

699

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintiséis (26) de agosto de dos mil catorce (2014)

Sentencia: No. 113
Expediente: No. 2009-00166-01
Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: ALEXANDRA RESTREPO ZULUAGA.
Demandado: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y
OTROS.

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA BERNAL VÉLEZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante' contra la sentencia No. 210 del 12 de octubre de 2012¹, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Cali, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, la señora ALEXANDRA RESTREPO ZULUAGA actuando en nombre propio, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, demanda a la NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

¹ Folios 603 a 612 del cuaderno No. 1.
² Folios 584 a 599 del cuaderno No. 1.

700

DE COLOMBIA, a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, en orden a que se realicen las siguientes,

II. DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA: Que se declare administrativamente responsables a la NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por los perjuicios ocasionados a la demandante por la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, sobre el establecimiento de comercio "Proyecciones D.R.F.E.".

SEGUNDA: Que a título de reparación, se pague a la demandante la suma de \$10.000.000, valores que pide sean indexados.

Los HECHOS que sustentan las pretensiones son los siguientes:

PRIMERO: La señora Alexandra Restrepo Zuluaga invirtió la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000) en el establecimiento de comercio "Proyecciones D.R.F.E.", ubicado en ésta ciudad, bajo la promesa de elevados réditos. Dicho establecimiento operaba de manera pública, pacífica e ininterrumpida ante la ciudadanía, las autoridades administrativas locales y nacionales y, las autoridades de control como la Fiscalía General de la Nación, es decir, se constituyó en una actividad notoria.

SEGUNDO: El establecimiento de comercio "Proyecciones D.R.F.E.", fue intervenido en forma tardía por el Gobierno Nacional, por tratarse de una captadora ilegal y masiva de dineros y sólo cuando se presentaron asonadas en las ciudades de Orito en el Putumayo y Popayán en el Cauca.

Posteriormente intervino otras captadoras, evidenciando de esta forma el conocimiento previo que tenía el Estado acerca de las empresas que se encontraban captando dinero de manera ilegal.

227

TERCERO: Proyecciones D.R.F.E. no ha reintegrado a la demandante los dineros entregados ni los rendimientos prometidos.

III. TRÁMITE

Mediante auto interlocutorio No. 636 del 16 de septiembre de 2009³ se admitió la demanda. La Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, contestó la demanda en escrito visible a folios 71 a 76 del cuaderno No. 1.

La Superintendencia Financiera de Colombia contestó la demanda mediante escrito visible a folios 153 a 233 del cuaderno No. 1.

El Municipio de Santiago de Cali presentó escrito de contestación de la demanda visible a folios 249 a 258 del cuaderno No. 1.

La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda de manera extemporánea.

Por medio de auto interlocutorio No. 623 del 27 de julio de 2010⁴, se abrió a pruebas el proceso. Surtido el periodo probatorio, por medio de auto de sustanciación No. 259 del 3 de mayo de 2012⁵ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión mediante escrito visible a folios 404 a 409 del cuaderno No. 1.

El Municipio de Santiago de Cali, presentó alegaciones finales visibles a folios 410 a 417 del cuaderno No. 1.

La apoderada de la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República alegó de conclusión por medio de escrito visible a folios 418 a 435 del cuaderno No. 1.

³ Folios 26 y 27 del cuaderno No. 1.

⁴ Folios 268 a 270 del cuaderno No. 1.

⁵ Folio 390 del cuaderno No. 1.

Acción: Reparación Directa

Sentencia de Segunda Instancia

Rad. 2009-00166-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

El apoderado judicial de la Superintendencia Financiera de Colombia presentó alegatos de conclusión por medio de escrito visible a folios 450 a 462 del cuaderno No. 1.

El Ministerio Público emitió concepto en escrito visible a folios 506 a 519 del cuaderno No. 1 solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

El apoderado de la parte demandante guardó silencio.

IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Cali mediante sentencia No. 210 del 12 de octubre de 2012 visible a folios 564 a 599 del cuaderno No. 1 negó las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente:

"(...) En primer lugar, encuentra el Despacho que el hecho de que la demandante hubiera decidido de manera libre, espontánea y voluntaria depositar sus dineros en el establecimiento PROYECCIONES DRFE (DINERO RAPIDO FACIL Y EFECTIVO) resulta un hecho a todas luces irresistible para las entidades demandadas, pues al Estado se le hace imposible restringir la libertad de las personas de disponer de sus bienes como mejor les parezca; si bien él mismo está en la obligación de proteger los bienes de las personas residentes en el territorio nacional (Art. 2º CP.), las autoridades no están obligadas a lo imposible, y en el expediente no obra prueba de que las demandadas hubieran sido advertidas de que PROYECCIONES DRFE (DINERO RAPIDO FACIL Y EFECTIVO) estuviera llevando a cabo la actividad de captación de dineros del público, con anterioridad a que la demandante decidiera depositar en ella sus ahorros.

En segundo término, y en cuanto al elemento de la imprevisibilidad, resta decir que producto de la anuencia de quienes participaban de la supuesta inversión, resultaba en extremo difícil para las entidades demandadas enterarse que la sociedad PROYECCIONES DRFE (DINERO RAPIDO FACIL Y EFECTIVO) desplegaba la actividad de captación irregular de recursos del público; y con todo, encuentra esta instancia suficientemente fundado el argumento de la apoderada de la Superintendencia Financiera en la contestación de la demanda, en el sentido de la dificultad que representaba la normatividad vigente para el momento en el que la actora perdió su dinero', cuando se trataba de determinar qué persona o sociedad desplegaba la captación masiva y habitual de recursos del público.

Por último, la exterioridad del hecho dañoso respecto de las entidades demandadas guarda, en el presente asunto, una estrecha relación con el negocio concreto que decidió hacer la demandante con la sociedad PROYECCIONES DRFE (DINERO RAPIDO FACIL Y EFECTIVO). De esta manera, ni el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, ni la Superintendencia Financiera ni mucho menos la Fiscalía General de la Nación,

* Como lo hizo el mismo demandante.

7 Artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988.

Acción: Reparación Directa

Sentencia de Segunda Instancia

Rad. 2009-00166-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

223

tuvieron injerencia en la decisión libre de la señora Alexandra Restrepo Zuluaga del depositar su dinero en la captadora.

Sobre este particular, es preciso ahondar en consideraciones que reafirman el argumento relacionado con la exterioridad de un hecho que no es propio de las demandadas. El Despacho para ello debe partir de que la propia demandante en la demanda afirma que invirtió en PROYECCIONES DRFE (DINERO RAPIDO FACIL Y EFECTIVO) bajo la promesa de elevados retornos en el mes de noviembre de 2008.

Dicha situación llama la atención de esta instancia, si se tiene en cuenta que para la fecha de la inversión realizada por la demandante (i) ya se conocía suficientemente en los medios de comunicación la noticia sobre las llamadas "pirámides" y (ii) la misma Superintendencia Financiera había divulgado la noticia de las captadoras ilegales de dineros públicos.

Las circunstancias expuestas dejan entrever que de acuerdo a la experiencia de la propia actora como profesional que era, nunca efectuó un negocio que le reportara las utilidades que ella misma afirmó eran ofrecidas por PROYECCIONES DRFE (DINERO RAPIDO FACIL Y EFECTIVO); de manera que al tratarse de una persona adulta, bien pudo sospechar que las condiciones del negocio no eran confiables y su inversión pudo distraerse y no retornar.

En este punto, es forzoso considerar que, de acuerdo a circunstancias subjetivas de la propia actora, el hecho de la pérdida de su dinero era previsible y evitable, pues incluso las reglas de la experiencia enseñan que en el sistema financiero no existen antecedentes de la oferta de exorbitantes rendimientos financieros, como el ofrecido por la captadora.

De acuerdo a lo anterior y en presencia de un negocio que a todas luces podía ser en extremo riesgoso, la actora omitió el deber de cuidado que como profesional y persona adulta, lo invitaba a informarse sobre la legalidad de la actividad desplegada por la captadora. Esto no quiere decir que a todas las personas se les exija acudir a las autoridades competentes al momento de efectuar sus negocios, pero tanto el hecho de que la demandante nunca conoció ni efectuó negocios que le reportaran en un lapso corto ganancias superiores al 50% del capital invertido, como la circunstancia de no existir en el sistema financiero entidades que ofrezcan rendimientos en extremo exorbitantes; exigen por parte de la señora Restrepo Zuluaga que atendiera al sentido común y sospechara de la legalidad del negocio en el que libremente decidió invertir.

En suma, el Despacho no se equivoca en considerar que la pérdida del dinero, que la demandante atribuye a una falla en la prestación del servicio de las entidades demandadas, no es producto de una circunstancia distinta a su propia culpa; motivo por el cual estima esta Juzgadora que han quedado eximidas el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Superintendencia Financiera y la Fiscalía General de la Nación de indemnizar los perjuicios a la demandante, y en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de apoderado judicial en escrito visible a folios 603 a 612 del cuaderno No. 1 interpuso el recurso de apelación contra la sentencia No. 210 del 12 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de

Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

207

Descongestión de Cali, solicitando se revoque la decisión, considerando lo siguiente:

"(...) resulta poco menos que absurdo señalar que al Municipio no le cabe responsabilidad alguna cuando uno de sus funciones principales es la conservación del orden público. Tanto que, como bien se señalaba en la demanda, sólo cuando en los Departamentos del Putumayo y Cauca se presentan graves asonadas es que intervienen las autoridades administrativas y la fuerza pública para cerrar todos los establecimientos dedicados a la captación masiva de dineros.

"(...) no puede quedar duda que a la administración municipal se le puede endilgar una responsabilidad por omisión cuando es permisivo con el funcionamiento de sitios, establecimientos, o lugares en que pueda desarrollarse actividades no permitidas o sin los correspondientes permisos.

"(...) Dice la Superintendencia Financiera y el A Quo que se previno al público, desde principios del año 2008, respecto de la existencia y el funcionamiento de personas o entidades dedicadas a la captación ilegal de dineros del público. Entonces, si la entidad especializada en el tema financiero no había cerrado o intervenido a DRFE en el mes de noviembre del 2008, es decir a finales de esta anualidad, ¿significa que quienes acudieron ante los establecimientos que continuaran funcionando en ese momento lo hicieron por su cuenta y riesgo? O ¿significa eso que hay una omisión del estado al no intervenir a tiempo, más cuando una de las mayores y más conocidas captadoras de dinero era precisamente DRFE?

"(...) No puede olvidarse que la demanda se fundamenta y sustenta en que todos aquellos que invirtieron en estas pirámides lo hicieron bajo la confianza legítima de estar haciéndolo en un establecimiento amparado por la ley y sus instituciones. Sobre este aspecto el despacho no hace una sola referencia:

"(...) aun suponiendo la existencia de la culpa de la víctima, no se encuentra probado en el plenario que la culpa haya sido exclusiva de la aquí demandante. Entonces, habría que hacer un ejercicio de ponderación y atribuir responsabilidades entre la demandante y de aquellas entidades que incumplieron con sus obligaciones, omitieron cumplir con los mandatos legales y constitucionales.

D. Dificultad de intervenir previamente con la normatividad vigente

1. No existe prueba alguna, ni siquiera un minúsculo indicio que se hubieran expedido normas nuevas que permitieran la intervención de las captadoras ilegales a finales del año 2008. Es que lanzar argumentos en pro de defenderse sin sustento puede resultar muy fácil; empero no puedo al fallador aceptar un argumento exceptivo sin verificar que se tienen los soportes fácticos y jurídicos para admitirlo como idónea como mecanismo de defensa. El A Quo no hace nada de ello ignorando que brilla por su ausencia los elementos que la demandante reclama.

E. Demandados no son responsables por la decisión libérrima de la demandante y que era previsible lo que sucedió

1. Frente a la argumentación presentada es menester decir que estos resultan ser pobres medios de defensa frente a la demanda que alega la confianza legítima. ¿Acaso es necesario pedir certificados de "legalidad" cada vez que acudimos a una entidad financiera? ¿Es o no responsable el estado cuando abren una compraventa de carros aspurio?

225

"(...) Sin analizar la totalidad de las pruebas arrojadas al plenario se hace evidente que existió una clarísima falla en el servicio de los distintos entes estatales (...)"

"(...) Con los pocos ejemplos que se citan aquí debe quedar claro que el estado falló en el cumplimiento de su deber. Hecho este que confiesa el mismísimo Presidente de la República, Jefe de Gobierno y máxima autoridad administrativa de la Nación cuando dice que "me arrepiento por no haber tomado medidas a tiempo".

Así mismo debe recalcarse que la causal de exoneración de los demandados cuando haya una culpa del demandante obliga a demostrar que esa culpa fue exclusiva de la víctima, hecho este que no fue probado. Más aun lo que emerge del plenario es que la culpa es del estado que aquí se demanda". (Subrayado y negrilla dentro de texto).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada judicial de la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República presentó alegatos de conclusión en escrito visible a folios 629 a 643 del cuaderno No. 1, manifestando en síntesis lo siguiente:

"(...) No existió falla en el servicio, es decir, hecho alguno objeto de reproche atribuible a la parte demandada. En este caso se enfatiza que en lo que toca con las funciones legalmente atribuidas a mi representada y en respeto de los lineamientos establecidos en los artículos 6 y 121 de la Carta Política, no tenía competencia alguna en el tema objeto de debate, ni estaba autorizada para extralimitar el marco legal en virtud del cual le fueron asignadas expresamente sus competencias.

"(...) No existió el presunto daño o perjuicio que dice haber sufrido la demandante por causa de la presunta falla en la prestación del servicio, pues aunque no llegó a demostrar el daño alegado, lo cierto es que la eventual pérdida del capital que pudo dejar en el establecimiento de comercio PROYECCIONES DRFE, fue consecuencia del riesgo que libre, voluntaria y conscientemente asumió, al relegar todo deber de cuidado y diligencia en el manejo de su dinero. Nótese que a pesar del conocimiento cierto que tenía del simulado negocio bajo el cual se mimetizó la captación de recursos sin autorización legal, en cuya ejecución ninguna interferencia tuvieron las entidades aquí demandadas, no dudó en prestar su concurso ante la expectativa de jugosos rendimientos en breve tiempo, los que por cierto no tenían precedente en la economía formal de nuestro país.

"(...) No existió la relación de causalidad alegada. Corolario de lo anterior, también está demostrado que el perjuicio que dice haber sufrido la actora, no es consecuencia cierta e inevitable de la responsabilidad imputada a la administración pública, sino de su propia desidia y actuar temerario, pues obviando todo deber de diligencia y cuidado en el manejo de sus negocios, se expuso al riesgo inminente de perder el dinero que bajo aparentes "aportes" dijo haber realizado al establecimiento de comercio PROYECCIONES DRFE, guiada por la expectativa de percibir en breve tiempo extraordinarios rendimientos. Téngase en cuenta que fue bajo el esquema de supuestos aportes al referido establecimiento de comercio, con los cuales se simuló la captación ilegal de recursos, pues en definitiva lo que se persigue con la entrega del dinero era su redención en cuantía superior y en

502

muy breve tiempo (más del 50% en 35 días). A lo anterior se suma la inexistencia de fundamento constitucional o legal alguno que denote la presunta omisión de alguna de las entidades públicas demandadas, pues dentro de sus funciones no estaban aquellas que sirven de fundamento a la demanda (...).

La apoderada judicial del Municipio de Santiago de Cali presentó alegatos de conclusión en escrito visible a folios 658 a 665 del cuaderno No. 1 reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia.

El apoderado judicial de la Superintendencia Financiera de Colombia presentó alegatos de conclusión mediante escrito visible a folios 679 a 685 del cuaderno No. 1 reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia y agregó:

"(...) Compartimos lo afirmado por el sustanciador de primera instancia en que no se equivoca el Despacho en considerar que la pérdida del dinero, que la demandante atribuye a una falla en la prestación del servicio a cargo de las entidades demandadas no es producto de una circunstancia distinta a la propia culpa de la actora, motivo por el cual eximo al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Superintendencia Financiera y la Fiscalía General de la Nación, de indemnizar los perjuicios a la demandante y negó las pretensiones de la demanda.

"(...) es evidente que la Superintendencia Financiera procedió a adelantar las investigaciones pertinentes en orden a establecer la configuración de la conducta de captación; no obstante, la rigidez de las normas sobre captación no autorizada existentes hasta la expedición de los Decretos de emergencia social 4333 y 4334 de 2008, la sofisticación de los medios utilizados y la falta de documentación que permitiera evidenciar la realidad de las operaciones que adelantaban tales personas naturales y jurídicas, hizo imposible que este Organismo asumiera una medida en ese momento.

"(...) la parte actora pretende desvirtuar la oportunidad con la que mi prohijada actuó omitiendo el hecho de que la Corte Constitucional como máximo órgano de vigilancia de nuestra Carta Política al momento de entrar a analizar la constitucionalidad del Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008, señaló que el fenómeno de la captación masiva de dineros del público fue un hecho sobreviniente o incontrolable, imposible de ser frenado con las herramientas jurídicas existentes hasta la fecha de la declaratoria de Emergencia Económica por parte del Gobierno Nacional.

"(...) Obra dentro del expediente la copia de los diferentes avisos y advertencias destinadas al público en general mediante las cuales la Superintendencia Financiera de Colombia y las diferentes autoridades del Gobierno, buscaban ilustrar a la comunidad acerca del riesgo latente que implicaba confiar sus recursos a terceros no autorizados para captarlos a cambio de la promesa de multiplicar su capital, aunado a ello tal y como se encuentra demostrado en el proceso la demandante ni siquiera aportó prueba sumaria de haber elevado alguna petición de información a mi representada acerca de la legalidad del negocio que le estaba siendo ofrecido, pese a que la Superintendencia Financiera de Colombia, cuenta con canales de comunicación directos y eficaces con la ciudadanía.

222

"(...) Se comparte entonces en su integridad el análisis al que arribó el Juez fallador para desestimar los cargos propuestos por el apoderado de la demandante, en la medida en que las actuaciones asumidas por la Superintendencia Financiera de Colombia respecto del funcionamiento de establecimiento Proyecciones DRFE se fundamentaron en la norma que se encontraba vigente para la época de la realización de una actividad exclusiva de los establecimientos financieros en los términos previstos por el artículo 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, acatándose así los principios de legalidad, oportunidad, eficiencia y eficacia que revisten las actuaciones de la administración, sumado al hecho de que tal y como lo señaló el a quo la aquí actora pretende que se les repare respecto de las pérdidas de un negocio en el cual mi prohilada no intervino y para el que la demandante prestó su aval con la consciencia de que se trataba de una operación riesgosa y no autorizada.

"(...) Cabe recalcar que los establecimientos autorizados para captar dinero del público cuentan con un certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, documento público e idóneo que da cuenta del lleno de los requisitos exigidos por la Ley para entrar en funcionamiento y para el caso que nos ocupa dicho documento no existe, luego, la mal llamada confianza en la que pretenden ampararse los demandantes para trasladar responsabilidad en las entidades demandadas, queda desvirtuada precisamente por la omisión en que ellos mismos incurrieron en sus deberes de cuidado y diligencia en el manejo de sus negocios(...)"

La apoderada judicial de la Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión extemporáneamente.

El apoderado judicial de la parte demandante guardó silencio.

El Ministerio Público no se pronunció en esta instancia.

VII. CONSIDERACIONES

7.1 Generalidades

Se ejercita en este proceso la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, que es la que tiene toda persona interesada para demandar la reparación del daño originado en los hechos, omisiones u operaciones de la Administración, o en la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos. También puede ejercitarse la acción cuando el perjuicio se origine en actividades de la Administración ceñidas a la ley, pero que causen un perjuicio que el lesionado no hubiere estado obligado a soportar.

208

Esta acción tiene su fundamento constitucional en los artículos 2, inciso segundo y 90 de la Constitución Política. El primero de ellos determina que "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". El segundo impone al Estado la obligación de indemnizar todo daño originado en la actividad administrativa cuyos efectos los asociados no tengan el deber legal de soportar.

7.2 Competencia

De conformidad con el artículo 133 del C. C. A., modificado por el artículo 41 de la Ley 446 de 1998*, este Tribunal es competente para decidir en segunda instancia, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia No. 210 del 12 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Cali, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

7.3 Responsabilidad Patrimonial del Estado – Falla del Servicio.

La parte demandante estructura la responsabilidad de las entidades demandadas bajo el título de imputación de falla del servicio.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, que le sean imputables.

Respecto a los elementos que estructuran la falla del servicio ha dicho el Consejo de Estado:

"Para que pueda configurarse la responsabilidad de la administración se requiere de tres elementos: PRIMERO, UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE PUEDA CALIFICARSE IRREGULAR. Ella se traduce en lo que se ha denominado como una culpa, falla o falta del servicio, o culpa de la administración, figura de origen jurisprudencial que se presenta cuando el servicio público no ha funcionado, ha funcionado mal o ha funcionado tardíamente. SEGUNDO, UN DAÑO O PERJUICIO

* Art. 133.- Modificado Decreto 597 de 1998, art. 2º. Modificado por la Ley 446/98, Art. 41. Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia: 1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda...."

705

que reúna ciertas condiciones, es decir, que sea cierto, que sea particular, A LAS PERSONAS QUE SOLICITAN REPARACIÓN -, que sea anormal y, que se refiera a una situación jurídicamente protegida y un TERCER ELEMENTO, UN NEXO CAUSAL entre la actuación que se infiere a la administración y el daño causado, es decir, que el daño debe ser el resultado de aquella actividad, que debe ser actual y determinante del daño.*

Para la Alta Corporación¹ la falla del servicio surge a partir de la comprobación de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye un juicio de reproche por parte del juez, respecto de las falencias en las cuales habría incurrido la Administración. Por su parte, la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada -positivos o negativos- o si demuestra que el nexo causal era apenas aparente, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

Teniendo como fundamento los anteriores planteamientos, la Sala determinará si en el caso objeto de análisis se configura la responsabilidad de la Administración.

7.4 Problema Jurídico

Debe la Sala determinar si son responsables las entidades demandadas de los perjuicios que afirma la parte demandante le fueron ocasionados como consecuencia de la falla del servicio al no intervenir oportunamente el establecimiento de comercio "Proyecciones D.R.F.E."; el cual captaba masivamente dineros del público sin autorización legal.

7.5 Excepciones

La Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República propone como excepciones: la falta de legitimación en la causa por pasiva; la petición antes de tiempo; el hecho de un tercero; la responsabilidad de las

¹ Fallo del Consejo de Estado Sección Tercera, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, 27 de junio de 1991.

² Véase fallo del Consejo de Estado del 29 de agosto de 2007 con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez.
Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01
Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

220

víctimas; la falta de integración del litisconsorcio y, la ausencia del nexo de causalidad entre los daños y la actividad de la Presidencia de la República.

La Superintendencia Financiera de Colombia propone como excepciones: la petición antes de tiempo; la culpa de la víctima; la imputación errónea del daño; la responsabilidad de un tercero; la cosa juzgada constitucional y, la genérica.

Dice la Superintendencia que la pretensión indemnizatoria objeto de esta acción también es objeto de otras acciones constitucionales ante diferentes estrados judiciales del país, lo que implica una eventual actuación temeraria cuando por diferentes medios de defensa judicial se persigue una indemnización por el mismo concepto.

El Municipio de Santiago de Cali propone como excepciones: la Falta de legitimación en la causa por pasiva; la inexistencia de la obligación y, el hecho exclusivo y determinante de la víctima.

Sobre la excepción genérica se ha dicho que no es más que la obligación que tiene el juez de declarar las excepciones cuando las encuentre probadas, de conformidad con el artículo 164 del C.C.A".

Respecto de la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, debe anotarse que en estricto sentido no puede considerarse como tal, puesto que no se trata de un hecho nuevo que se dirija a enervar las pretensiones.

La legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva como presupuesto procesal implica el examen de la titularidad del derecho sustantivo invocado (por activa) y del deber correlativo (por pasiva). La Legitimación en la causa por pasiva debe entenderse como la que tiene el demandado en cuanto titular del deber jurídico sustancial de la prestación con respecto al demandante".

El Consejo de Estado en el fallo del 11 de noviembre de 2009 con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo, se pronuncia sobre la legitimación en la causa por pasiva

" Artículo 164. Excepciones de fondo. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudio y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la "reformatio in pejus".

" Teoría General del Proceso Luis Alonso Rico Puerta,
Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00168-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

en los siguientes términos:

2111

"(...) La legitimación en la causa puede ser de hecho o material, siendo la primera aquella relación que se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, mientras que la segunda, corresponde a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta última clase de legitimación, por activa o por pasiva, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido. La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado; el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falla recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante (...)". (Subrayado fuera del texto).

Por lo tanto si frente a las entidades demandadas se prueba la falta de legitimidad en la causa por pasiva se niegan las pretensiones de la demanda.

Las demás excepciones planteadas más que medios exceptivos deben tenerse como argumentos de defensa y por lo tanto no ameritan un pronunciamiento distinto al que se hará al resolver el fondo del asunto.

7.6 Pruebas

Obran en el expediente, las siguientes PRUEBAS:

- Copia simple del formulario de recepción de aportes No. DC-0000036799 expedido por "Proyecciones DRFE" a nombre de la señora Alexandra Restrepo Zuluaga por valor de \$10.000.000 (folio 4 del cuaderno No. 1).
- Copia simple de la noticia criminal presentada por la señora Alexandra Restrepo Zuluaga, el 14 de noviembre de 2008, ante la URI - Conquistadores - Casos Pirámides de la Fiscalía General de la Nación, en contra del indiciado Carlos Alfredo Suarez, representante legal del establecimiento de comercio "Proyecciones D.R.F.E.", en el cual figura como cuantía de la inversión la suma de \$10.000.000.
- Fotocopias de recortes de prensa donde se registraron los avisos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la captación ilegal de dinero (folios 82 a 152 del cuaderno No. 1).

- 22
- Disco compacto con entrevistas realizadas por Caracol Radio (folios 5 y 6 del cuaderno No. 2).
 - Grabaciones en formato DVD de los Consejos Comunales de Gobierno de octubre, noviembre y diciembre de 2008 (folios 8 a 10 del cuaderno No. 2).
 - Grabaciones en formato DVD de las notas emitidas por Noticias Caracol durante el mes de diciembre de 2008, en las cuales el expresidente Álvaro Uribe se pronunció sobre el tema de las captadoras de dinero (folios 11 y 12 del cuaderno No. 2).
 - Pautas publicitarias emitidas por Caracol Televisión relacionadas con la prevención al público sobre las captadoras de dinero (folios 13 a 25 del cuaderno No. 2).
 - Copia auténtica de las actuaciones administrativas adelantadas por la Superintendencia Financiera de Colombia contra las captadoras de dinero (folios 26 a 36 del cuaderno No. 2).
 - Grabaciones en formato DVD de las notas emitidas por Noticias RCN, en las cuales el expresidente Álvaro Uribe se pronunció sobre el tema de las captadoras de dinero (folios 191 y 192 del cuaderno No. 2).
 - Fotocopias de recortes de prensa aportados por el periódico "El Tiempo" (folios 193 a 198 y 201 a 204 del cuaderno No. 2).
 - Grabaciones en formato DVD de las notas emitidas por el noticiero CM&, en las cuales la Superintendencia Financiera de Colombia advierte al público sobre las consecuencias de entregar dinero a terceros no autorizados legalmente (folios 1 y 2 del cuaderno No. 3).
 - Fotocopias de recortes de prensa aportados por el diario "La República" (folios 3 a 12 del cuaderno No. 3).
 - Fotocopias de las publicaciones realizadas por la Revista Semana sobre las captadoras de dinero (folios 15 a 48 del cuaderno No. 3).
 - Fotocopias de las publicaciones realizadas por el "Espectador.com" sobre las captadoras de dinero (folios 1 a 87 del cuaderno No. 4).
 - Grabaciones en formato DVD de las notas emitidas por Noticias RCN, en las cuales diferentes autoridades se pronuncian sobre el tema de las captadoras de dinero (folios 88 y 89 del cuaderno No. 4).

7.7 Análisis del acervo probatorio

Procede la Sala a efectuar el análisis del material probatorio relacionado anteriormente con el fin de determinar si en el caso *sub- lite* se presenta la responsabilidad del Estado frente a la demandante a título de falla del servicio.

En el expediente obran copias de las informaciones difundidas en diferentes medios de comunicación, en las cuales se observan pronunciamientos de varias entidades frente al tema de las captadoras de dinero.

El Consejo de Estado en la sentencia del 7 de junio de 2012, con ponencia del Doctor Enrique Gil Botero, radicación número: 05001-23-24-000-1996-00437-01(20700), frente al valor probatorio de dichas informaciones, manifestó:

"(...) En cuanto a las informaciones difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, la Sala ha señalado que, en términos probatorios, no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción alguna a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la organización pública, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados (...)"

(Subrayado fuera de texto).

Según los lineamientos del Consejo de Estado, las informaciones difundidas en los diferentes medios de comunicación solo dan cuenta de la noticia, pero con ellos no se puede obtener certeza sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

En fallo más reciente, del 30 de enero de 2013, con ponencia de la Doctora OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, se precisó sobre el valor probatorio de los recortes de prensa y videos:

"(...) En lo que se refiere a los recortes de prensa que se anexaron en original con el texto de la demanda, en reciente pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado" se estableció lo siguiente:

"Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental". Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su

¹¹ Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 29 de mayo de 2012; Rad: 11001-03-15-000-2011-01378-00 (PI).

¹² Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener "(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido". Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia del 27 de junio de 1996, Rad. 0255; sentencia del 15 de junio de 2000, Exp. 13.338; sentencia del 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298; y sentencia del 18 de enero de 2001, Rad. ACU-1753; sentencia del 25 de enero de 2001, Rad. 3122; sentencia de 6 de junio de 2002, Rad. 739-01.
Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01
Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

714

coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez¹⁶.

En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas "...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia", y que si bien "...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen¹⁷.

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos" (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, los recortes de prensa anexados con la demanda, y el documental televisado del que dan cuenta los video-casetes que fueron aportados con la corrección de la demanda, habrán de ser analizados en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, con el fin de verificar la información que en ellos consta".

De conformidad con el anterior precedente las copias de las informaciones difundidas en diferentes medios de comunicación serán analizadas en conjunto con las demás pruebas que obran en el proceso.

Ahora, en los procesos de reparación directa es indispensable verificar la existencia del daño¹⁸ y si el mismo puede o no considerarse antijurídico¹⁹; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se debe "realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado²⁰".

Respecto al concepto de daño antijurídico el Consejo de Estado en sentencia del

¹⁶ En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre 10 de 2000, según radicales 13338, 11413 y 8208, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, sostuvo la tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

¹⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de junio de 2007; Exp. AP-00029.

¹⁸ De acuerdo con Álvaro Bustamante, DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO, Página 100, Librería Jurídica Sánchez, para que el daño sea reparable debe reunir los siguientes requisitos:

- a. Que sea antijurídico.
- b. Propio. Que el daño le pertenezca, o sea que sea titular del bien perdido. El perjuicio moral que sufre una persona no es transferible.
- c. Cierto. Quiere decir verdadero e inquestionable. (Subrayado fuera del texto)

¹⁹ Consejo de Estado fallo del 30 de enero de 2013 con ponencia de la Doctora OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

²⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010; Exp. 17885
Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

26 de mayo de 2011, con ponencia del Doctor Hernán Andrade Rincón y radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097) precisa:

"(...) El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falta en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial) (...)" (Subrayado fuera del texto)

Para acreditar el DAÑO la demandante aportó los siguientes documentos:

- Copia simple del Formulario de Recepción de Aportes Número: DC-0000036799, fecha: miércoles 5 de noviembre de 2008, expedido por uno de los Asesores de "Proyecciones D.R.F.E.", donde figura como beneficiaria Alexandra Restrepo Zuluaga; como suma depositada el valor de \$10.000.000 y como fecha de pago (donde se observa una tachón) el 11 de diciembre de 2008²⁰.
- Copia simple de la noticia criminal presentada por la señora Alexandra Restrepo Zuluaga, el 14 de noviembre de 2008, ante la URI - Conquistadores - Casos Pirámides de la Fiscalía General de la Nación, en contra del indiciado Carlos Alfredo Suarez, representante legal del establecimiento de comercio "Proyecciones D.R.F.E.", en el cual figura como cuantía de la inversión la suma de \$10.000.000²¹.

Con los documentos relacionados no se prueba el DAÑO por lo siguiente:

- El documento "Formulario de Recepción de Aportes" no cumple con las formalidades establecidas por los artículos 620 y siguientes del Código de Comercio²² para que sea catalogado como un título valor, entendido como el

²⁰ Folio 4 del cuaderno No. 1.

²¹ Folio 5 del cuaderno No. 1.

²² Código de Comercio "ARTÍCULO 620. <VALIDEZ IMPLÍCITA DE LOS TÍTULOS VALORES>. Los documentos y los actos a que se refiere este Título sólo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma. La omisión de tales menciones y requisitos no afecte el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto.

ARTÍCULO 621. <REQUISITOS PARA LOS TÍTULOS VALORES>. Además de lo dispuesto para cada título-valor en particular, los títulos-valores deberán llenar los requisitos siguientes:

1) La mención del derecho que en el título se incorpora, y

2) La firma de quien lo crea.

Acción: Reparación Directa

Sentencia de Segunda Instancia

Rad. 2009-00186-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

726

documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en él se incorpora.”

Además, dicho documento fue aportado en copia simple” y, no ofrece certeza sobre la fecha de pago del dinero aportado por la demandante ya que presenta un tachón sobre esa fecha.

- La copia de la noticia criminal formulada por la actora ante la Fiscalía General de la Nación no es suficiente para acreditar el daño. Dicho documento da cuenta de la denuncia penal ante la autoridad competente, pero no proporciona certeza acerca de la ocurrencia del hecho punible, máxime cuando en la misma no se describen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que supuestamente ocurrió.

En este caso entonces, no está probado el daño, lo que eximiría a la Sala de analizar la imputación, sin embargo, si en gracia de discusión se aceptara que tal elemento resulta demostrado (el daño), no es posible declarar responsables a las demandadas puesto que no se probó la falla del servicio.

Frente a la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación y el Municipio de Santiago de Cali, es evidente que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva porque dentro de las funciones que les confiere a esas entidades la Constitución Política y la ley no está la de realizar la inspección, vigilancia y control de las personas naturales o jurídicas dedicadas a la captación de dineros del público.

Se demandó a la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, entidad que de conformidad con la Ley 55 del 28 de diciembre de

La firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto.

Si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho, lo será el del domicilio del creador del título; y si tuviere varios, entre ellos podrá elegir el tenedor, quien tendrá igualmente derecho de elección si el título señala varios lugares de cumplimiento o de ejercicio. Sin embargo, cuando el título sea representativo de mercaderías, también podrá ejercerse la acción derivada del mismo en el lugar en que éstas deban ser entregadas.

Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega.

” Código de Comercio: “ARTÍCULO 819. «DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES». Los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías.”

” Si bien el Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2013 con ponencia del Doctor Enrique Gili Botero, resolvió darle valor probatorio a los documentos en copia simple que obren desde la presentación de la demanda y no fuesen objetados ni tachados de falsos por la parte demandada, lo cierto es que para el caso concreto era necesario que el documento con el cual la demandante pretende acreditar el daño se aportara en original.

Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

1990²⁴, le corresponde asistir al Presidente de la República en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y prestarle el apoyo administrativo y los demás servicios necesarios para dicho fin. Las funciones enunciadas no se relacionan con la inspección, vigilancia y control de la actividad financiera y bursátil.

A la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con el artículo 250 de la C.P.²⁵, le corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación

²⁴ Ley 55 de 1990, "Por la cual se establece el objeto, funciones y principios de organización del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se modifica el régimen de delegación de competencias Presidenciales y se confieren unas facultades extraordinarias al Presidente de la República".

²⁵ "ARTICULO 2o. En desarrollo del objetivo de que trata el artículo anterior, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de acuerdo con el Presidente de la República, organizará, dirigirá y coordinará las actividades necesarias para asistir en el ejercicio de todas sus facultades constitucionales y legales, para lo cual ejercerá en especial, las siguientes funciones:

- a) Organizar, dirigir, coordinar y realizar directamente, si fuere el caso, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer, en relación con el congreso y con la administración de justicia, de conformidad con los artículos 118 y 119 de la Constitución Política, sin perjuicio del apoyo que al efecto corresponde brindar a los Ministerios respectivos;
- b) Organizar, asistir y coordinar, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer, como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa, de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Política y disponer lo necesario según sus instrucciones, para la eficiente y armónica acción del Gobierno, representándolo, cuando así se demande, en la orientación y coordinación de la administración pública, y de sus inmediatos colaboradores en la acción de gobierno, sin perjuicio del apoyo que al efecto corresponde brindar a otros organismos de la administración pública;
- c) Hacer las veces de Secretaría Ejecutiva con los Consejos, Comités o demás organismos de consulta, asesoría, coordinación o apoyo que dependan directamente del despacho presidencial, salvo cuando dicha responsabilidad esté asignada a otra autoridad administrativa;
- d) Divulgar los actos del Gobierno Nacional y coordinar lo referente a una adecuada difusión de la gestión gubernamental;
- e) Apoyar al Presidente de la República en los diagnósticos, estudios, análisis y demás actividades que contribuyan a la formación de criterios, conceptos o formulaciones que éste desee definir, sin perjuicio de las atribuciones que en cada sector de la administración pública correspondan a otros organismos;
- f) Apoyar al Presidente de la República en el estudio de la legalidad y conveniencia de los distintos actos legales, administrativos y reglamentarios de los cuales conozca el primer mandatario;
- g) Prestar el apoyo logístico y administrativo que se demande, para el ejercicio de las facultades y funciones presidenciales".

²⁶ Constitución Política: "ARTICULO 250. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento mediante denuncia, petición especial, querrela o de oficio siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Tampoco es función de la Fiscalla la vigilancia y control de la actividad financiera.

Al Municipio de Santiago de Cali de conformidad con el artículo 311 de la C.P. le corresponde *"prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes."*

Debe también la entidad territorial, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 136 del 2 de junio de 1994, administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley; ordenar el desarrollo de su territorio y construir las

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
 5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiera mérito para acusar.
 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
 7. Vetar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.
 8. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
 9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley. ...".
- 2º Ley 36 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

Artículo 3º.- Funciones. Modificado por el art. 6. Ley 1551 de 2012. Corresponde al municipio:

1. Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la Ley.
2. Ordenar el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal.
3. Promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes.
4. Planificar el desarrollo económico, social y ambiental de su territorio, de conformidad con la Ley y en coordinación con otras entidades.
5. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la Ley.
6. Vetar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del medio ambiente, de conformidad con la Ley.
7. Promover el mejoramiento económico y social de los habitantes del respectivo municipio.
8. Hacer cuanto pueda adelantar por sí mismo, en subsidio de otras entidades territoriales, mientras éstas proveen lo necesario.

9. Las demás que señale la Constitución y la Ley.

Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

719

obras que demande el progreso municipal; solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, directamente y en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales.

A los municipios no se les fue asignada la función de vigilancia y control del sistema financiero.

En síntesis ni al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República ni a la Fiscalía ni al municipio de Cali se les ha facultado para que realicen la vigilancia, inspección y control de las actividades financiera, bursátil y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, razón por la cual frente a ellos se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva.

En virtud del principio de legalidad del artículo 6 de la Carta Política los servidores públicos sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por la Constitución, las leyes y los reglamentos, es decir, que debe existir una norma habilitante para que el servidor público esté legitimado para realizar determinada actuación, de lo contrario estaría incurriendo en extralimitación de funciones²¹.

Ahora, respecto a la Superintendencia Financiera se tiene:

Según lo prescrito por el artículo 335 de la Constitución Política las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado.

Es decir que, dichas actividades sólo pueden ser desarrolladas por las personas jurídicas autorizadas por la autoridad competente, previo el cumplimiento de los requisitos de ley.

La Superintendencia Financiera de Colombia es quien realiza la inspección, vigilancia y control sobre la actividad financiera. En el artículo 8 del Decreto 4327

²¹ Los anteriores planteamientos fueron tomados de la Sentencia del 29 de julio de 2014 proferida por esta Corporación, M.P. Fernando Augusto García Muñoz, Radicación No. 2009-00180-01.
Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01
Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

220

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

"(...) Artículo 8º. Objeto. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejercerá a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

La Superintendencia Financiera de Colombia tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados

Artículo 9º. Funciones Generales. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. La Superintendencia Financiera de Colombia ejercerá las funciones establecidas en el Decreto 2739 de 1991 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, el Decreto 663 de 1993 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, la Ley 964 de 2005 y demás normas que la modifiquen o adicionen, las demás que señalen las normas vigentes y las que lo delegue el Presidente de la República (...).

En el artículo 43 ibidem se estipula:

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

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

Según el numeral 1 del artículo 108 y el literal b) numeral 5 del artículo 328 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con los artículos 8, 9 y el numeral 2º del artículo 43 del Decreto 4327 del 2005, a la Superintendencia Financiera de Colombia le corresponde:

"(...) EJERCICIO ILEGAL DE LAS ACTIVIDADES FINANCIERA Y ASEGURADORA

ARTICULO 108. PRINCIPIOS GENERALES.

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

a. La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$1'000.000.) cada una;

b. La disolución de la persona jurídica, y

Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2000-00166-01

Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

121

c. La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que señala el presente Estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.

PARAGRAFO 1o. La Superintendencia Bancaria entablará, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público.

PARAGRAFO 2o. La Superintendencia Bancaria podrá imponer las sanciones previstas en los artículos 209 y 211 a cualquier persona que obstruya o impida el desarrollo de las actuaciones administrativas que se adelanten para establecer la existencia de un eventual ejercicio ilegal de actividades exclusivas de las entidades vigiladas, así como a aquellas personas que le suministren información falsa o inexacta (...).

"(...) ARTÍCULO 326. FUNCIONES Y FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. <Artículo sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:> Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan (...)."

"(...) 5. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción: (...)"

"(...) b). Imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108, numeral 1o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización (...)."

Según las normas citadas la Superintendencia Financiera de Colombia tenía la obligación legal de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas naturales o jurídicas que realizaran actividades financieras, fursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Sin embargo, la parte demandante no demuestra la falla del servicio por omisión o intervención tardía de las captadoras de dinero ilegales, ya que no obran en el expediente documentos, informes, testimonios, etc., que den cuenta de tal retardo u omisión.

La Superintendencia Financiera de Colombia actuó conforme al ordenamiento jurídico vigente, que hasta ese momento le permitía (antes de la expedición del Decreto No. 4333 de 2008).

Se trataba de una nueva modalidad de captación irregular de dinero, lo que dificultaba enormemente su inspección, vigilancia y control²⁰, máxime que en los documentos de constitución del establecimiento "Proyecciones DRFE" no se indicaba que se trataba de una entidad dedicada a la actividad financiera o bursátil²¹.

Sin embargo, como resultado de la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia Financiera se expidió la Resolución No. 1778 del 11 de noviembre de 2008, a través de la cual se ordenó la suspensión inmediata y definitiva de la actividad de captación masiva y habitual de dineros del público desarrollada por el establecimiento de comercio "Proyecciones D.R.F.E."²².

En este caso, si la demandante perdió alguna suma de dinero (que como se dijo anteriormente no resulta probado) se debió a su propia culpa²³ y al "Hecho de un tercero".

En efecto, el daño alegado (que no aparece acreditado), se presentó por el comportamiento de la propia demandante, quien de manera libre y voluntaria

²⁰ Estas circunstancias fueron tenidas en cuenta por la Corte Constitucional al estudiar la Constitucionalidad Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social", en Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²¹ (...) Por un lado del conjunto de las pruebas relacionadas en el acápite correspondiente de esta decisión se desprende que desde el año 2007 se incrementaron las actividades de los captadores ilegales, los cuales se extendieron rápidamente por todo el país, mediante la apertura de agencias (cuando se trataba de personas jurídicas) y establecimientos de comercio (cuando se trataba de personas naturales) en municipios de casi todos los departamentos. De esta manera un fenómeno ya conocido adquirió proporciones alarmantes. Adicionalmente, tal como explican los distintos entes administrativos, las modalidades sofisticadas de captación de fondos, pensadas especialmente para aprovechar los vacíos legislativos, dificultaron la labor de control de las entidades vigiladas, las cuales finalmente se vieron desbordadas por la actividad ilegal (...). (Subrayado fuera de texto).

²² Documento que reposa en medio magnético, C.D. Folio 36 del cuaderno No. 2.

²³ Documento que reposa en medio magnético, C.D. Folio 36 del cuaderno No. 2.

²⁴ Sobre el tema de la culpa exclusiva de la víctima, el Consejo de Estado en sentencia del 28 de marzo de 2012, con ponencia del Doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO CAMBOA precisó:

"(...) Si bien en pretérita jurisprudencia la Sección Tercera había sostenido que el hecho de la víctima era, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado, lo cierto es que a la luz de la posición actual de esta Corporación, el hecho de la víctima configura un factor eximente o atenuante de responsabilidad al margen de que la entidad demandada acredite la irresistible o imprevisible del comportamiento de la víctima. Para tal efecto, basta con demostrar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño. Al respecto se ha establecido que:

"En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible o irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concusa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

"Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis (...). (Subrayado fuera de texto).

723

decidió "invertir" su dinero en un establecimiento de comercio ilegal que no estaba autorizado por la autoridad competente para captar dinero del público.

Para la fecha en que la actora hizo presuntamente la "inversión", 5 de noviembre de 2008²³, el Gobierno Nacional así como la Superintendencia Financiera de Colombia, ya habían alertado a la ciudadanía en general a través de los diferentes medios masivos de comunicación acerca del riesgo de depositar el dinero en las llamadas "pirámides"; que éstos establecimientos no tenían autorización expedida por la autoridad competente para captar dinero del público y, que su funcionamiento se encontraba al margen de la ley.

No obstante las advertencias hechas por el Gobierno Nacional y por la Superintendencia Financiera de Colombia, la demandante asumió el riesgo y al parecer depositó un dinero en la captadora ilegal. En esas condiciones el supuesto daño es consecuencia de su falta de diligencia y cuidado para realizar ese tipo de negocios.

El Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 5 de agosto de 2013 M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Expediente No. 15693-3331-002-2008-00422-01, frente a un caso similar denegó las pretensiones de la demanda porque estimó que:

"(...) Traídas estas definiciones al evento que ha ocupado este caso, los ciudadanos demandantes varias veces señalan que invirtieron incluso los ahorros de toda una vida de trabajo, lo cual de ordinario reclama un cierto grado de cuidado de ese patrimonio que costó gran esfuerzo conseguir. En esa medida, pudo haberse obtenido mayor información por parte de los mal denominados inversionistas, acerca de la legalidad del negocio que se les ofrecía o de las autorizaciones con el que éste contaba, pues los intereses y ganancias ofrecidas, desbordaban cualquier ganancia lícita incluso para el sistema financiero, que fácilmente podría haber alertado a los ciudadanos a blindarse de conductas, por lo menos dudosas; es decir, que el conocimiento ordinario de la ganancia normal y lícita de un negocio tendría que haber generado mayor precaución al entregar el dinero, traducido a la posibilidad de prever el daño a través de su desarrollo mental y conocimiento de los hechos, como lo señala la Corte Suprema de Justicia(...)".
(Subrayado fuera del texto).

Pero en este caso también se presenta "El hecho de un tercero" como eximente de responsabilidad ya que la conducta del propietario del establecimiento de

²³ Folio 4 del cuaderno No. 1.

²⁴ El Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero de 2009, Exp. Rad. 16927, C.P.; Mauricio Fajardo Gómez, frente al tema del hecho de un tercero manifestó:

"(...) En relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña
Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00166-01
Alexandra Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

724

comercio "Proyecciones D.R.F.E.", contribuyó en la producción del supuesto daño, porque a pesar de no contar con la debida autorización, desarrolló las actividades de captación de dinero del público.

La conducta del propietario del establecimiento de comercio "Proyecciones D.R.F.E." resultó imprevisible e irresistible frente a la Superintendencia Financiera de Colombia en la medida en que era ilegal y en esas condiciones no estaba bajo su inspección y vigilancia. Se trataba de una novedosa forma de captación de dinero del público por parte de establecimientos que al momento de inscribir su actividad comercial omitían la actividad que realmente ejercían (la captación de dinero del público).

Una vez la Superintendencia tuvo conocimiento de las personas naturales y jurídicas que realizaban captaciones de dinero del público sin autorización, procedió a realizar las correspondientes intervenciones.

No puede entonces endilgarse responsabilidad a la entidad demandada, puesto que la parte actora no probó el daño ni la falla del servicio, carga que en virtud del artículo 177 del C.P.C. le correspondía. El Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos así lo ha considerado:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, 'incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen'. Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone la norma legal en cita, toda vez que -se reitera-, no allegó al proceso prueba alguna que permita atribuir tan lamentable hecho al ente público demandado".

es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél, de manera que se produce la ruptura del nexo causal; además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente, no puede porfarse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que sea culposo sino que constituya la causa exclusiva del daño(...)".

De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: "Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro respecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficialmente o por la parte contraria; cfr. núms 43 y 126, punto c), pero que sean considerados como ciertos por el juez y sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones. DEVIS ECHANDÍA, afirma: "De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: 'carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que lo que lo den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables.' Idem pag 406.

²⁴ Ver sentencia del 27 de abril de 2011 del Consejo de Estado con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez ratificación No 50001233100019978381-01, expediente 21.164.
Acción: Reparación Directa
Sentencia de Segunda Instancia
Rad. 2009-00186-01
Alexandru Restrepo Zuluaga Vs. Superintendencia Financiera de Colombia y otros.

72

Argumenta la apelante que la administración vulneró el principio de la confianza legítima en la medida que permitió el funcionamiento de esos establecimientos de comercio que captaban dinero del público sin autorización.

La Corte Constitucional se refiere al principio de la confianza legítima en el fallo de del 28 de abril de 2011 con ponencia del Doctor HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, en el que se plantea:

"La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro período, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que "el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración." Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias, más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello.

En este caso no se advierte el desconocimiento del principio de la confianza legítima. No puede afirmarse que de alguna actuación de las entidades demandadas se pueda inferir que la actividad que realizaba el establecimiento "Proyecciones D.R.F.E." era legal o estuviera amparada por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el ofrecimiento de intereses que hacia el establecimiento cuestionado desbordaba lo que acostumbra las entidades del sector financiero a reconocer. En todo caso las reglas de la experiencia enseñan que se debe emplear diligencia y cuidado en la realización de este tipo de negocios, máxime cuando las condiciones del negocio que se ofrecen (altos intereses) no son las usuales.

En conclusión la parte demandante no probó el daño ni la falla en el servicio, es decir la omisión de la Superintendencia Financiera de Colombia de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Tampoco demostró que dicha entidad haya retardado de manera injustificada la intervención de la captadora ilegal.

Por lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, precisando que respecto a las entidades: la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la

726

República, Fiscalía General de la Nación y Municipio de Santiago de Cali, se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, no procede la condena en costas puesto que no se advierte temeridad ni mala fe de las partes, en los términos del artículo 171 del C.C.A.

En virtud de lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, en su Sala de Decisión,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia No. 210 del 12 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cali, el cual quedará así:

"PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación y del Municipio de Santiago de Cali".

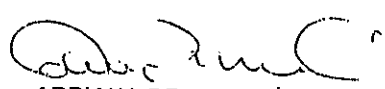
SEGUNDO: CONFÍRMASE, en lo demás la sentencia No. 210 del 12 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cali, conforme lo expuesto.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, enviase el expediente al Juzgado de Origen para lo de su cargo.

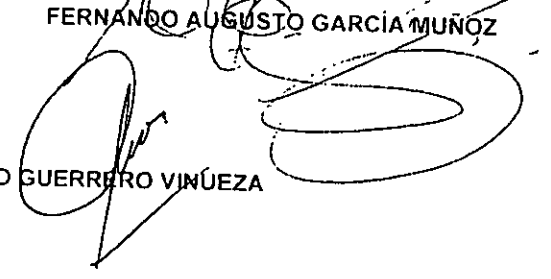
727

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha Acta No. 18.

LOS MAGISTRADOS,


ADRIANA BERNAL VÉLEZ


FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ


ÁLVARO PÍO GUERRERO VINÚEZA

NOTIFICACIÓN:
En la fecha notifica la providencia que
se emite el 23 de febrero de 2014, No. 18
del 23 de febrero de 2014
NOTIFICAR(A) _____
SECRETARÍA(A) _____

REPTUACIÓN DE LA SENTENCIA
DE SEGUNDA INSTANCIA
de la Sentencia
del 23 de febrero de 2014

