintendencia de Sociedades, se encuentran avaladas por la Corte Constitucional, y no son producto de la actividad encomendada a la entidad.

El Gobierno Nacional con el propósito de conjuntar la situación de emergencia social expidió el Decreto 4334 de 2008, el que procuró la devolución de los dineros, y en sentencia C-135 de 2009, la Corte Constitucional no encontró errada ni arbitraria la apreciación de que la captación masiva y habitual de dineros del público, afectaba de manera grave e inminente el orden social del país, por las dimensiones que había alcanzado y porque los recursos captados estaban en riesgo, por tanto no se puede dar valor a la afirmación del demandante frente a la expedición de los decretos ya que estos surtieron juicio de exequibilidad encontrándose ajustados a la Constitución y convenientes para la situación de emergencia que se vivía en el país.

No consta en el expediente que la DIAN haya omitido sus funciones, los hechos de la demanda no tiene relación con problemas de tipo tributario, adinero, cambiado o de facilitación de operaciones de comercio exterior, por tanto no se estructura ninguna responsabilidad de la entidad.

Con todo, se configura la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, pues se pretende es obtener del estado una indemnización por una relación comercial efectuada con DMG, de la cual la activa es la única responsable por tratarse de relaciones privadas de carácter ilegal.

2.2.5. En oportunidad de contestar la demanda, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, estima que deben negarse las pretensiones de la demanda

pues para la protección de los recursos del público el legislador ha otorgado al Presidente de la República ejercer a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, las funciones de inspección, control y vigilancia sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados al público, lo cual constituye el objeto principal y el marco de las funciones de la autoridad de supervisión, conforme al Decreto 4327 de 2005.

En razón de estas funciones las instituciones financieras vigiladas están obligadas a someterse a un riguroso proceso de autorización previa y al cumplimiento de exigibilidades de revelación contable y financiera, a efectos de proteger los ahorros del público y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas, por tanto quien realice la entrega de dineros a un establecimiento no autorizado para captarlos, y por ende no sometida a supervisión permanente de la Superintendencia Financiera, no está provista de los mecanismos que tiene la ley para proteger los ahorradores y depositantes y reducir el nivel de riesgo de los usuarios del sistema financiero.

Aún antes de expedirse los decretos de emergencia, se cumplió a cabalidad, dentro de los términos de ley, los procedimientos que para tal fin se hallaban previstos para adelantar las actuaciones respectivas. Pues además de adelantar las actuaciones administrativas pertinentes, respecto de algunas organizaciones de las que se tuvo conocimiento oportunamente, se advirtió al público sobre la existencia y el comportamiento irregular de las mismas, con el propósito de evitar que as personas fueran engañadas.

En esta secuencia, frente al demandante se tiene que el conocimiento anticipado de las posibilidades de eventuales consecuencias adversas en las resultas los negocios celebrados con DMG, impiden imputar la causación del daño a la Superintendencia Financiera, la parte demandante asumió las contingencias derivadas del contrato celebrado, pese a contar con el conocimiento de los negocios irregulares que desarrollaba la sociedad GRUPO DMG S.A., por tanto se configura la culpa exclusiva de la víctima.

2.2.6. En oportunidad de contestar la demanda, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, destaca que se configura la culpa exclusiva de la víctima pues el accionante resultó perjudicado económicamente a consecuencia directa y exclusiva de la incuria con la que obró, pues no se explica como a pesar de tener conocimiento previo de los riesgos opta por participar en esquemas irregulares de captación de dinero.

No hubo extralimitación, permisión u omisión en el control de la actividad financiera y en particular por la captación de dinero del público sin autorización legal que realizó DMG, porque las autoridades con competencia sobre el tema fueron diligentes en las acciones emprendidas para reprimir las actividades irregulares e ilegales de captación de dineros del público. No solo con la adopción de medidas administrativas, que el marco legal vigente permitía, además se realizaron advertencias a la comunidad a nivel nacional sobre los riesgos y peligros que representaba esos esquemas irregulares y no autorizados de captación, antes que el actor dejara su dinero en la captadora ilegal.

De modo que no existió falla en el servicio atribuible a la demandada, de cara a las funciones legalmente atribuidas a la entidad y los lineamientos establecidos en el artículo 121 de la Constitución Política, conforme a lo cual la Presidencia de la República no tenía competencia en el tema objeto de debate, no estaba a cargo de verificar las actividades comerciales, ni actuación alguna frente a las operaciones financieras que sin autorización ejecutó DMG S.A.

Destaca además que, el daño es responsabilidad de un tercero, la Sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A. que en forma irregular y sin autorización legal captó recursos del público ofreciendo extraordinarios beneficios bajo el sofisticado y llamativo negocio de las tarjetas prepago. De igual forma, se configura la culpa exclusiva de la víctima, pues entregó sus bienes a la sociedad DMG Grupo Holding S.A. motivado por el llamativo y lucrativo

esquema contractual de la adquisición de las mentadas tarjetas prepago, con el que se simuló la captación de dinero al público, bajo la promesa de redimirlo en porcentajes exorbitantes y en breve lapso de tiempo.

III. SENTENCIA OBJETO DE ALZADA

El juez de primera instancia, declaró probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima, y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda, sin condena en costas. En fundamento de su decisión señaló que encuentra demostrado que la Superintendencia Financiera adelantó, desde el año 2006, desarrolló procedimientos administrativos respecto del GRUPO DMG S.A., sociedad que sin contar con autorización previa estaba desarrollando actividades de captación masiva y habitual de recursos del público. Desarrolló reiteradas inspecciones, requerimientos y análisis de información, y en la medida en que se lo permitía la consolidación de los hallazgos habidos en tal proceso fue suministrando información a la ciudadanía por canales masivos de comunicación, informando los riesgos de las operaciones realizadas, y haciendo las recomendaciones del caso.

Una vez agotado el procedimiento correspondiente, respecto de cuyo adelantamiento no se acreditó por la activa negligencia o mora injustificada, se profirió la Resolución 1634 del 12 de septiembre de 2007, *“por medio de la cual se adoptan medidas cautelares respecto de la Sociedad GRUPO DMG S.A”* y con la que resolvió ordenar a esta empresa la suspensión inmediata de las operaciones consistentes en la recepción de dineros del público mediante el mecanismo de ventas de Tarjetas Prepago DMG, al constituir una forma de captación masiva habitual de dineros del públicos, sin contar con la debido autorización, decisión que fue confirmada mediante la Resolución 1806 del 08 de octubre de 2017.

De modo que encuentra demostrado que durante el periodo de funcionamiento de la empresa GRUPO D.M.G S.A., la Superintendencia Financiera en ejercicio de sus funciones adelantó el procedimiento administrativo que terminó en la orden de suspensión inmediata de las operaciones de la empresa, y fue adoptando las medidas que el avance del debido procedimiento legal le permitía.

Ahora, según las facultades conferidas a la Superintendencia de Sociedades, solo le compete la supervisión de las sociedades comerciales no vigiladas por otras Superintendencias, en cuanto a la verificación de los requisitos en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros, y situación económica de las empresas, y fue solo a partir de la expedición del Decreto de Emergencia Social, que se le confirió facultades extraordinarias para intervenir, investigar y sancionar los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales y jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, tomando posesiones de sus bienes, haberes y negocios, con el objeto de restablecer y preservar el interés del público amenazado.

Por lo tanto, la intervención de la Superintendencia de Sociedades, a la Sociedad DMG Grupo Holding S.A., fue originada por la Declaratoria del Estado de Emergencia Social, en cumplimiento de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas y que antes no tenía, la cual terminó en el proceso de liquidación judicial de esta compañía, con el objeto de atender la devolución de los dineros a los afectados.

No se evidenció que la Fiscalía General de la Nación, haya omitido investigación por los hechos objeto de demanda, pues no existe prueba de que la parte demandante haya elevado denuncias *“por el hecho de la inversión de sus dineros en la captadora ilegal”*, denotándose contrario a ello que esta actuación se hizo por parte de estos de manera libre y voluntaria.

Respecto de la DIAN y el Ministerio de Defensa - Policía Nacional, no evidencia relación directa con los hechos de los cuales se indica se derivó el daño ocasionado al demandante, más allá del recaudo de los impuestos y tributos, y de otro lado, el velar por la conservación del orden público, actividad desarrollada ante el cúmulo de hechos que afectaron el orden público frente a la proliferación de captadoras ilegales en todo el territorio nacional. Y otro tanto acontece con el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el cual según sus funciones es totalmente ajeno a la actividad financiera y bursátil, razón por la cual no le asiste responsabilidad en los hechos por los que se demanda. Secuencia en la cual determina así:

“Ahora bien, en el marco de la obligación del Estado de proteger los bienes de las personas residentes en el territorio nacional (Artículo 2º C.P), tal principio tiene un alcance y no es factible considerar que las entidades estén obligadas a propender el bienestar financiero de la población cuando existe un desinterés por parte de estos; por tanto, las entidades convocadas al litigio no tienen el deber jurídico de responder por los daños y perjuicios que se reclaman. Aunado a ello, la empresa GRUPO DMG S.A., como una captadora de dineros, bajo la sombra de una empresa diferente, ocasionó confusión a los usuarios y entes de control, al no tener certeza de su naturaleza, por la inusual y atípica forma de desarrollar su objeto comercial, que además carecía de las garantías y seguridad que ofrece el sistema financiero autorizado en Colombia.

Así las cosas, se concluye que el demandante no cumplió la carga de probar los hechos objeto de imputación, como era su deber, puesto que no obra en el proceso prueba alguna que permita inferir que las demandadas omitieron, o actuaron tardíamente en el cumplimiento de su deber legal o constitucional, y por el contrario, los entes demandados actuaron conforme a las facultades atribuidas vigentes para la época de los hechos y el Gobierno Nacional a través de los recursos excepcionales que le otorga la Constitución Política, atendieron la mencionada problemática conforme al debido proceso y decretando oportunamente las sanciones pertinentes en su momento, por consiguiente, no se encuadra en una conducta omisiva el actuar de las demandadas, que produjera una falla del servicio. De otro lado, se encuentra acreditado que el demandante inició sus actividades comerciales a la firma captadora en el mes de febrero de 2008, es decir: luego de iniciadas las actuaciones, investigaciones e informaciones públicas como alertas sobre la captación que realizaba D.M.G Grupo Holding S.A.- por parte de la Superintendencia Financiera. En esa medida, se tiene como una de las causas determinantes del daño, la conducta del demandante, el descuido con que manejó su patrimonio, sin que las entidades demandadas pudieran limitar su voluntad de depositar sus dineros en D.M.G Grupo Holding S.A., obrando con innegable temeridad.

Así, se tiene que, en suma, que el demandante no cumplió con la carga de probar los hechos que imputan como falla del servicio, resultando inviable, atribuir al Estado la infracción de los deberes de autocuidado de quienes, con la expectativa de un inexplicable beneficio, entregaron su capital a entidades captadoras de dinero no autorizadas.

Bajo este escenario, el Despacho puede concluir que, a estas alturas del proceso, no existe certeza de las actuaciones de las entidades demandadas, por lo que sin ello no puede decretar la responsabilidad de las mismas.” (se resalta)

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La activa pretende se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo en sustento que el Juez de Primera Instancia incurrió en error al declarar la culpa exclusiva de la víctima bajo la estimación que *“supuestamente estaba involucrado en una presunta captación ilegal de dineros”*, pues el aquí demandante es un comerciante legalmente constituido que nunca entregó dinero a las compañías DMG, la controversia planteada radica es en las acreencias debida por dichas compañías en razón a las mercancía que les había entregado en operación mercantil, y que no le fueron canceladas debido a *“la omisión en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia, control e inspección de las entidades aquí demandadas sobre las actividades que*

dichas compañías ejercían, que culminó con la intervención tardía de las mismas y la pérdida de sus acreencias.”.

Las mercancías insolutas fueron entregadas a la compañía DMG en ejercicio de una actividad comercial lícita desarrollada por el señor WILLIAM RODRIGO FERNANDEZ SANCHEZ, comerciante inscrito en la cámara de comercio de Bogotá y propietario del establecimiento de comercio denominado STRATUS & CO LEATHER, dedicado a la venta de artículos de cuero, prendas de vestir y sus accesorios, con destino a los diferentes negocios en los establecimientos de comercio abiertos al público que las sociedades comerciales GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A tenían dispuestos para cumplir uno de sus varios objetos sociales dentro del giro ordinario de sus negocios, a saber, compraventa de productos y servicios, que hasta ese momento contaban con la autorización legal de las entidades encargadas de ejercer la vigilancia, control y fiscalización sobre dicha actividad empresarial, sin embargo, las cuales nunca se opusieron o impidieron que dichas comercializadoras continuaran operando, fue solamente hasta el 17 de noviembre del año 2008, con ocasión de la expedición de los Decretos de Emergencia Social No 4333 y 4334, que se surtió su intervención y toma de posesión, procedimiento en el cual terminaron insolutas las acreencias que aquí se reclaman. Secuencia en la cual destaca:

Contrario a lo decidido por el operador judicial (capitación de dinero), dicho asunto debía ser excluido del análisis y debate probatorio, ya que este comerciante **es un tercero de buena fe**, conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-145 del 12 de marzo de 2009 al abordar el estudio del mencionado decreto de intervención, que en su artículo segundo declaró condicionada la expresión **“o directamente”** contenida en el artículo 5 del decreto 4334 de 2008, en el entendido que **no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales.** (énfasis mío)

Resulta evidente el yerro cometido por el fallador de instancia, que vulnera el debido proceso del actor, puesto que el debate nunca fue planteado sobre una presunta captación de dinero en el que hubiese participado el comerciante como para declarar una presunta culpa exclusiva de la víctima.” (negrillas del original)

Los efectos del proceso de intervención consagrado en el Decreto 4334 de 2008, no le eran aplicables, ni extensivos al aquí DEMANDANTE WILLIAM RODRIGO FERNANDEZ SANCHEZ y su establecimiento de comercio STRATUS & CO LEATHER, de conformidad a lo dispuesto en la sentencia c-145 de 2009, ya que en su calidad de proveedor de buena fe de las sociedades intervenidas (DMG), dentro del giro ordinario de sus negocios,

cumpliendo con los requisitos legales para ejercer su actividad mercantil¹, les entregó sus mercancías actualmente insolutas.

Premisas a partir de las cuales explica la fuente del daño causado en los siguientes términos:

“El hecho generador del daño causante de los perjuicios económicos a este proveedor, como a otros comerciantes, radica en que el interventor designado por el gobierno de turno en cumplimiento de dicho decreto y sentencia C-145 de 2009, les dio el mismo tratamiento (a los comerciantes) que a las personas que confiaron sus ahorros mediante la compra de tarjetas prepago durante el proceso de liquidación; es decir, convertir líquidos los bienes muebles, inmuebles, acciones, títulos, maquinaria, equipos de cómputo etc. para distribuir a prorrata entre los cientos de miles tarjetahabientes los dineros obtenidos con dicha venta de bienes.

Cabe señalar que dichas personas (tarjetahabientes) se encontraban plenamente identificadas, su record de compras y el monto de las sumas de dinero depositadas en una base de datos al momento de la toma de posesión de los bienes y haberes, datos que a la postre sirvieron de soporte para aceptar y rechazar las respectivas solicitudes de devolución de dinero presentadas por las víctimas dentro del proceso de intervención (*proceso de allanamiento CENCO tecnología, compañía subordinada del Grupo DMG- prueba que el despacho negó*), en tanto que frente a los contratistas, prestadores de servicios y proveedores de productos como el comerciante *William Rodrigo Fernández Sánchez*, curiosa y extrañamente no se encontró rastro ni registro alguno de sus acreencias, a tal punto que el interventor de la época expedía una certificación idéntica para todos los proveedores que así lo solicitaran en los siguientes términos:

“Durante la toma de posesión de la sociedad GRUPO DMG S.A. con Nit 830.049.388-5, no se encontró evidencia física ni electrónica de la información y soportes contables que permita corroborar la información suministrada por el proveedor, en consecuencia, se expide ésta certificación con base en los documentos y soportes presentados por el proveedor, los cuales se presumen de buena fe”.

Del material probatorio se evidencia la responsabilidad de las entidades accionadas, el cual no fue valorado en modo alguno, el capital reclamado encuentra representado en las facturas de venta recibidas y aceptadas por las mencionadas comercializadoras, y demás transacciones comerciales respaldadas con el documento denominado *“COMERCIALIZADORA VIRTUAL DMG - Comprobante Venta de Productos o Servicios con Tarjeta Prepago”*, evidenciándose que el demandante no estuvo incurso en actividades de captación masiva de dinero no autorizada, por lo tanto, lo cierto es que *“el gobierno de turno no implemento un mecanismo residual y/o*

¹ Lo cual señala, encuentra debidamente acreditado pues obran en el plenario: certificado de matrícula de persona natural con registro mercantil del, expedido por la cámara de Comercio de Bogotá; LIBROS DE COMERCIO a saber: Inventarios y Balances, Mayor y Balances, Diario y Caja; Registros contables con el cumplimiento de los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia a saber: Balances, Estado de Perdidas y Guanacias; Declaración, presentación y pago oportuno de obligaciones tributarias a nivel local, distrital y nacional, entre otros, el Impuesto al valor Agregado- IVA; la Retención al IVA; la Retención en la Fuente RTE - FUENTE; de manera anual La Declaración de Renta y Complementarios ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN; y el de Industria Comercio y Avisos- ICA ante la Secretaria de Hacienda Distrital; Inscripción en el Registro Único Tributario -RUT.

preferente para hacer la devolución efectiva de las acreencias a estos comerciantes y terceros de buena fe, situación con la cual se configuró la responsabilidad del Estado.”

Las accionadas incurren en responsabilidad por omisión en el cumplimiento de sus funciones y competencias de inspección, vigilancia, control, fiscalización, entre la fecha de constitución de las sociedades comerciales GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A (2005), y la expedición de los decretos 4333 y 4334 de 2008, vulnerando los principios de buena fe y confianza legítima del demandante, pues desarrollaban actividad comercial lícita para ese entonces, al punto que recibieron felicitaciones públicas por parte del Gobierno de turno, de modo que la licitud de su actividad era un hecho notorio que hizo que el demandante confiara su capital de trabajo, productos y mercancías a tales compañías en la Gran Feria Comercial DMG, ubicada en el avenida 45 N° 197-35, *“sin que para esa época, alguna autoridad formulase algún reparo sobre la ilegalidad del objeto social desarrollado por dichas compañías, el cual (objeto **social ilícito**) se determinó muchos años más tarde dentro de una investigación penal”*.

Las autoridades aquí demandadas propiciaban y patrocinaban la actividad empresarial de las sociedades DMG, situación que fue abruptamente modificada por las autoridades públicas, mediante el proceso de intervención que desarrollaron sin brindarle la oportunidad a los proveedores de buena fe de restablecer sus derechos y proteger su capital de trabajo mediante el pago de sus facturas pendientes de pago por parte de la comercializadora DMG.

Es atribuible responsabilidad de la Superintendencia Financiera, en razón a la comunicación efectuada el 19 de abril de 2006, por el Presidente del Banco Agrario de Colombia, por la cual informó en observancia de la labor de prevención de lavado de activos que realizan los directores de las oficinas del banco a sus clientes, que se había detectado una posible captación masiva y a habitual de dineros por parte de al empresa GRUPO DMG S.A., a través de las cuentas corrientes 3-0360-000070-5 y 3-0360-000037-4².

² Hecho que encuentra probado con el informe rendido por la Superintendencia Financiera, en el cual señala, entre otros, que: *“mediante la comunicación radicada en esta Superintendencia con el número 2006020573-000-000 del 19 de abril de 2006, cuya copia se adjunta en sesenta y dos (62) folios útiles, el entonces Presidente del Banco Agrario de Colombia, doctor César Pardo Villalba, informo que, dentro de la labor de prevención de lavado de activos adelantada, detectó una posible captación masiva y habitual de dineros por parte de las empresas GRUPO DMF S.A. COMERCIAL Y MERCADEAR LTDA, toda vez que en las cuentas corrientes de dichas sociedades se recibían*

Situación irregular que para la Superintendencia Financiera no constituyó una voz de alerta que ameritara la adopción de medidas cautelares idóneas y eficaces que conjuraran la captación masiva de dineros sin la debida autorización legal, pese a contar con las facultades legales para el efecto³. Omisión a la que aún el haber informado a la Fiscalía General de la Nación solo siete (7) y ocho (8) meses después de conocer dicha situación, mediante comunicaciones del 1 de noviembre y 20 de diciembre de 2006⁴. Solo de forma tardía mediante la Resolución 1634 de septiembre 12 de 2007, dictó medidas cautelares que resultaron poco idóneas y eficaces, cuando era su obligación intervenir de manera inmediata tomando la posesión del negocio, por el contrario, *“se dedicó única y exclusivamente a pagar avisos de prensa e informar al público que se habían detectado personas naturales y/o jurídicas no autorizadas para captar dineros del público que no estaban sometidas a su vigilancia.”*

Por su parte, la DIAN en cumplimiento de sus funciones de investigación, fiscalización e inspección tributaria contenidas en los artículos 779 y 684 del Estatuto Tributario, omitió realizar los seguimientos, requerimientos, y visitas de inspección a las sedes del GRUPO DMG S.A, para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, en la forma habitual y con la frecuencia que sí lo hacía respecto a las demás personas naturales y/o jurídicas que en calidad de proveedores se encontraban ubicadas dentro del recinto de la GRAN FERIA DMG que dicho grupo empresarial tenía dispuesto para desarrollar su objeto social, como lo efectuó respecto del aquí demandante. *“Esta omisión se tradujo en que para esta entidad (DIAN), las sociedades DMG no eran objeto de requerimiento alguno pese a que resultaba un hecho notorio el incremento injustificado del pago de impuestos (declaraciones de renta de los otros veinte 20- establecimientos de comercio del Grupo DMG, solicitud y ampliación de los rangos de facturación frente a otras compañías con mayor*

consignaciones de Villavicencio, Mocoa, Orito, Puerto Asís, La Hormiga, Santa Marta, Bogotá, Montería y Buenaventura principalmente.

Para mayor ilustración se remite copias de la documentación allegada en la mentada comunicación. (Ver anexo 2).”

³ Omitiendo en especial aplicar el literal c) del parágrafo 1 del artículo 108 del el Decreto ley 633 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁴ Conformé a las respuestas suministradas en informe, en el cual indicó: *“(…) ésta Superintendencia mediante comunicaciones de 1 de noviembre de 2006 y 20 de diciembre del mismo año, radicados 2006020573-010-000 y 2006020573-013-000 respectivamente, remitió información a Dirección Seccional de la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo, misivas a través de las cuales suministraba información relacionada con los hallazgos encontrados respecto se la sociedad GRUPO DMG y que daban cuenta de la irregular captación de dineros del público que esa entidad estaba desarrollando. (Ver anexo 9)”*

rango de facturación, la cancelación de los productos financieros por parte del Banco Agrario.”

Permitiendo que siguieran operando bajo la apariencia de legalidad de sus actividades, sin detectar el origen ilícito de sus operaciones, lo cual generó la confianza legítima del público frente a tal actividad. Pese a contar con el Modelo Único de Ingresos, Servicios y Control Automatizado – MUISCA, que le permite vigilar y fiscalizar mediante el cruce de información, no advirtió información relevante de la actividad ilícita en mención. Incluso Las compañías GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A, durante más de tres (3) años que desarrollaron su actividad comercial aparentemente legal, y en cumplimiento de las disposiciones tributarias vigentes, exigían a sus clientes ya fuera como compradores de tarjetas prepago y/o como proveedores de productos y servicios, la inscripción y presentación del Registro Único Tributario, condición sin la cual no era posible realizar transacciones comerciales con dichas sociedades comerciales en sus establecimientos de comercio abiertos al público, para lo cual la DIAN tenía dispuesta y asignada una ventanilla única para el trámite de éste documento con los clientes DMG, trámite surtido en masa que no llamó la atención de la DIAN.

Esta ausencia de fiscalización, investigación e inspección tributaria, para determinar oportunamente la actividad ilícita que desarrollaba el GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A. constituye la causa real y eficiente del daño ocasionado al aquí demandante, pues no permitió que se diera aviso oportuno a la Unidad de Investigación y Análisis Financiero - *UIAF*. y a la Fiscalía General de la Nación, para iniciar la respectiva acción de extinción de dominio, y se evitara la consumación en el tiempo del delito de Captación Masiva y Habitual de Dineros del Público sin la autorización Legal y otras conductas punibles.

Finalmente, respecto de las demás entidades aquí demandadas⁵, los informes que rindieron permiten evidenciar que también les asiste responsabilidad frente al daño reclamado, pues se evidencia su actuación extemporánea, lo

⁵ Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Hacienda, Superintendencia de Sociedades, Presidencia de la República y Policía Nacional.

que permitió que las compañías GRUPO DMG S.A. y DMG GRUPO HOLDING S.A. ejercieran su actividad mercantil en establecimientos de comercio abiertos al público por la ausencia de medidas de control, intervención, y fiscalización.

V. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Con proveído del 26 de febrero de 2021, **se admitió el recurso de apelación** promovido por la activa. Y subsiguientemente a su ejecutoria, **se corrió traslado para alegar de conclusión**; derecho ejercido por la Superintendencia de Sociedades, la DIAN y la Superintendencia Financiera, en tanto que el Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio.

5.2.1. La Superintendencia de Sociedades, la DIAN y la Superintendencia Financiera, esencialmente reiteraron los argumentos expuestos de defensa expuestos en el presente trámite, a efectos que se confirme la decisión objeto de recurso de alzada.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. ASPECTOS DE EFICACIA Y VÁLIDEZ

El caso que nos ocupa se rige como norma especial, por el Código Contencioso Administrativo – C.C.A, contrastado que se promovió con anterioridad al 02 de julio de 2012, fecha de entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A, y como norma supletoria o subsidiaria, por el Código de Procedimiento Civil. Integración normativa que en lo que refiere a éste último se subrogó a partir del 01 de enero de 2014, por el Código General del Proceso – C.G.P, conforme a hermenéutica del H. Consejo de Estado, que esta Sala de Decisión estima vinculante⁶. Finiquitando en tópico de la eficacia y validez de la actuación surtida en primera y segunda instancia conforme sigue:

⁶ Auto de Unificación del 25 de junio de 2014, de la Sala Plena del Consejo de Estado, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Rad: 25000233600020120039501 número interno 49.299, y Auto del 25 de junio de 2015, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO, rad: 88001-23-33-000-2014-00003-01 – número interno 50408.

6.1.1- Reitera satisfecho el presupuesto de competencia, contrastados en criterio del factor funcional y en consonancia con el numeral 1º del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A.⁷, el hecho que la sentencia apelada fue proferida en primera instancia por juez administrativo, y en orden del factor territorial y en consonancia con el literal f) del numeral 2º del artículo 134D de la misma codificación⁸, el hecho que el evento del que se alega fuente del daño antijurídico de cuyos perjuicios se pretende indemnización, acaeció en Bogotá D.C.

6.1.2. Avizoran satisfechos los presupuestos procesales del medio de control de reparación directa y la no concurrencia de premisa fáctica que imponga el ejercicio de control de legalidad. Conjugado que por preceptiva del artículo 132 del C.G.P. en consonancia con el numeral 12 del artículo 42 del mismo Estatuto Procesal, agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, y que en contraste con el caso en concreto, no se advierte irregularidad que configure nulidad, o inhiba el pronunciamiento de fondo, conjugado que en esquema del C.C.A, las denominadas excepciones previas se desatan en la sentencia.

Por consiguiente, el asunto encuentra para proferir decisión de fondo en segunda instancia y destaca que se observaron en integridad las ritualidades establecidas para el proceso ordinario, en el precitado Código Contencioso Administrativo – C.C.A.

6.1.3- Asimismo encuentran cumplidos los requisitos de sustentación pertinente, específica y suficiente del recurso de apelación. Exigibles en contexto de los artículos 320, 322 y 328 del Código General del Proceso – C.G.P para surtir el recurso de alzada, contrastado que se expresaron en confrontación con la sentencia objeto de alzada, los motivos de inconformidad por los cuales sociedad accionante considera debe ser revocada, y que en texto de los incisos 3º y 4º del numeral 3º del precitado artículo 322 del C.G.P.,

⁷ “(...) Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos (...).”

⁸ “La competencia por razón del territorio se fijará con sujeción a las siguientes reglas:

2. En los asuntos del orden nacional se observarán las siguientes reglas:

(...)

f) En los de reparación directa se determinará por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas.”

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.

Contexto normativo en marco del cual, el Consejo de Estado precisa, *que quien tiene interés en que el asunto sea analizado de fondo debe señalar cuales fueron los yerros o desaciertos en que incurrió el juez de primera instancia al resolver la Litis presentada⁹.*

6.2. ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN QUE NOS OCUPA

Advertido que trata de apelante único y que la competencia de esta Sala encuentra limitada en principio a los argumentos del extremo procesal que acude en alzada, comprendidos los inmersos en aquellos, por cuanto y conforme decantó antes no concurre contingencia que imponga el ejercicio del control de legalidad, se tiene conforme sigue:

6.2.1- Reiterado que se trata de actuación que se rige por el Código Contencioso Administrativo – C.C.A y como norma supletoria o subsidiaria en lo no reglamentado en aquel, por las disposiciones de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso – CGP, reviste importancia el artículo 328 de éste último que regla el tópico 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 y subrayado fuera de texto).

⁹ **IBÍDEM.** 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.

Por cuanto en orden de la transcrita preceptiva, la habilitación del Superior para resolver en sede de apelación sin limitaciones, encuentra condicionada a que ambas partes hayan impugnado **toda** la sentencia, y de contera, contrastado el caso en concreto, emerge no satisfecho el indicado presupuesto, por cuanto solo el demandante acudió en recurso de alzada.

6.2.2.- Asume también interés que conforme al inciso primero del transcrito artículo 328 del C.G.P., se habilita al juez de segunda instancia para adoptar de oficio las decisiones de imponga la ley, contrastado que por preceptiva del inciso 2) del artículo 164 del C.C.A, en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

6.2.3. Es de tener en cuenta también, que en Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado, se determina de la competencia del juez de segunda instancia frente al recurso de quien actúa como apelante único, que de controvertir un aspecto global de la sentencia, el Superior adquiere competencia para revisar todos los asuntos comprendidos 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.”¹⁰

En el caso en concreto, no encuentra necesario acudir al enunciado juicio comprensivo para desatar la alzada que ocupa a esta Sala de Decisión.

6.3. FIJACIÓN DEL DEBATE

6.3.1. Contrastados los argumentos de alzada y fundamentos de la sentencia objeto del recurso de la apelación, **la controversia gravita de una parte, sobre la suficiencia o no, de los medios de prueba aducidos al proceso para estructurar los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, bajo el título de falla del servicio en el control de las actividades de captación del dinero al público desplegadas por DMG S.A.,** y se suscita porque el Juez de Primera Instancia desestimó las pretensiones de la demanda al considerar configurada la culpa exclusiva de la víctima, premisa de la que es de advertir, si bien como lo indicó el accionante en los fundamentos de la decisión se hizo referencia a entrega de dinero a DMG en ámbito de captación masiva ilegal, lo cierto es que en las pruebas y varios apartes de la decisión se hace expresa referencia a entrega de mercancía por lo tanto asume como error en la digitación. En contraste, la activa recurrente considera que encuentran probadas las omisiones y retardos en que incurrieron las entidades demandadas para conjurar la actividad ilegal de captación masiva de dinero desarrollada por DMG.

6.3.2. En este orden de ideas, se tiene como **problema jurídico:**

- (i) ¿Procede revocar la sentencia que desestimó las pretensiones de la demanda porque sus fundamentos devienen relevados en marco de una correcta valoración de los medios de prueba arrimados al proceso, y se finiquita que encuentra probada la responsabilidad extracontractual del Estado, bajo el título de falla del servicio en el control de las actividades de captación de dinero al público desplegadas por DMG S.A.?

¹⁰ **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).

6.4. ASPECTOS SUSTANCIALES

En labor de desatar el interrogante planteados **es tesis de la Sala**, que en contraste con la realidad procesal emerge probado con suficiencia que el daño alegado por la parte demandante no es antijurídico y por consiguiente no estructura en razón del mismo responsabilidad extracontractual del Estado, ni asume como susceptible de indemnización porque encontraba en la obligación de soportarlo. Por demás, tampoco se advierte probada la falla del servicio invocada, por lo que se confirmará la sentencia objeto de alzada.

En fundamento, esta Sala abordará, previo análisis del caso en concreto, los siguientes tópicos: (i) elementos estructurales de la Responsabilidad extracontractual del Estado en falla del servicio como título de imputación en el asunto que nos ocupa, y (ii) aspectos centrales del concepto de daño antijurídico, a modo de **premisas normativas**:

6.4.1. 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 particulares¹¹, 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”*¹².

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 *Ibídem*, en virtud del cual, *las autoridades de la República*

¹¹ Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 38

¹² Juan Carlos Henao, El Daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 1998, pg 37

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 imputación¹³, es decir, no la mera causalidad material, sino *establecer la imputación jurídica*¹⁴ y *la imputación fáctica*¹⁵, y no distinto concluye la Corte Constitucional¹⁶.

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; 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.”*¹⁷

6.4.1.1- Cuando se utiliza como título de imputación de la responsabilidad del Estado la falla o falta del servicio¹⁸, 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.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993.

¹⁴ *imputatio juris*

¹⁵ *imputatio facti*

¹⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencias C-619 de 2002 y C-918 de 2002.

¹⁷ HENAO, Juan Carlos. El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007. Pág. 38.

¹⁸ Ver sobre noción de falla del servicio y elementos **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”¹⁹.

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.

6.4.1.2- 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.”²⁰*

6.4.1.3- Conforme aplicó el Juez de Primera Instancia, el asunto debe valorarse en esquema del título de la falla del servicio. Como quiera que conforme a la tesis de la demanda, la imputación de responsabilidad en contra de las accionadas tiene causa en omisión de la que devino tardío cumplimiento de sus funciones de inspeccionar, vigilar, controlar, fiscalizar e investigar los delitos financieros en que incurría DMG GRUPO HOLDING S.A., y que habría comportado que el capital representado en las facturas por prestación de servicios y demás emitidos y allegados por la parte demandante. En el año 2008, no fueran canceladas con ocasión a la intervención estatal y posterior liquidación judicial de la sociedad en mención.

¹⁹ **IBÍDEM.** C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 7 de abril de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750).

²⁰ 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.

Esquema fáctico que dirige a configurar de una falla del servicio²¹ y que para derivar en obligación indemnizatoria, exige la acreditación de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado por la activa.

6.4.2. 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*”.²². Noción que según la doctrina, permite tener una visión omnicomprensiva 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.

6.4.2.1. 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*

²¹En Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163, y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló que la falla del servicio es el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado, porque si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

²² **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).

a la acreditación de la titularidad del interés que se debate al interior de la obligación resarcitoria.”²³

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 distinguir 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 2016²⁴, 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.”*

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

6.5. CASO CONCRETO

6.5.1. Aspectos Probatorios.

²³ Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 156

²⁴ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá D.C., 1º de agosto de 2016. Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00171-01 (40943)

6.5.1.1. La comunidad probatoria en el presente asunto, encuentra integrada por documental y testimonial e interrogatorio de parte, contrastado que en su decreto, recaudo y contradicción, se observaron las formalidades previstas para estos medios de prueba.

Es así que los **documentos** fueron 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, satisface los requisitos de validez previstos en el artículo 246 del Código General del Proceso - CGP,²⁵ en contexto del cual, las fotocopias acreditan valor probatorio sin requerir autenticación o formalidad adicional, por demás, cuando se agregaron al expediente, los sujetos procesales contra los cuales se adujo, no le tacharon de falsa, ni repudiaron de ninguna otra forma.

6.5.1.2. Finiquitando revisten relevancia para el debate que se suscita en esta instancia, los siguientes **supuestos fácticos y medios de prueba**:

Daño			
Oficio No. 2012025088-001-000 de la Superintendencia Financiera.	En el cual se indica que el Grupo DMG S.A.S. y DMG GRUPO GOLDING S.A. nunca han estado sometidas a la inspección y vigilancia de dicha entidad y los representantes legales, ni sus administradores solicitaron autorización para constituir una sociedad que estuviera sometida a su inspección y vigilancia, por demás en ningún momento contaron con autorización para captar recursos del público de forma masiva y habitual. Y destaca "(...) frente a la primera sociedad (Grupo DMG S.a.) esta Superintendencia adoptó medidas cautelares de carácter administrativo con base en los supuestos de captación masiva y habitual de recursos del público consagrados en el Decreto 1981 de 1988, mediante la resolución 1634 de 2007, la cual fue confirmada con la resolución 1806 del mismo año."	fls 1289-1293	

²⁵ **Artículo 246. Valor probatorio de las copias. 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. (Subrayado y negrillas fuera del texto).

	Y en relación a la segunda sociedad indica “DMG GRUPO HOLDING S.A.”, en el marco de las facultades que le confiere el Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, a la Superintendencia de Sociedades esta profirió el auto del 17 de noviembre del mismo año, dentro del expediente 59979, ordenando la toma de posesión de sus bienes y haberes.”	
Oficio LJ-LIQ.772 del 13 de abril de 2012, suscrito por la liquidadora de DMG GRUPO HOLDING S.A.	En el que se indica, entre otros, “Respecto de la reclamación presentada por la Sociedad Straus & Co Leather, es de señalar que dicha sociedad radica a ésta entidad hoy en liquidación judicial, dos créditos quirografarios, identificados con el número de carpeta y/o radicación No. 138, cada uno con 202 folios y 1 solo acreedor; dichas reclamaciones acompañadas de 23 facturas de venta (...), la fecha de creación de estos títulos comprendía del 04 de noviembre de 2008 a 07 de noviembre de 2008 y 12 de noviembre de 2008, la presentación de los mismos a fin de cobrar la suma de \$ 85.228.205 por concepto de venta de prendas de vestir en cuero y marroquinería. Es de destacar que el crédito allegado por Straus & Co Leather, una vez integrado el proyecto de calificación y graduación de créditos No. 3 del 08 de julio de 2010, fue rechazado (causal 8 y 9) en razón a que en el momento en que se radicaron los escritos no se aportó evidencia sobre la entrega efectiva de los productos o la prestación efectiva de los servicios pretendidos, a su vez, tampoco se aportó factura por medio de las cuales se efectuó el cobro por concepto de las ventas realizadas al sujeto en liquidación judicial.”	fls 1300-1301
Orden de compra de DMG S.A. No. STR-149, STR-150 y STR-151		fls. 15-17 c.pruebas
Facturas de venta de Stratus & Co Leather No. 0627, 0628, 0629, 0630, 0631, 0632, 0633, 0634, 0635, 0636, 0637, 0639, 0642, 0644, 0645, 0646, 0647, 0648, 0651, 0652, 0653 y 0657.		Fls. 18-40 c. pruebas
Formatos de remisión DMG de ciento setenta y un (171) remisiones y/o comprobantes de venta de productos o servicios recibidos y aceptados por los compradores del GRUPO DMG		Fls. 43-211 c. pruebas

<p>S.A. a través de la comercializadora virtual correspondiente a las ventas del 11 al 16 de noviembre del año 2008.</p>	
<p>Interrogatorio de parte del señor WILLIAM RODRIGO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, en el cual destacó no abre asumido el riesgo libremente, pues para contratar con DMG se le exigieron documentos como certificado de Cámara de Comercio, RUT, declarar IVA y rete fuente. Además, se trataba de un establecimiento abierto a todo el público, que para el momento en que celebró negocios con DMG era comercializadora de productos y servicios, abierto al público.</p> <p>Señaló haber acudido al proceso de intervención pero se indicó que los proveedores serían los últimos, por cuanto se les daría prioridad a los tarjeta habientes. Destaco además que verificó ante la Superintendencia financiera la legalidad de DMG, y que no era consciente que se trataba de una pirámide.</p> <p>También indicó que celebró un negocio comercial con DMG a través de su empresa familiar constituida desde hace aproximadamente quince años. Se acercó a la feria comercial ubicada en la calle 197 con autopista, advirtiendo la presencia de varias empresas reconocidas en el establecimiento como Chevrolet, movistar, y fedco. DMG le compraba prendas de vestir en cuero y accesorios, quincenalmente se las pagaban. Radicó los documentos para la reclamación ante los interventores sin obtener respuesta alguna.</p> <p>Previamente a iniciar la negociación acudió a la Cámara de Comercio y DMG estaba inscrita y cumplía con el pago de impuestos. También acudió a la Superintendencia Financiera, además, en la Superintendencia de Sociedades le indicaron que DMG era un establecimiento de comercio. Realizó negocios con</p>	<p>Fls. 1325 - 01330 c. pruebas</p>

<p>Grupo DMG S.A. y GRUPO HOLDING DMG S.A., y el stand que había en la feria era de su propiedad.</p> <p>Frente a la indagación sobre si había leído el certificado de Cámara y Comercio donde se indica que mediante Resolución No, 1634 del 12 de septiembre de 2007, se ordena a la empresa la suspensión de venta de tarjetas prepago DMG, manifestó que no lo había hecho.</p>	
---	--

6.5.1.2. Acervo probatorio en contexto del que asumen como relevantes los siguientes hechos probados:

- El señor WILLIAM RODRIGO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, a través de la empresa Stratus & Co Leather, inició y celebró actividades de comercio con el GRUPO DMG S.A.

- En desarrollo de dicha actividad, se emitieron en el segundo semestre del año 2008, entre otros, órdenes de compra de DMG S.A. No. STR-149, STR-150 y STR-151; las facturas de venta de Stratus & Co Leather No. 0627, 0628, 0629, 0630, 0631, 0632, 0633, 0634, 0635, 0636, 0637, 0639, 0642, 0644, 0645, 0646, 0647, 0648, 0651, 0652, 0653 y 0657; formatos de remisión DMG de ciento setenta y un (171) remisiones y/o comprobantes de venta de productos o servicios recibidos y aceptados por los compradores del GRUPO DMG S.A. a través de la comercializadora virtual correspondiente a las ventas del 11 al 16 de noviembre del año 2008.

6.5.2. Análisis del caso y decisión

6.5.2.1- Se confirmará la sentencia de primera instancia contrastado que el daño fuente de la pretensión indemnizatoria de la parte demandante, no asume como daño antijurídico. Así se finiquita conjugado que a la activa por razón de acreditar conforme ella misma lo invoca, una experiencia de aproximadamente quince (15) años en la actividad comercial desarrollada a través de la empresa Stratus & Co Leather, le era exigible ser precavido en la identificación de las personas naturales o jurídicas con las que realizaba

negociaciones. Cuidado que no observó en la relación comercial que entabló con DMG GRUPO HOLDING S.A., como quiera que ésta ejercía como captadora ilegal de dineros al público.

Por consiguiente, conjugado que fue con ocasión de la referida relación negocial que se emitieron, entre otros, órdenes de compra de DMG S.A. No. STR-149, STR-150 y STR-151; las facturas de venta de Stratus & Co Leather No. 0627, 0628, 0629, 0630, 0631, 0632, 0633, 0634, 0635, 0636, 0637, 0639, 0642, 0644, 0645, 0646, 0647, 0648, 0651, 0652, 0653 y 0657; formatos de remisión DMG de ciento setenta y un (171) remisiones y/o comprobantes de venta de productos o servicios recibidos y aceptados por los compradores del GRUPO DMG S.A. a través de la comercializadora virtual correspondiente a las ventas del 11 al 16 de noviembre del año 2008, por el suministro de elementos de cuero, su no pago, que en tesis de la activa devino por razón de la intervención y posterior liquidación de DMG GRUPO HOLDING S.A., evidencia como concreción del riesgo que autónomamente asumió, y bajo tal secuencia, un daño que encontraba obligada a soportar.

En este orden resulta oportuno recabar en análisis realizado por esta Sala de Decisión en pronunciamiento anterior²⁶, en cuanto puntualiza que si bien es cierto que por preceptiva del artículo 83 Constitucional²⁷, las actuaciones y relaciones de los ciudadanos están protegidas por el principio de buena fe, y el Estado debe garantizar el goce y ejercicio de los derechos de manera pacífica y tranquila²⁸, no es menos cierto que los ciudadanos tienen deberes mínimos de cuidado y diligencia sobre el ejercicio de sus libertades y derechos. En esquema donde las relaciones negociales derivan del ejercicio de las

²⁶ Entre otros, **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de segunda instancia proferida el 23 de noviembre de 2016. Radicado número 110013331031201000232-01. Promovido por Yeins Alexander Celemín Lozano contra la Nación – Superintendencia de Sociedades y Otros. M.P. José Élvor Muñoz Barrera.

²⁷ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”.

²⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA.**

“Artículo 2º 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.”.

libertades y derechos que tiene todo ciudadano para elegir y ejercer profesión u oficio²⁹, y en cuyo despliegue se deben asumir riesgos básicos, caso del no pago de la contraprestación pactada, sin que la concreción del riesgo sea imputable al Estado.

6.5.2.1.2. No es de recibo el argumento de que la sentencia de primera instancia adolece de incorrecta valoración de los medios de prueba arrimados al proceso.

Pues independientemente de los argumentos emitidos por el juez de primera instancia frente a la ausencia de configuración de falla en el servicio, y en contraste con la alegada afectación a la confianza legítima de los ciudadanos alegada por el recurrente. Evidencia esta Sala de Decisión, que el Juez de Primera Instancia valoró en conjunto los varios medios de convicción arrimados al proceso, siendo precisamente en razón de aquellos, y con fundamento en el descrito análisis, en orden al convencimiento que le brindaron, que sustentó su decisión de desestimar las pretensiones de la demanda al encontrar configurada la culpa exclusiva de la víctima, **de forma que el no recaudo del pago no tuvo causa en falla del servicio de las aquí accionadas, sino en culpa del demandante,**

6.5.2.1.3. En secuencia de las valoraciones que anteceden, procede confirmar la sentencia impugnada. Por cuanto y conforme ha venido decantando, el daño alegado por la parte demandante no es antijurídico, y por consiguiente, no se satisface el primero de los elementos de la responsabilidad estatal pretendida, siendo por tanto innecesario, entrar a estudiar los demás elementos que estructuran la misma.

No obstante y en gracia de discusión, de considerarse que se probó la existencia de un daño antijurídico, asume categórico que no evidencia probada la alegada falla del servicio por tardía intervención a DMG GRUPO HOLDING S.A., como quiera que en tesis de la activa los créditos por cuyo no pago se le

²⁹ **IB.**

“Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”. (Subrayado fuera del texto).

infligió daño, tuvieron génesis en suministro de los bienes entregados al grupo DMG GRUPO HOLDING S.A, en el segundo semestre de 2008, y la intervención a la mencionada captadora ilegal de dineros al público se concretó en la misma vigencia.

Intervención que por demás y en garantía del debido proceso, exigió que varias de las entidades que integran la pasiva, en órbita de sus competencias, desplegaron actividades de acuerdo a sus funciones, tendientes a poner en público conocimiento la aparición de empresas dedicadas a la captación de dinero sin autorización de entidad competente; realización de visitas e inspecciones a varias de esas empresas en aras de recaudar pruebas; para concluir trámite administrativo que finalmente conllevo a la Declaratoria de Estado de Emergencia Social y Económico, con el objeto de estabilizar el sector financiero y regresar la seguridad en el orden público, siendo estas actuaciones medidas preventivas y correctivas.

Accionar del que se reseñó en anterior pronunciamiento de Sala³⁰, sobre la existencia de:

“(…) diversos pronunciamientos y avisos de advertencia publicados en televisión, prensa y radio por parte de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, como los avisos al público publicados en los diarios Llano 7 Días el 17 y 20 de septiembre y el 11 de octubre de 2007; El Tiempo los días 23, 24, 30 y 31 de diciembre de 2006, 9 y 11 de octubre de 2007; 27 de enero, 3, 13, 14 y 17 de febrero, 11 de marzo, 29 de abril, 1º de julio, 2 de octubre y 14 de noviembre de 2008; Portafolio el 28 de enero de 2008, en el sentido de que la sociedad DMG GRUPO HOLDING S.A HOY EN LIQUIDACION “no se encontraba autorizada por esta Superintendencia para recibir o captar dineros del público en forma masiva y habitual bajo ninguna modalidad”. Como notas periodísticas relacionadas con el tema de captación ilegal de dineros del público publicadas o emitidas en diarios y medios auditivos y televisivos como El Tiempo, Canal RCN, Canal Caracol, Caracol Radio, Portafolio, Noticiero CM&, El Colombiano, Revista Cambio, durante el período comprendido entre enero de 2008 y enero de 2009. Además, dicho ente de control expidió la Resolución No. 1634 del 12 de septiembre de 2007 a través de la cual adoptó “medidas cautelares respecto de la Sociedad GRUPO DMG S.A.”³¹”

³⁰ **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.** Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de segunda instancia del 23 de noviembre de 2016. Radicado 110013331031201000232-01. M.P. José Élver Muñoz Barrera, entre otros.

³¹ Las Resoluciones Números 1634 del 12 de septiembre de 2007 y 1806 del 8 de octubre de 2007, expedidas por el Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el cual se adoptó la intervención y las medidas cautelares de Grupo DMG, fue declarado legal por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de septiembre de 2011, Radicación 11001-03-27-000-2008-00009-00(17022) C.P. William Giraldo Giraldo.

6.5.2.5- No encontrándose probada temeridad manifiesta, no procede condena en costas del extremo procesal vencido.

Como quiera que tratándose de proceso que por preceptiva del artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, se regula conforme ha venido decantando, por el régimen anterior, se tiene quede conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo CCA, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la condena en costas exige que se establezca temeridad del extremo procesal que se grava con aquella, y en contraste con la conducta procesal de los aquí accionantes, no se satisface el precitado requerimiento normativo.

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,

VII. FALLA:

PRIMERO: Confírmese la sentencia proferida treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Sesenta y Seis (66) Administrativo de Bogotá, por la que **se negaron las pretensiones de la demanda.**

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Por Secretaría de esta Corporación. **Déjese** las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

M Firmado electrónicamente
MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

Firmado electrónicamente
FERNANDO IREGUI CAMELO

Firmado electrónicamente
JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

MAMB

Magistrado

Magistrado