



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 25000-23-36-000-2012-00723-02 (52105)
Actor: Gustavo Adolfo Estrada Latorre
Demandado: Superintendencia Financiera de Colombia
Referencia: Medio de Control de Reparación Directa-CPACA

Tema 1: Límites al recurso de apelación.

Subtema 1.1. Principio de Congruencia. **Subtema 1.2.** Causa Petendi.

Tema 2: Carga de la prueba.

Tema 3: Presupuestos de la responsabilidad patrimonial del estado. **Subtema 3.1.** Autonomía del juez de la responsabilidad del estado en la calificación de la imputación y la antijuridicidad. **Subtema 3.2.** Daño cierto por impago de obligaciones contractuales insolutas por liquidación societaria.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Subsección resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 3 de julio de 2014, que negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Los demandantes pretenden que la Superintendencia Financiera sea declarada patrimonialmente responsable del daño que les habría irrogado por la omisión absoluta de inspección vigilancia y control a la sociedad Monex Market Colombia S.A., en la que invirtieron capitales para ser transados en el mercado de divisas *FOREX* con una tasa de retorno definida, pues —aduce— no habría adoptado las medidas necesarias para garantizar la recuperación de sus inversiones.

II. ANTECEDENTES:

2.1. El dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012)^[1], **Emilio Latorre Estrada, Gabriel Enrique Calderón Bonnet, María Eugenia Estrada, Ana María Estrada Henao, Andrés Villamizar Valencia, Ángela Sofía Estrada Latorre, Carlos Eduardo Arbeláez Mejía, Claudia Marcela González Prieto, Gabriel Andrés**

¹ Folios 1 a 16 del cuaderno 1.



Calderón Nutt, Gustavo Adolfo Estrada Latorre, José Gustavo Correa Calle, Javier Guzmán Mejía, Jorge Alejandro Casallas Lozano, José David Arévalo Vargas, José Luis Antolínez Melo, Luz Helena Henao Estrada, Paola Riviere López y Omar Raúl Estrada Latorre presentaron demanda en ejercicio del medio de control de **reparación directa** contra la **Superintendencia Financiera** con las pretensiones de que: **(i)** se **declare** administrativamente responsable por la falla en el servicio que condujo a la pérdida de los dineros entregados a la empresa Monex Market Colombia S.A., Cleóbulo Rentería y Carolina Díaz Farieta; y **(ii)** se **condene** al pago de *perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros* estimados en \$886'168.064,33, US\$2'182.053,15 y \$81'000.000.

2.1.1. Como asidero fáctico de sus pretensiones, manifestaron en síntesis que:

2.1.1.1. Invirtieron \$886'168.064,33 y US\$2'182.053 en la empresa denominada Monex Market Colombia S.A. cuyo accionista principal era Cleóbulo Rentería González, quien durante 5 años y 2 meses *“actuó a espaldas de la ley captando dinero, prometiendo intereses por encima de las entidades financieras y realizando actividades propias y exclusivas de las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia, sin que ésta hubiera hecho absolutamente nada para evitar que los ahora convocantes [sic] perdieran el dinero fruto de sus ahorros y sus años de trabajo”* (subrayado añadido).

2.1.1.2. Por las estas actividades, los demandantes presentaron denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, la cual abrió investigación en la que participó una *comisión* de la Superintendencia Financiera, que rindió informe de 6 de junio de 2012, en el que concluyó que Cleóbulo Rentería González efectivamente realizado captación masiva y habitual de dineros del público.

2.1.1.3. La Superintendencia Financiera incurrió en falla del servicio, debido a que: **(i)** no impuso medidas cautelares conforme al parágrafo 1º del artículo 108 del Decreto 663 de 1993², para asegurar los derechos de los demandantes que habían invertido de buena fe; **(ii)** no se *pronunció* sobre la captación masiva realizada, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988³; **(iii)** omitió

² “Artículo 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 || 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. || **Parágrafo 1.- 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**” (negrilla de la demanda)

³ “Artículo 1º El artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, quedará así: || ‘Artículo 1º Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos: || 1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona. || Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios. || 2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de



ordenarle un plan de desmonte a Monex Market Colombia S.A. y *crear un procedimiento adecuado* para la devolución de las sumas invertidas en Monex Market Colombia S.A., con lo que no *dio aplicación* a los artículos 2º del Decreto 1981 de 1988⁴ y 2º del Decreto 4334 de 2008⁵; **(iv)** ni tampoco *tomó posesión* de Monex Market Colombia S.A. para salvaguardar los intereses de quienes habían intervenido en dicha empresa, conforme al artículo 7º lit. a) del Decreto 4334 de 2008⁶.

2.2. La **demanda fue admitida** por esta Subsección en decisión de segunda instancia⁷, al considerar que existía pleno conocimiento del daño cuando la empresa intervenida fuera liquidada, sin que en el proceso existiera prueba del proceso iniciado por la Superintendencia Financiera el 14 de noviembre de 2008. El Tribunal dio cumplimiento de esta decisión⁸, que fue **notificada** a la demandada⁹.

2.3. La demandada presentó **contestación**¹⁰ en virtud del poder conferido por el Director Jurídico de la Superintendencia Financiera¹¹, en la que propuso excepciones de *falta de legitimación en por pasiva, inexistencia de daño cierto, culpa exclusiva de la víctima* y de *responsabilidad de un tercero*. Como defensa, esta entidad adujo que:

2.3.1. Según el numeral 3º del artículo 4.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, la promoción de inversiones en el *mercado FOREX* de divisas debía realizarse a través de una oficina de representación o corresponsalía, salvo cuando la iniciativa proviniera del inversor, quien entablaba una relación directa con la firma extranjera y asumía los riesgos de la inversión.

mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio. || Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta. || Parágrafo 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones: || a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o || b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares”.

⁴ “Artículo 2. Las personas cuyas actividades quedaren comprendidas dentro de las nuevas modalidades de captación masiva y habitual de dineros del público previstas en el presente Decreto, tendrán un plazo de un (1) mes, contado a partir de la fecha de vigencia del mismo, para acreditar tal hecho ante la Superintendencia Bancaria y presentar para su aprobación un programa gradual de desmonte de las respectivas operaciones. En un plazo máximo de un (1) año y con plena sujeción a los controles establecidos por esta Superintendencia, las personas señaladas en este artículo deberán liquidar las operaciones correspondientes o sustituir esas fuentes de financiamiento”.

⁵ “Artículo 2º. Objeto. La intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que: || a) A través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular; b) Realicen operaciones de venta de derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza sin el cumplimiento de los requisitos legales. || Como consecuencia de alguna de las anteriores circunstancias, se dispone la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades”.

⁶ “Artículo 7º. Medidas de intervención. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas: || a) La toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas; [...]”

⁷ Auto del 13 de junio de 2013, folios 60 a 67 del cuaderno 1.

⁸ Auto del 12 de agosto de 2013, folios 75 y 76 del cuaderno 1.

⁹ Folios 77 y 78 del cuaderno 1.

¹⁰ Folio 89 del cuaderno 1.

¹¹ Folio 81 del cuaderno 1.



2.3.2. En inspección a Monex Market Colombia S.A., funcionarios de Superintendencia Financiera encontraron que aquella promocionaba productos *FOREX* reservados a entidades sometidas a su vigilancia en Colombia. En razón a ello, ordenó su disolución y liquidación mediante resolución núm. 1806 del 14 de noviembre de 2008 (en adelante, “Resolución 1806 de 2008”).

2.3.3. Cuando tal acto fue expedido, no había evidencia de una captación masiva no autorizada, porque la documentación hallada mostraba que los inversionistas entregaban su dinero directamente a la sociedad estadounidense *Monex Market International Corporation* a través de una cuenta extranjera, siendo estas inversiones promocionadas por la firma colombiana Monex Market Colombia S.A., sin que se hubiera acreditado ni pudiera presumirse que la cuenta pertenecía a los responsables de la sociedad colombiana ni que ésta recibiera dinero de los clientes. En consecuencia, la empresa nacional no podía ser sometida a medida cautelar.

2.3.4. Por medio de *comunicación núm. 200900768-000 del 7 de enero de 2009*, el liquidador de Monex Market Colombia S.A. remitió a la Superintendencia Financiera un inventario de bienes y haberse de la sociedad.

2.3.5. Los hechos enunciados en la demanda son simples afirmaciones subjetivas o no son ciertos, no se presentó prueba de que Monex Market Colombia S.A. hubiera captado dinero de los demandantes y en el libelo introductorio no se enuncia siquiera la forma, el título, la fecha o el tipo de negociación que hubieran dado lugar a la entrega de las sumas mencionadas.

2.3.6. Para la época de los hechos, el Decreto 4334 de 2008 no había sido expedido. En consecuencia, no podría producirse una falla del servicio porque no hubiera sido aplicado. Además, las facultades de ordenar un plan de desmonte y crear un procedimiento adecuado para la devolución de las sumas invertidas en Monex Marketo Colombia S.A. —referidas por la parte actora— son propias de la Superintendencia de Sociedades.

2.3.7. El daño habría sido causado por Monex Market Colombia S.A., sin que fuera atribuible a la Superintendencia Financiera, porque esta no autorizó el funcionamiento de aquella, y habría actuado diligentemente al ordenar su disolución y liquidación por medio de la Resolución 1806 de 2008.

2.3.8. El proceso penal por captación masiva y habitual de dineros del público contra Clébulo Rentería González fue iniciado por la Fiscalía General de la Nación años después de que la Superintendencia Financiera ordenara la disolución y liquidación de Monex Market Colombia S.A.

2.3.9. Por solicitud de la Fiscalía 28 Seccional del 23 de febrero de 2001, un funcionario de la Superintendencia Financiera, que no obró en su



representación, sino como perito, rindió concepto en la investigación adelantada. Sin embargo, su concepto se basó en elementos de convicción que no constituían pruebas, según el principio de inmediación que rige el proceso regulado en la Ley 906 de 2004. De cualquier forma, en este informe se mencionó que no era posible establecer si el señor Rentería Gonzalez realizara captación masiva y habitual de dinero en los términos del artículo 1º del Decreto 191 de 1988, siendo necesario para su determinación que se solicitara información a las autoridades estadounidenses, sobre lo cual se pronunció el perito el 6 de junio de 2012.

2.4. El magistrado sustanciador **adelantó audiencia inicial**¹² en la que el despacho sustanciador advirtió que no existían vicios procesales, decidió sobre las excepciones previas de caducidad y de falta de legitimación en la causa, fijó los hechos del litigio y decretó pruebas.

2.5. En la **audiencia de pruebas** fue practicado el interrogatorio de parte a quienes asistieron a la audiencia y conforme a lo dispuesto por el inciso final del artículo 181 del CPACA¹³, el órgano judicial de primer grado resolvió **prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento**, y concedió a las partes un término de diez (10) días para presentar alegatos de conclusión¹⁴. Los apoderados de ambas partes presentaron los **escritos conclusivos** respectivos¹⁵.

2.6. El Tribunal dictó **sentencia de primera instancia**¹⁶, en la que negó las súplicas de la demanda¹⁷. El *a quo* consideró que el daño se había acreditado con el peritaje de un funcionario de la Superintendencia Financiera practicado en el proceso penal adelantado contra el accionista de Monex Market Colombia S.A., Clébulo Rentería, cuya contradicción se había surtido en la audiencia de pruebas de este proceso.

Sin embargo, el Tribunal juzgó que no se demostró la antijuridicidad del daño ni la falla del servicio alegada, ya que: **(i)** la Superintendencia Financiera había practicado inspección a las oficinas de Monex Market Colombia S.A., sin que los demandantes hubieran denunciado la captación realizada, y ordenó la liquidación y disolución de tal sociedad; **(ii)** con la documentación recabada en dicha diligencia, no se podía establecer que Monex Market Colombia S.A. estuviera captando dinero, porque el dinero era consignado en la cuenta de una sociedad extranjera; y **(iii)** en el proceso penal adelantado no se había proferido sentencia, que permitiera establecer que Monex Market Colombia S.A. y sus representantes hubieran

¹² Folios 107 a 109, cuaderno 1 y CD 1.

¹³ Artículo 179. Etapas. “Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión”.

¹⁴ Folio 113 del cuaderno 1.

¹⁵ Folio 115 y 131 del cuaderno 1.

¹⁶ Folios 136 a 144 del cuaderno principal.

¹⁷ “PRIMERO: **Se niegan** las pretensiones de la demanda conforme a la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: **Se fija por agencias en derecho** a favor de la entidad demandada – Superintendencia Financiera de Colombia, la suma de Veinte Millones de Pesos (\$20'000.000). TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, liquidense por secretaría de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a [sic] lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo No 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.



incurrido en el delito de captación ilegal de dinero, “razón por la que no se puede bajo este medio de control imputar la responsabilidad por omisión a la Superintendencia”.

2.7. La parte actora interpuso **recurso de apelación** contra la decisión de primera instancia¹⁸, como fundamento del cual adujo que:

2.7.1. La falla de servicio de la entidad de la entidad demandada consistió en no haber advertido oficiosamente la captación masiva e ilegal de dinero en la inspección realizada a Monex Market Colombia S.A. y haber adoptado medidas cautelares en la *Resolución 1806 de 2010*, para proteger a los inversionistas, por lo que los bienes de la sociedad intervenida fueron transferidos a empresas que Cleobulo Rentería González había constituido fuera del país.

2.7.2. Aparte, la Superintendencia Financiera erró al calificar a *Monex Market Corporation* como entidad financiera extranjera, ya que no estaba sometida a la vigilancia de las autoridades estadounidenses competentes. En consecuencia, al adoptar la *Resolución 1806 de 2010*, omitió ordenar un plan de desmonte, conforme al artículo 2º del Decreto 1981 de 1988; no creó un procedimiento adecuado para para garantizar la devolución de las sumas invertidas, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 4334 de 2008; ni tomó posición de la empresa, según el artículo 7º lit. a) del Decreto 4334 de 2008.

En otras palabras, “[el] reproche que se le hace a la Superintendencia no es el haber evitado que los inversionistas hayan celebrado esos negocios, porque cada persona en su libre albedrío decide que negocios realiza y cuáles no, el reproche radica en que una vez detectó que la sociedad Monex Market Colombia S.A. era una entidad ilegal que realizaba actividades restringidas a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, no hizo nada para proteger a los inversionistas de buena fe, acorde a las normas que fueron puestas de presente anteriormente”.

2.7.3. La compañía Monex Market Colombia S.A. incurrió en el delito de captación masiva de dinero, hecho que se encuentra acreditado, pues el señor Rentería González, se allanó a los cargos en el proceso penal adelantado en su contra y fue condenado mediante sentencia penal de 20 de enero de 2014 por el mencionado delito.

2.7.4. De conformidad con lo anterior, el daño irrogado a los demandantes tiene carácter antijurídico y es imputable a la demandada.

¹⁸ Folio 146 del cuaderno principal.



2.8. La alzada fue concedida por el *a quo*¹⁹, esta Corporación la admitió²⁰ y **corrió traslado**²¹ a las partes, así como al Ministerio Público para que aquellas alegaran y este conceptuara en segunda instancia. Las partes presentaron sus respectivos **alegatos de conclusión**²². El Ministerio Público guardó silencio.

2.8.1. La **Superintendencia Financiera** alegó que: **(i)** la omisión atribuida por el apelante era un *elemento nuevo* con el que variaba el litigio fijado en primera instancia, sin que la actora hubiera formulado entonces objeción alguna, siendo además improcedente su discusión por vía de reparación directa; **(ii)** la libelista entraba en contradicción al argüir que no se había acreditado que *Monex Market Corporation* fuera una firma extranjera, ya que así lo había afirmado en el escrito introductorio; **(iii)** el concepto con el que se encontró acreditado el daño y es esgrimido como único fundamento de su antijuridicidad fue rendido por un funcionario de la Superintendencia Financiera que no obró en representación suya, bajo reserva y sin el conocimiento de dicha entidad; **(iv)** este concepto se basó en documentos recabados durante más de tres (3) años y no constituye prueba en el proceso penal, conforme a los artículos 412, 417 y 418 de la Ley 906 de 2004; **(v)** debe ser excluido de este proceso, debido a que no fue aportado en copia auténtica y no fue rendido a petición de la Superintendencia Financiera, ni con audiencia de esta, porque el funcionario que lo elaboró no la representaba y la entidad no fue parte de la investigación penal; **(vi)** el Decreto 4334 de 2008 no estaba vigente cuando fue expedida la Resolución 1806 de 2008, siendo así la orden de liquidación y disolución la medida procedente; y **(vii)** reiteró que no se había acreditado el daño ni que sus actuaciones no hubieran sido diligentes.

2.8.2. La **parte actora**, a su vez, repitió en sus alegaciones los cargos planteados como sustento del recurso de apelación.

III. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

3.1. **La Sala es competente** en alzada, en consideración a que la cuantía del proceso²³ supera el monto mínimo exigido por el artículo 152.6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)²⁴, para que el asunto sea de conocimiento de los Tribunales Administrativos en primera instancia y de esta Corporación en segunda instancia²⁵.

¹⁹ Auto del 21 de julio de 2013, folio 154 del cuaderno principal.

²⁰ Auto del 5 de noviembre de 2014, folio 160 del cuaderno principal.

²¹ Auto del 3 de diciembre de 2014, folio 160 del cuaderno principal.

²² Folios 161 a 179 del cuaderno principal.

²³ En el año 2012, 500 SMLMV equivalían a \$283.350.000 y la pretensión mayor de la demanda asciende a \$886.168.064.

²⁴ Artículo 152. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. “Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

²⁵ Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia: “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]”.



3.2. Conforme al artículo 164.2 literal i) del CPACA, el conteo del término de **caducidad** de dos (2) años del medio de control de reparación directa inicia “*a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia*”.

En el presente proceso, esta Subsección decidió revocar el auto del 14 de marzo de 2013 con el que el a quo había rechazado la demanda²⁶ y, en su lugar, resolvió admitirla al considerar, fundamentalmente que:

“En el sub iudice, revisada la demanda y su posterior subsanación, se observa que la parte actora pretende la reparación del perjuicio causado con ocasión de la omisión en la que incurrió la entidad demandada de proferir medidas cautelares o de implementar un plan [de] desmonte con el fin de garantizar las inversiones realizadas por terceros.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que si bien la Superintendencia mediante resolución 1806 del catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008), dispuso la disolución y liquidación de Monex Market Colombia S.A., al verificarse el ejercicio sin autorización de una actividad que se encuentra reservada a entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en particular a las sociedades comisionistas de bolsa, corporaciones financieras (habilitadas para suscribir contratos de corresponsalía) y las oficinas de representación de entidades del exterior, el conteo del término del término de caducidad se produce desde la finalización del proceso de liquidación.

*En efecto, considera la Sala que es en el momento de terminación de la liquidación en que existe pleno conocimiento de las posibles afectaciones a terceros; al respecto esta Corporación ha precisado que es en el momento de ‘la liquidación propiamente dicha, en el que [sic] (...) se realizan los activos de la compañía y se paga el pasivo externo e interno a su cargo*²⁷.

*No obstante lo anterior, revisado el expediente observa la Sala que no existe prueba de terminación de dicho proceso iniciado mediante la resolución 1806 del catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008), por lo tanto por el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, la Sala procederá a revocar el auto del catorce (14) de marzo de do mil trece (2013), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A” (subrayado fuera del texto original)*²⁸.

No se observa, en esta oportunidad, que a lo largo del proceso se haya demostrado lo contrario, esto es, que Monex Market Colombia S.A. hubiera sido liquidada, teniéndose así pleno conocimiento del daño. Con las pruebas documentales practicadas en este proceso se acreditó que: **(i)** la Superintendencia Financiera ordenó, como medida cautelar, la disolución y posterior liquidación de Monex Market Colombia S.A., a través de la Resolución 1806 del 14 de noviembre de 2008²⁹; **(ii)** en cumplimiento de ello, la asamblea de accionistas de Monex Market Colombia S.A. resolvió, en reunión del 30 de octubre de 2008, autorizar la disolución y liquidación de

²⁶ Folios 48 a 50 del cuaderno 1.

²⁷ «*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 25 de febrero de 2000. Radicación 5475. Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.*».

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, auto del 13 de junio de 2013, exp. 47053, folios 60 a 66 del cuaderno 1.

²⁹ Copia auténtica a folios 25 a 31 del cuaderno 1.



la sociedad, y nombró al liquidador³⁰, lo que fue protocolizado mediante escritura pública del 3 de diciembre de 2008³¹, inscrita en el registro mercantil³², y fue puesto en conocimiento de la Superintendencia Financiera³³; y que (iii) conforme al último certificado de existencia y representación de Monex Market Colombia S.A. allegado al expediente, “*MONEX MARKET COLOMBIA S.A. PODRÁ GIRAR BAJO LA RAZÓN SOCIAL DE MONEX MARKET S.A. EN LIQUIDACIÓN*”³⁴. Al no existir así prueba de que la caducidad hubiera acaecido, esta Subsección reitera la mantiene adoptada en este proceso mediante auto del 13 de junio de 2013³⁵.

3.3. Respecto de la **legitimación en la causa**, al proponer la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, la demandada adujo que no se había acreditado este presupuesto procesal, porque “*no existe prueba alguna que demuestre la vocación para reclamar la titularidad del derecho, concretado en la indemnización de perjuicios que dicen los actores les fueron irrogados por presunta omisión de mi representada, circunstancia que de plano implica la negación de la totalidad de las pretensiones impetradas en el escrito*”³⁶. Como puede apreciarse, con ello alude la demandada a la legitimación de hecho, sino a la material, asunto que ha de ser resuelto con ocasión del estudio del fondo de la litis.

3.3.1. Como medio para acreditar el interés jurídico del que es titular, así como del daño, la demandante aportó únicamente copia simple³⁷ de un *concepto* suscrito por un servidor público de una “*COMISIÓN SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA*”, sobre la actividad económica desarrollada por el ciudadano Cleobulo Rentería González y sus asociados de la empresa Monex Market Colombia S.A., en respuesta a una “*solicitud formulada ante la Superintendencia Financiera*” mediante oficio OE-DA CTI del 14 de febrero de 2011 en la *indagación* núm. 1100160000492009-09168 adelantada por la Fiscalía 128 Seccional de Delitos contra el Orden Económico y Social contra el señor Rentería y sus asociados.

Este es pues, así, uno de los *medios cognositivos* que, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia auto del 15 de octubre de 2018³⁸, son propios de las etapas de indagación e investigación diferentes a las *pruebas* que, en el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, sólo son aquellas que se practiquen en el juicio oral o de forma anticipada. Mientras los *medios cognositivos* son sustento válido de decisiones adoptadas en las fases previas al juicio, como aquella en la que se decide sobre la solicitud de medida de aseguramiento³⁹, no lo son, como las *pruebas*, de la sentencia en la que se determina la responsabilidad penal del acusado (artículos 16 y 372, Ley 906 de 2004).

³⁰ Copia del acta a folios 8 a 10 del cuaderno 2.

³¹ Copia auténtica a folios 3 a 7 del cuaderno 2.

³² Copia auténtica de certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 24 de noviembre de 2008 a folios 12 a 14 del cuaderno 2.

³³ Copia simple del escrito con el que fue enviado a folio 51 del cuaderno 3.

³⁴ Certificado R030190258 del 6 de enero de 2011 a folios 5 y 6 del cuaderno 3.

³⁵ Folios 60 a 66 del cuaderno 1.

³⁶ Folio 98 del cuaderno 1.

³⁷ Folios 25 a 41 del cuaderno 2.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto del 15 de octubre de 2018, rev. núm. 29.629.

³⁹ Ibidem.



Pues bien, la Sala ha considerado que “la prueba documental trasladada, cuando no ha sido practicada a petición de la parte contra la cual se aduce lo ha sido sin su audiencia en el proceso primitivo, podrá ser valorada siempre que en el contencioso administrativo haya existido la oportunidad procesal para la contraparte de controvertirla, de acuerdo con lo dispuesto para la tacha de falsedad en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, esto es, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto que ordena tenerla como prueba, o al día siguiente a aquél en que haya sido aportada en audiencia o diligencia”⁴⁰.

De conformidad con la afirmado en el documento referido, este fue elaborado por un funcionario de la Superintendencia Financiera por solicitud que la Fiscalía General de la Nación realizó a dicha entidad, no a un funcionario de forma independiente. No hay pues razones para sostener que el concepto hubiera sido desconocido por la demandada ni que no tuviera la posibilidad de tacharlo como falso en este proceso, en el que se surtió su contradicción. En consecuencia, el documento será objeto de valoración.

Ahora bien, en el referido concepto fueron relacionadas las siguientes inversiones de los aquí demandantes realizaron en la sociedad *Monex Market International Corporation*, a través de Cleobulo Rentería González, como su representante:

	Denunciante	Monto US\$	Monto pesos	Fecha	Motivación	Soporte
1	Gustavo Adolfo Estrada Latorre	148.765	0	24/09/2004	Entrego dinero en efectivo y en cheque le prometieron comprar y vender divisas pagándole un rendimiento de más del 3% mensual.	Adjunta pagaré renta fija # 020 firmado por Cleobulo Rentería González el 28-06-2006.
2	Ángela Sofía Estrada Latorre	62.541	0	11/09/2005	La denunciante informa que constituyó el contrato de cuenta variable MCI 0131.	SIN
3	Ana María Estrada Henao	0	137'168.084	23/06/2005	Entregó dineros para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas.	SIN
4	Luz Helena Henao	2.000	62'978.870	15/06/2005; 07/10/2006; 12/12/2005; 19/12/2005; 10/01/2006; 26/05/2008.	Entregó dineros en efectivo y en cheque para ser transados en el mercado de compra y venta de	Anexa comprobante de ingreso por \$3'000.000 y \$2'000.000 firmado por Mónica Guerrero funcionaria de

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de noviembre de 2018, exp. 41847.



					divisas denominado FOREX.	Monex Market Int. Corp. el 30/04/2007 y el 30/11/2008 respectivamente; así como comprobante de ingreso por \$21.800 y 2'674.050 firmados por Cleóbulo Rentería González el 23/02/2009 y 15-06-2005, respectivamente.
5	Andrés Villamizar Valencia	0	69'000.000	23/11/2007	Entregó dineros esperando una buena rentabilidad a través del mercado de compra y venta de divisas denominado FOREX	Anexa fotocopia de certificado de inversión MIC 0417 a nombre de Andrés Villamizar Valencia firmado el 27/11/2007
6	Emilio Latorre Estrada	149.765	0	01/06/2009	Entregó dineros al señor Cleobulo Rentería González para ser transados exclusivamente en el mercado de compra y venta de divisas denominado FOREX.	Anexa fotocopia de contrato de inversión renta fija 0162 suscrito entre Monex Market International Corporation y Emilio Latorre Estrada el 01-06-2009.
7	Javier Guzmán Mejía	279.216	0	31/10/2007	Realizó la inversión esperando una rentabilidad pactada del 3,5% mensual.	Anexa certificación expedida por Monex Market el 05/06/210 [sic], firmada por Cleobulo Rentería G.
8	María Eugenia Estrada de Guzmán	30.268	0	8/08/2006	Entregó los dineros para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas denominado FOREX.	Anexa certificación firmada por Cleobulo Rentería, presidente de Monex Market International Corporation.
9	José David Arévalo Vargas	137.900	0	3/08/2006	Entregó los dineros para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas denominado FOREX.	Adjunta fotocopia del contrato de inversión renta fija suscrito entre Monex Market International Corporation y José David Arévalo Vargas el 03/06/2006.



10	Paola Riviere López	95.125	0	2/10/2007	Entregó dineros al señor Cleobulo Rentería González para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas bien conocido como FOREX.	Anexa fotocopia de comprobante de ingreso de Monex Market International Corporation y Paola Riviere López por US\$65.000 firmado el 02/10/07.
11	Gabriel Andrés Calderón Nutt	69.500	0	Enero del 2007	Entregó dineros al señor Cleobulo Rentería González para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas bien conocido como FOREX.	Si bien no se encontró soporte, el denunciante informa que constituyó una cuenta MIC 0770.
12	Claudia Marcela González Prieto	113.000	0	05 y 07 de julio de 2007	Entregó dineros para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas conocido como FOREX.	Adjunta comprobante de ingreso por US\$25.000 del 27-06-2007, comprobante de ingreso por US\$55.000 del 21/05/2007.
13	Jorge Alejandro Casallas Lozano	108.000	0	12/07/07 y 24/08/07	Entregó dineros al señor Cleobulo Rentería González para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas bien conocido como FOREX.	Adjunta fotocopia del contrato de inversión a renta fija suscrito entre Cleobulo Rentería González, representante de Monex Market International y Jorge Alejandro Casallas González.
14	Carlos Eduardo Arbeláez Mejía	480.000	0	15/11/2007	Entregó dineros al señor Cleobulo Rentería González para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas bien conocido como FOREX.	Anexa fotocopia del certificado de inversión MIC 0396 firmado por Cleobulo Rentería González presidente de Monex Market International Corporation el 15-11-2007.
15	José Luis Antolínez Melo	85.000	0	17/04/2009	Entregó dineros al señor Cleobulo Rentería González para ser transados en el mercado	Comprobantes de consignación por: \$40.000.000 a la cta. Cte. [...] de Davivienda a nombre de Cleobulo Rentería



					de compra y venta de divisas bien conocido como FOREX	el 15-04-2009, \$40.000.000 a la cuenta [...] el 12-04-2009; 65.000.000 a la cuenta [...] el 15-04-2009.
16	Gabriel Enrique Calderón Bonnet	0	50'000.000	1/04/2006	Entregó dineros al señor Cleobulo Rentería González para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas bien conocido como FOREX.	Anexa fotocopia de pagaré renta fija 113 por US\$155.372 firmado por Cleobulo Rentería González.
17	José Gustavo Correa Calle	281.000	0	3/12/2007	Le prometieron comprar y vender divisas pagándole un rendimiento de más del 3% mensual.	SIN
18	Jorge Alejandro Casallas Lozano	108.000	0	12/07/07 y 24/08/07	Entregó dineros al señor Cleobulo Rentería González para ser transados en el mercado de compra y venta de divisas bien conocido como FOREX.	Adjunta fotocopia del contrato de inversión renta fija núm. 097 suscrito entre Cleobulo Rentería González, representante legal de Monex Market International, y José Alejandro Casallas González.

Se observa pues, así, que al concepto requerido a la entidad demandada con destino a una indagación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación contra Cleobulo Rentería González —accionista mayoritario de Monex Market Colombia S.A.⁴¹— y sus asociados, se adjuntó documentación que da cuenta de la entrega de dinero o suscripción de contratos con la que se acredita la condición de inversionistas de buena fe —por demás, presumida⁴²— que aducen como sustento de sus pretensiones **Emilio Latorre Estrada, Gabriel Enrique Calderón Bonnet, María Eugenia Estrada, Andrés Villamizar Valencia, Carlos Eduardo Arbeláez Mejía, Claudia Marcela González Prieto, Gustavo Adolfo Estrada Latorre, Javier Guzmán Mejía, Jorge Alejandro Casallas Lozano, José David Arévalo Vargas, José Luis Antolinez Melo, Luz Helena Henao Estrada, Paola Riviere López y Omar Raúl Estrada Latorre**. Al existir así prueba del interés jurídico que se discute en el proceso, ellos **se encuentran legitimados en la causa por activa**.

⁴¹ Conforme al certificado de existencia y representación obrante a folios 5 y 6 del cuaderno 2.

⁴² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. “Artículo 83. 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”.



No puede predicarse lo mismo sobre **Ana María Estrada Henao, Ángela Sofía Estrada Latorre, Gabriel Andrés Calderón Nutt y José Gustavo Correa Calle**, cuya condición de inversionistas se basó únicamente en su propio dicho. En consecuencia, se declarará, respecto de estos, su **falta de legitimación en la causa por activa**.

3.3.3. Por la parte pasiva, la Superintendencia Financiera es el ente⁴³ legitimado en el presente proceso, por ser el que habría incurrido en una omisión como competente de la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, según el artículo 8º del Decreto 4327 de 2005, con vigencia temporal para los hechos de este asunto.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

4.1. Esta Subsección⁴⁴ —en línea con la jurisprudencia de la Sala Plena⁴⁵— ha considerado reiteradamente que, por virtud del principio de congruencia⁴⁶, la competencia material del juzgador está definida por la *causa petendi*, es decir, por los hechos de la demanda que configuran la causa jurídica en que se fundamenta el derecho objeto de las pretensiones. No está pues facultado el juzgador de segundo grado para pronunciarse sobre hechos distintos a los que configuraron la *causa petendi*, ni siquiera fundándose en el *principio iura novit curia*, en cuanto conllevaría la vulneración del derecho de defensa y de contradicción de la contraparte⁴⁷.

⁴³ DECRETO 4327 DE 2005. “Artículo 2º. La Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio”.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 24 de julio de 2013, exp. 28866; del 26 de noviembre de 2015, exp. 34721; del 5 de julio de 2018, exp. 41681, entre otras. En igual sentido: Subsección A, sentencia del 14 de junio de 2018, exp. 37646.

⁴⁵ “Los hechos son la *causa petendi* de la demanda, en cuanto configuran la causa jurídica en que se fundamenta el derecho objeto de las pretensiones y por eso, desde el punto de vista procesal, su afirmación constituye un acto jurídico que tiene la trascendencia y alcance de definir los términos de la controversia y por lo tanto el alcance de la sentencia, y deben ser objeto del debate durante el proceso, para que si al final se encuentran debidamente probados puedan prosperar las peticiones de la demanda, ya que respecto de ellos debe pronunciarse el juzgador, en perfecta congruencia”. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995, exp. S-123.

⁴⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 305. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. [...]”. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. “Artículo 281. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. [...]”

⁴⁷ “[L]a Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio *iura novit curia*, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuesto en el libelo, los cuales constituyen su *causa petendi* y son precisados por el actor, y no otros. Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les puede dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto por nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar “Los hechos en que se funda la controversia”. [...] Si se aceptare que el juez puede al final del proceso, en la sentencia cambiar los hechos alegados en la demanda se estaría desconociendo el derecho de defensa y contradicción del proceso que tiene la parte demandada, la cual contestará la demanda enfrente de los hechos alegados por el demandante y enfocará su actividad probatoria para desvirtuar esos hechos que se conocen desde un comienzo. Pero si al final del proceso se cambia ya no podría cuestionarlos”. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995, exp. S-123.

En esta instancia, la superintendencia demandada⁴⁸ alegó que, en la apelación, la actora introdujo hechos con los que se configuraba una omisión diferente a aquella en la que se fundamentaba la *causa petendi*, definida en la audiencia inicial. Los cargos de la alzada delimitan la competencia del juzgador de segundo grado⁴⁹⁻⁵⁰ y, consecuentemente, inciden en la definición del problema jurídico, siendo así procedente el pronunciamiento de la Sala al respecto.

4.2. Pues bien, en la audiencia inicial, a partir de lo argumentado por las partes, el *a quo* determinó que la presente controversia “*radicaba en establecer*”, principalmente “*si las imputaciones fácticas realizadas a la Superintendencia Financiera, consistentes en la presunta omisión de su deber de inspección y vigilancia sobre la sociedad Monex Market, se encuentra configurado*”; omisión que, como lo precisó anteriormente al definir los hechos que serían objeto de prueba, consistía en “*la presunta ausencia de control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera, sobre la sociedad Monex Market Colombia S.A., lo que haría conllevar a [sic] la pérdida de las inversiones de los demandantes*”.

De acuerdo con los hechos de la demanda, la omisión de vigilancia y control de la Superintendencia Financiera sobre la sociedad Monex Market Colombia S.A., en la que los demandantes habían realizado inversiones fallidas, había sido absoluta, como lo afirmó expresamente⁵¹. No se hizo referencia alguna en el escrito introductorio a la orden de disolución y posterior liquidación de tal sociedad, como medida cautelar procedente según el artículo 108.1 del Decreto 663 de 1993⁵², que la

⁴⁸ Aptado. 2.8.1).

⁴⁹ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. “Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. [...]”. Código de Procedimiento Civil. “Artículo 357. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. [...]”.

⁵⁰ “En relación con el alcance de esta disposición, la Sala ha acogido dos posturas que, en principio, parecen opuestas o contradictorias entre sí, pero que realmente no lo son porque ambas se sustentan en el principio de congruencia [...]. Conforme a la primera postura, la competencia del ad quem está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente. [...] La segunda postura plantea que la competencia del juez de segunda instancia comprende los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone expresamente en su escrito de apelación, de manera que nada obsta para que el juez de segunda instancia corrija o modifique aquellos que, por su naturaleza, se encuentran comprendidos o son consustanciales a los asuntos mencionados. [...] En ambos casos, la Sala buscó salvaguardar el principio de congruencia pues limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único. [...] Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente al recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que 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”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 de abril de 2018, exp. 46005.

⁵¹ Aptado. 2.1.1.1.

⁵² “Artículo 108. 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 || 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”.



Superintendencia Financiera impartió mediante la Resolución 1806 de 2008⁵³ (cuyo año de expedición confunde la parte activa al fundamentar la alzada). Por el contrario, atribuyó una falla del servicio a la demandada por la omisión de la adopción esas medidas cautelares⁵⁴ y de otras medidas establecidas en una norma posterior a la de la Resolución 1806 del 14 de noviembre 2008, como lo es el artículo 7 del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008⁵⁵.

Tampoco hizo referencia la actora a la inspección realizada previamente a las instalaciones de Monex Market Colombia S.A., por la orden del Superintendente Delegado para Intermediarios de Valores y Otros Agentes proferida el 15 de septiembre de 2008⁵⁶, pese a que mencionó expresamente la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, así como el informe presentado por un funcionario de la Superintendencia Financiera en dicha investigación⁵⁷.

En definitiva, el derecho a ser reparada patrimonialmente por una falla del servicio del Estado no se basó en la omisión de la adopción de medidas en la Resolución 1806 de 2008, con la que justamente fueron tomadas medidas cautelares; controversia que, por demás, implica un cuestionamiento a un acto administrativo, dirimible mediante un medio de control diferente al de reparación directa⁵⁸, incoado por la parte demandante en este proceso.

4.3. Por lo tanto, al exceder la *causa petendi*, no se pronunciará la Sala sobre las omisiones que se hubieran presentado en la Resolución 1806 de 2008 en la inspección realizada por la Superintendencia Financiera, ni por haber omitido medidas de protección a los inversionistas y errado al determinar la nacionalidad de *Monex Market Corporation* en la Resolución 1806 de 2008; hechos estos en los que la parte actora fundó los dos primeros cargos de la alzada, que a su vez se relacionan con el último cargo⁵⁹.

4.4. En este orden de ideas, corresponde a esta Subsección resolver el siguiente problema jurídico planteado por la parte censora:

¿Sufrieron los demandantes una pérdida patrimonial que constituye un daño antijurídico imputable a la Superintendencia Financiera por la omisión de medidas para proteger las inversiones que, de buena fe, habían realizado mediante Monex Market Colombia S.A. con anterioridad a la Resolución 1806 de 2008, debido a que el accionista principal de dicha sociedad, Cleobulo Rentería González, se allanó a los cargos por el mencionado delito de captación masiva y habitual de dineros, y fue condenado mediante sentencia penal de 20 de enero de 2014?

⁵³ Copia simple a folios 25 a 31 del cuaderno 2013.

⁵⁴ Aptado. 2.1.1.3.i).

⁵⁵ *Diario Oficial*, año CXLIV, núm. 47176, 17 de noviembre de 2008.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Aptado. 2.1.1.2.

⁵⁸ CPACA. "Artículo 138. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. [...]".

⁵⁹ Aptados. 2.7.1, 2.7.2 y 2.7.4.



4.5. Atendiendo a lo argumentado por la demandada⁶⁰ a lo largo del proceso y, particularmente, en esta instancia, así como a la facultad que a este órgano jurisdiccional le confiere el artículo 187, inc. 2º, del CPACA⁶¹, la Sala analizará así mismo si el daño cuya reparación se pretende fue acreditado.

V. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD:

5.1. De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia⁶², en concordancia con los artículos 1757 del Código Civil (CC)⁶³ y 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC)⁶⁴ y el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)⁶⁵, quien pretenda indemnización de los perjuicios por la responsabilidad patrimonial del Estado deberá demostrar: **(i)** la existencia de un daño antijurídico, y **(ii)** su imputación al Estado por la acción u omisión de las autoridades públicas.

5.2. La carga de la prueba es una regla procesal que impone a las partes y al juzgador un papel en el proceso judicial⁶⁶. Este es un proceso de conocimiento, cuya configuración obedece a la relación que se traba entre las partes en contienda que, en procedimientos adversariales, como éste, es por su esencia dialéctico. En razón a ello, la comprensión del problema cuya resolución corresponde al juzgador, requiere una definición clara de la tesis y la antítesis, es decir, de las posiciones de la parte que formula las pretensiones y de la que se opone. Este sistema depende así, en buena medida, de la labor activa que en la defensa de los intereses en litigio asuman las partes procesales, lo que, en el plano fáctico, implica desplegar el poder de probar derivado del debido proceso⁶⁷. Deben las partes, por virtud del principio de la carga de la prueba que rige en materia contencioso-administrativa, solicitar y facilitar la práctica de la prueba de los hechos que esgrimen como fundamento de su posición⁶⁸.

Como regla procesal, la carga de la prueba impone también un rol al juzgador que, como tal, es una regla de juicio que determina el sentido de una decisión ante la incertidumbre sobre los hechos en contienda y, de esa forma, permite zanjar un conflicto jurídico evitando el *non liquet*⁶⁹. En otras palabras, el principio de la carga de la prueba determina el sentido de una decisión judicial, que el juzgador tiene que proferir, pese a la incertidumbre que sobre los hechos pudiera existir, dando lugar a

⁶⁰ Aptados. 2.3, 2.3.5, 2.3.9 y 3.8.1.iii), iv) y v).

⁶¹ "Artículo 187. [...] En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus".

⁶² "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. [...]".

⁶³ "Artículo 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

⁶⁴ "Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

⁶⁵ "Artículo 167. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [...]".

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2019, exp. 17720., FJ 2.3.2.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-640 de 2002, C-331 de 2012 y C-146 de 2015.

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de mayo de 2010, rad. núm. 23001-31-10-002-1998-00467-01, FJ 1. Reiterada en: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-733 de 2013, FJ 8.1.1.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2019, exp. 17720., FJ 2.3.2.



una decisión desfavorable a aquel que no hubiera conseguido acreditar con certeza los hechos que esgrimió.

Esta regla, sin embargo, se flexibiliza en el ámbito contencioso-administrativo, en cuanto el artículo 213 del CPACA faculta al *ad quem* para que, antes de dictar sentencia, disponga “*que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda*”. No obstante, esta norma no impone un sistema inquisitivo en lo contencioso-administrativo, ni se propone soslayar la inactividad de las partes que no hayan desarrollado el papel procesal que les corresponde para la comprensión de los intereses en disputa y, con ello, del conflicto. Para que esta facultad se active debe, por lo tanto, existir al menos un *principio de prueba*⁷⁰, es decir, los elementos de convicción suficientes que, si bien no acrediten con certeza los hechos en cuestión, generen en el juzgador una *duda* razonable sobre su existencia o sobre la existencia de dos hechos contrapuestos, y así el supuesto fáctico se muestre como un *punto oscuro*.

5.3. Al punto, se advierte que el único cargo válido de la apelación —según el análisis del acápite precedente— no está llamado a prosperar, ya que la parte interesada no desplegó actividad probatoria alguna para acreditar el fundamento fáctico de su argumento. La apelante se limitó a atribuirle el daño antijurídico aducido a la Superintendencia Financiera, argumentando que Monex Market Colombia S.A. habría incurrido en captación masiva de dinero, ya que su accionista principal, Cleobulo Rentería González, se había allanado a los cargos por tal delito y había sido condenado mediante sentencia penal de 20 de enero de 2014⁷¹. Sin embargo, no allegó documento ni prueba alguna de tal allanamiento y condena penal, ni solicitó el traslado del expediente, ni que se tuviera como prueba, ni que se oficiara a la autoridad competente para su remisión en momento alguno de este proceso. No cumplió pues la actora con la carga procesal que le incumbe para el éxito del recurso y la estimación de sus pretensiones.

5.4. No puede pasarse por alto, por demás, que el juicio de antijuridicidad del daño y de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado es independiente al juicio de otra autoridad judicial, como la que —según la actora— habría concluido que Monex Market Colombia S.A. había incurrido en captación masiva y habitual de dinero. En el ordenamiento jurídico colombiano se consagra el principio de autonomía judicial a nivel constitucional⁷²⁻⁷³ y estatutario⁷⁴. La autonomía funcional es una de las facetas de tal principio, que es concebida “*como la libertad del operador jurídico frente a otros*

⁷⁰ MICHELI, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961 (original de 1942), pp. 276 a 282.

⁷¹ Aptados. 2.7.3 y 2.7.4.

⁷² “Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. [...] Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. || La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-288 de 2012.

⁷⁴ LEY 270 DE 1996. “Artículo 5. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. || Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.



*jueces de igual o superior jerarquía*⁷⁵. En la jurisprudencia constitucional se ha sostenido que, conforme a dicho principio, al administrar justicia, el juez no está sometido a subordinación alguna, al punto de reconocerlo como sujeto único, que no recibe órdenes ni instrucciones en su labor jurisdiccional⁷⁶. Es por ello que al juez de lo contencioso administrativo, al que le compete juzgar la responsabilidad por acciones u omisiones de las autoridades⁷⁷, no está atado al juicio sobre la calificación jurídica de una conducta realizada por otra autoridad judicial en un juicio que, además, tiene causa, fin, procedimiento y medios de prueba diferentes.

5.5. No pasa por alto la Sala que, como lo adujo la demandada en esta instancia⁷⁸, la demandante tampoco probó el daño cuya reparación alega. Como lo consideró la Sala al revocar el auto con el que el *a quo* había rechazado la demanda y, en su lugar, la admitió⁷⁹, así como en su jurisprudencia reciente⁸⁰, quien demande la responsabilidad extracontractual del Estado como responsable del impago de una obligación contractual de una sociedad cuya disolución y liquidación se hubiera producido, debe acreditar su participación activa en el proceso de liquidación, y que el crédito a su favor no fue satisfecho como presupuesto del daño antijurídico.

Sin embargo, en este proceso —como se expuso en el análisis de la caducidad⁸¹— la parte actora únicamente dio cuenta fáctica de la aprobación de la decisión de disolver y liquidar la sociedad Monex Market Colombia S.A. por sus accionistas, con el nombramiento del liquidador, lo que fue protocolizado e inscrito en el registro mercantil, sin que se haya probado que el proceso de liquidación hubiera concluido, ni que los demandantes hubieran participado en tal proceso.

5.6. Por lo tanto, al no haber probado la demandante el daño antijurídico aducido ni su imputación al ente demandado, la sentencia desestimatoria recurrida será confirmada.

VI. COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre las costas en la sentencia, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. Asimismo, el mencionado artículo dispone que la liquidación y ejecución se regirá por

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-285 de 2016.

⁷⁶ «Aquí no puede perderse de vista que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, lo cual significa que cualquier injerencia externa en relación con la forma como deban orientar y tramitar el curso del proceso, atenta contra su autonomía y por consiguiente vulnera el ordenamiento Superior. Según lo ha considerado esta Corporación, “la conducta del juez, cuando administra justicia, no puede jamás estar sometida a subordinación alguna, al punto que dentro de esta óptica es posible reconocerlo como un sujeto único, sin superior del cual deba recibir órdenes, ni instrucciones ni ser objeto de presiones, amenazas o interferencias indebidas. Además, los demás órganos del Estado tienen el deber jurídico de prestarles la necesaria colaboración para que se cumplan las decisiones judiciales”». CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-713 de 2008 y C-1643 de 2000.

⁷⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

⁷⁸ Aptado. 2.8.1.

⁷⁹ Aptado. 3.2.

⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de abril de 2020, exp. 47565.

⁸¹ Aptado. 3.2.



las normas del CPC⁸², que se encontraba vigente cuando la demanda fue presentada. Conforme al artículo artículos 392⁸³ del CPC, se condena en costas de segunda instancia a la parte que se le resuelva el recurso de forma desfavorable, con la confirmación de la sentencia del inferior *en todas sus partes*. Como la sentencia de primera instancia será modificada para declarar la falta de legitimación en la causa por activa de algunos de los demandantes, no se condenará en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 3 de julio de 2014, para declarar la falta de legitimación en la causa por activa de **Ana María Estrada Henao, Ángela Sofía Estrada Latorre, Gabriel Andrés Calderón Nutt y José Gustavo Correa Calle**; y **CONFIRMAR** los numerales primero, segundo y tercero de su parte resolutive.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

⁸² Normatividad aplicable al caso concreto debido a que la presentación de la demanda y la interposición de los recursos de apelación se realizó con anterioridad a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, esto es, antes del primero (1) de enero de dos mil catorce (2014).

⁸³ Artículo 392. Modificado en algunos apartes por la Ley 1395 de 2010. “*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. [...] 2. La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación. 3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia. [...] 7. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos. [...]*”.



Expediente: 52105
Actor: Gustavo Adolfo Estrada Latorre y otros